UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO: LAS TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS Y EL RÉGIMEN JURIDICO DEL TRABAJO DIGITAL EN BRASIL Y ESPAÑA.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

RAFAEL PEGO FORESTI

DIRECTORA

DRA. MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

© Rafael Pego Foresti, 2025

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO: LAS TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS Y EL RÉGIMEN JURIDICO DEL TRABAJO DIGITAL EN BRASIL Y ESPAÑA.

RAFAEL PEGO FORESTI

DIRECTORA

DRA. MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

Madrid, 2024.

“El espíritu humano debe prevalecer sobre la tecnología”
Albert Einstein

AGRADECIMIENTOS

A mi tutora y directora de tesis, la Dra. María Emilia Casas Baamonde, cuya magistral sabiduría e inagotable paciencia han iluminado mi camino en esta travesía marcada por desafíos titánicos. Su mentoría fue esencial para superar los retos que pusieron a prueba los límites de mi perseverancia. En su persona, extiendo mi agradecimiento a los generosos profesores, personal y compañeros de la Universidad Complutense de Madrid.

A mi amada Daniela, presencia constante y luz inquebrantable. Mi refugio e inspiración.

A mi familia, origen y destino de todo. Fuerza silenciosa y amor inconmensurable, siempre moldeando el tronco de mi camino.

Al *Ministério Público do Trabalho*, por aquellos valientes colegas, miembros y funcionarios, cuya colaboración activa y palabras de aliento se tornaron fundamentales en la realización de este proyecto.

Por último, rindo homenaje al valiente pueblo de Rio Grande do Sul, devastado este año por la peor tragedia climática de su historia. Símbolo de coraje y solidaridad, que, como los vientos del minuano, resiste los rigores de la adversidad sin rendirse jamás. Se levanta con fuerza y dignidad, honrando sus tradiciones.

ÍNDICE

ABREVIATURAS..... 08
RESUMEN..... 10
ABSTRACT..... 13
INTRODUCCIÓN..... 16
CAPÍTULO I. TRANSFORMACIONES EN EL TRABAJO Y EN LA ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA..... 25
1. TRABAJO Y TECNOLOGÍA..... 25
2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LA INDUSTRIA 4.0..... 40
3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ROBÓTICA Y ALGORITMOS..... 51
4. PLATAFORMAS DIGITALES..... 78
5. ASPECTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DEL TRABAJO EN LA ERA TECNOLÓGICA.....109
CAPÍTULO II. LA DIGITALIZACIÓN Y LAS NOTAS DE LA RELACIÓN LABORAL.....115
1. MARCO LEGAL.....115
2. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.....131
2.1 Carácter personal..... 132
2.2 Onerosidad..... 136
2.3 No eventualidade.....141
2.4 Subordinación..... 146
2.4.1 Marco conceptual y estructura dogmática……..... 149
2.4.2 La subordinación en la Era Digital ……..…….... 156
2.4.3 La función esencial de las presunciones……..... 188
2.5 Alteridad y Ajenidad..... 192
CAPÍTULO III. LA DIGITALIZACIÓN LABORAL..... 204
1. EL FENÓMENO DIGITAL EN LA LEGISLACIÓN LABORAL..... 204
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO DIGITAL.....215
2.1 Concepto y alcance.....216
2.1.1 Trabajo a distancia..... 232
2.1.2 Teletrabajo.....236
2.1.3 Trabajo Digital..... 241
2.2 Principios.....245

2.2.1 Voluntariedad.....246
2.2.2 Igualdad de tratamiento y no discriminación.....256
2.2.3 Desconexión digital..... 271
2.2.4 No territorialidad..... 282
2.3 Contratación.....291
2.4 Derechos de los Trabajadores.....302
2.4.1 Derechos de naturaleza económica.....303
2.4.2 Derechos relacionados a la jornada laboral.....319
2.4.3 Derechos relacionados al uso de las herramientas digitales.....335
2.5 Salud y prevención de los riesgos laborales.....346
2.6 Facultades empresariales..... 367
2.7 Modificación de las condiciones de trabajo.....390
2.8 Derechos Colectivos..... 399
2.8.1 La igualdad de tratamiento en derechos colectivos..... 405
2.8.2 Representación colectiva..... 407
2.8.3 Negociación colectiva.....421
CONCLUSIONES..... 431
BIBLIOGRAFÍA..... 452

ABREVIATURAS

AMET	Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CF	*Constituição Federal*
CLT	*Consolidação das Leis Trabalhistas*
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETA	Estatuto de los Trabajadores Autónomos
FLSA	*Federal Labor Standarts Act*
GPS	*Global Positioning System* (Sistema de posicionamiento global)
IA	Inteligencia artificial
IBGE	*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
IP	*Internet Protocol*
LETA	Ley del Estatuto de los Trabajadores Autónomos
LGPD	*Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*
LINDB	*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LTD	Ley de trabajo a distancia
MEI	*Microemprendedor Individual*
MFA	*Multi-Factor Authentication*
MP	*Medida Provisória*
NR	*Norma Regulamentadora*
NTP	Notas Técnicas de Prevención
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
PC	*Personal computers* (Computadoras Personal)
PCSMO	*Programa de controle médico de saúde ocupacional*

PPRA	*Programa de prevenção dos riscos ambientais*
RAE	Real Academia Española
RDL	Real Decreto-ley
RE	*Recurso Extraordinário*
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
RIA	Reglamento de la Inteligencia Artificial
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TIC	Tecnología de la información y de la comunicación
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TST	*Tribunal Superior do Trabalho*
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
VPN	*Virtual Private Network*

RESUMEN

Esta tesis, titulada "LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO: LAS TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO DIGITAL EN BRASIL Y ESPAÑA", examina el impacto de la tecnología y la digitalización en el trabajo desde tres ejes: las transformaciones en el trabajo y en la organización de la actividad productiva derivadas del desarrollo tecnológico (como las plataformas digitales) y de las numerosas herramientas digitales, como la inteligencia artificial y los algoritmos (primer capítulo); el análisis de las notas de la relación de empleo en la sociedad digital y sus nuevas realidades sociolaborales (segundo capítulo); y el régimen jurídico del trabajo digital, con énfasis en los aspectos relacionados con la ejecución del contrato de trabajo y el ejercicio de la actividad laboral en este mundo digitalizado (tercer capítulo). Para ello, se analizaron las normas española y brasileña que rigen el trabajo digitalizado contemporáneo.

Las relaciones laborales modernas se caracterizan por el uso intensivo de la tecnología -que permite trabajar en cualquier momento y desde cualquier lugar- en modelos de organización del trabajo predominantemente digitales, diferentes del paradigma industrial del siglo pasado que inspiró la legislación laboral vigente. Estas irreversibles y exponenciales transformaciones sociales y económicas generan continuas fricciones entre la realidad social y la regulación laboral, especialmente en las notas de la relación laboral. Las nociones y perspectivas convencionales resultan ahora insuficientes y debilitan la noción de empleo, que es sustituida cada vez más por la de trabajadores autónomos. Es necesario repensar los elementos de la relación laboral, cuya comprensión debe ajustarse a este escenario de enormes transformaciones.

El fenómeno de la digitalización del trabajo también tiene un profundo impacto en el desarrollo del trabajo y a los derechos y deberes laborales. Las normativas se ven constantemente cuestionadas, lo que exige más que una adaptación sino la transformación de los institutos y derechos laborales. Las nuevas leyes sobre teletrabajo tratan de adaptarse a estos cambios, pero siguen teniendo términos genéricos y abstractos, con demasiadas referencias a negociaciones individuales, lo que da lugar a verdaderas lagunas normativas, incoherencias y controversias.

La tesis establece tres premisas sobre la intersección entre trabajo y tecnología: el trabajo seguirá existiendo y triunfando, con sus transformaciones y mutaciones, como base de las sociedades democráticas y aspecto esencial de la vida humana moderna, en la que el desarrollo tecnológico refuerza el papel de las personas y sus cualidades esenciales; el

futuro no es algo dado o predeterminado sino construido, a partir de decisiones humanas que determinarán el uso del progreso tecnológico y el lugar que ocupará el trabajo en esta realidad; las nuevas tecnologías constituyen una transformación positiva para la sociedad, con potencial para mejorar las condiciones de vida de las personas, pero exige una comprensión crítica y actualizada, especialmente en relación con el trabajo en este panorama cibernético.

En este contexto, el empleo debe constituir el núcleo de las relaciones laborales, exigiendo una adaptación de sus elementos a los nuevos modelos de organización de productiva, especialmente la subordinación. La subordinación debe examinarse principalmente a partir de la situación objetiva del empresario y de su actividad económica, combinada con una concepción restrictiva del trabajo autónomo. La lógica del reconocimiento del trabajo autónomo por exclusión se invierte para afirmar la subordinación cuando no se demuestran satisfactoriamente los elementos de verdadera autonomía en la gestión y prestación del trabajo o la condición de empresario, a pesar de las inflexiones sobre la mayor libertad de espacio y tiempo o la autodeterminación del trabajador.

Incluso en lo que se refiere a los aspectos subjetivos, su comprensión debe actualizarse al panorama digital, alejándose de la idea de grados de subordinación o de exigencias de control directo o sobre todas las fases del trabajo. La subordinación no depende de la interferencia en todos los aspectos del trabajo (tiempo, modo y lugar) sino sólo de la interferencia en su ejecución, independientemente de la intensidad o de los medios utilizados, ya sea el control humano o por instrumentos tecnológicos, directo o indirecto, presencial o virtual. Los diferentes niveles de intensidad de la subordinación no excluyen este elemento, pudiendo afectar a determinados derechos o aspectos inherentes a la ejecución del contrato de trabajo.

La adaptación al fenómeno de la digitalización del trabajo debe partir de la premisa de afirmar la protección jurídica de los trabajadores, especialmente en este segmento de trabajadores digitales, considerados como aquellos cuyo trabajo se realiza o es intermediado por medios digitales, fuera de los locales —y del dominio y autoridad— del empleador.

En el régimen jurídico del trabajo digital existen cuatro principios básicos: la voluntariedad, la igualdad de trato y no discriminación, la desconexión y la no territorialidad. Aun se abordan aspectos relativos a la contratación y modificación del teletrabajo, los derechos de los teletrabajadores, las facultades empresariales y los derechos colectivos. Ha quedado claro que ningún coste necesario para el trabajo a distancia debe ser asumido por el trabajador. La mayor libertad en la organización y distribución del tiempo no elimina los límites de la jornada laboral y los periodos de descanso, garantizando el derecho a la desconexión. La salud laboral

y la prevención de riesgos es un reto importante y debe guiarse por la prevención y la precaución, especialmente en lo que se refiere a los tres principales factores de riesgo: los aspectos psicosociales, la ergonomía y los factores relacionados con la organización del trabajo.

El progreso tecnológico (uso masivo de dispositivos y herramientas digitales en el trabajo y tratamiento ilimitado de datos e información) ha transformado e intensificado el poder de dirección, especialmente el control y la vigilancia de los trabajadores. La validación de estos instrumentos depende de la motivación, proporcionalidad y transparencia. La innovación tecnológica debe equilibrarse con la protección a los derechos fundamentales, orientándose por la transparencia y la supervisión humana. La máquina, con sus procesos y decisiones automatizados, no debe promover discriminaciones, violaciones a derechos ni perjudicar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores. En este escenario, hay un papel fundamental de los sindicatos y de la negociación colectiva, con capacidad de regulación dinámica, específica y sectorial, capaz de tener en cuenta los matices y peculiaridades que rodean el trabajo digital en sus más variados contextos y actividades.

La actualidad exige una nueva expansión protectora del trabajo digital, que tenga en cuenta este complejo y multifacético escenario laboral. Es imprescindible una mirada cercana, crítica y solidaria sobre las condiciones de trabajo y la protección de los derechos a este nuevo y creciente segmento de trabajadores digitales.

Palabras clave: Digitalización; Empleo; Tecnología; Subordinación; Trabajo digital; Teletrabajo.

ABSTRACT

This thesis, entitled “THE DIGITALIZATION OF WORK: TECHNOLOGICAL CHANGES AND THE LEGAL SYSTEM OF DIGITAL WORK IN BRAZIL AND SPAIN”, examines the impact of technology and digitalization on work from three points of view: the changes in work and the organization of productive activity arising from technological progress (such as digital platforms) and the countless digital tools, such as artificial intelligence and algorithms (first chapter); the analysis of the elements of the employment relationship in the context of the digital society and its new socio-labor realities (second chapter); and the legal regime of digital work, with an emphasis on aspects related to the execution of the employment contract and the pursuit of the work activity in this digitalized world (third chapter). To this end, the Spanish and Brazilian rules governing contemporary digitalized work were analyzed.

Modern work relationships are characterized by the intensive use of technology - which allows work to be done at any time and from anywhere - in models of predominantly digital work organization, which are different from the industrial paradigm of the previous century that inspired current labor legislation. These irreversible and exponential social and economic changes generate continuous tension between social reality and labor regulation, especially regarding the elements of the employment relationship. Conventional concepts and perspectives are now insufficient and are undermining the notion of employment, which is increasingly being replaced by independent workers. It is necessary to rethink the elements of the employment relationship, which must be understood in accordance with this scenario of enormous transformations.

The digitalization of work also has a profound impact on the development of work and labor rights and duties. Regulations are constantly being challenged, requiring more than adaptation, but the transformation of labor institutes and rights. The new laws about remote working seek to accommodate these changes, but they still have generic and abstract terms, with too many references to collective and individual negotiations, resulting in regulatory gaps, inconsistencies, and controversies.

The thesis establishes three premises about the intersection between work and technology: work will continue to exist and triumph, with its changes and mutations, as the basis of democratic societies and an essential aspect of modern human life, in which technological development reinforces the role of people and their core qualities; the future is not something given or predefined, but built, based on human decisions that will shape the use

of technological progress and the role of work in this reality; new technologies constitute a positive transformation for society, with the potential to improve people's lives, but requiring a critical and modern understanding, especially in regards to work in this cybernetic landscape.

In this framework, the employment must be the core of labor relations, requiring an adaptation of its elements to the new models of the organization of productive activity, especially regarding subordination. Subordination must be examined primarily based on the objective situation of the employer and its economic activity, in addition to a restrictive conception of independent work. The logic of recognizing independent work by exclusion is reversed to affirm subordination when the elements of authentic independence in the management and performance of work or the status of entrepreneur are not satisfactorily demonstrated, despite any inferences about the worker's increased space-time freedom or self-determination.

Even regarding subjective factors, their understanding needs to be updated to the digital environment, moving away from the idea of degrees of subordination or demands for direct control or control over all stages of the work. Subordination does not depend on interference in all aspects of the work (time, method, and place); interference in its execution is enough, regardless of the intensity or the means used, whether human control or by technological instruments, direct or indirect, in person or virtual. The different degrees of subordination do not exclude this element but can have effects on certain rights or aspects inherent in the execution of the employment contract.

The adjustment to the phenomenon of the digitalization of work must assume of ensuring the legal protection of workers, especially in this segment of digital workers, considered to be those whose work is performed or mediated by digital means, away from the employer's facilities and domain.

In the digital work legal system, there are four basic principles: voluntariness, equal treatment and non-discrimination, disconnection, and non-territoriality. In addition to these, aspects relating to the hiring and modification of remote working, the rights of remote workers, employers' faculties and collective rights are addressed. Any expenses necessary for remote work must not be assumed by the employer. The increased freedom in the organization and distribution of time does not remove the limits of working hours and time-off, ensuring the right to disconnect. Occupational health and safety are a major challenge and must be guided by prevention and precaution, especially when dealing with three main risk factors: the psychosocial aspects, ergonomics, and work organization factors.

The technological advance (massive use of digital devices and tools at work and unrestricted processing of data and information) has transformed and intensified the management power, especially the control and surveillance of workers. The legitimacy of these instruments depends on motivation, proportionality, and transparency. It's necessary to balance technological innovation and the respect for fundamental rights, guided by transparency and human supervision. The machine, with its processes and automated decisions, must not promote discrimination, violations of rights or jeopardize the working and living conditions of workers. In this scenario, there is a fundamental role for unions and collective bargaining, with the ability to regulate dynamically, specifically and sector by sector, capable of dealing with the nuances and contours of digital work in its most varied contexts and activities.

The present requires a new range of protections for digital work, to embrace this complex and multifaceted labor scenario, and it is essential to pay close attention, critically and with solidarity to working conditions and the protection of rights for this new and growing segment of digital workers.

Keywords: Digitalization; Employment; Technology; Subordination; Digital work; Remote work.

INTRODUCCIÓN

Digitalización significa la "acción y efecto de digitalizar". Digital es lo "que se realiza o transmite por medios digitales".[1] Vivimos en la Era Digital y de la Revolución Tecnológica, en la cual el avance tecnológico, intenso y constante, ha transformado ambientes materiales en virtuales y convertido acciones y objetos físicos en digitales, produciendo profundos impactos en las relaciones sociales e interpersonales que, intermediadas por redes digitales, se vuelven cada vez más dinámicas, líquidas y efímeras. El debate presencial, frente a frente, hoy en día se da virtualmente, en los más diversos ambientes y plataformas digitales que existen. Lo mismo sucede con el trabajo, cuya concepción y organización se ha transformado profunda y continuamente —muchas veces, de forma disruptiva— a partir del desarrollo tecnológico y de las transformaciones digitales que impactan el universo laboral.

En las relaciones de trabajo, los espacios físicos y las actividades presenciales han dado lugar al universo virtual de acciones e interacciones. No solo como resultado de los avances tecnológicos, sino también a raíz de la experiencia de aislamiento social impuesta por la pandemia da la Covid-19, que exigió un trabajo remoto inmediato y para todos, intensificando y ampliando un proceso que ya estaba en curso. Se hizo necesaria una adaptación rápida y profunda a la realidad pandémica, lo que determinó que miles de ocupaciones que hasta ese momento eran esencialmente presenciales pasaran a cumplirse en los domicilios y residencias de los trabajadores. Ese contexto generó, además, un movimiento tendiente al perfeccionamiento de la legislación sobre el teletrabajo o trabajo a distancia para adaptar los institutos y derechos laborales a esa realidad laboral peculiar.

Incluso tras la mejora del cuadro sanitario y la reanudación de las actividades, esa experiencia transformó el modo de encarar el mundo, fortaleciendo el debate sobre ambientes materiales, virtuales e híbridos. Hay una tendencia, a partir de esa transformación digital, de desarrollo de los modelos de trabajo híbridos (físicos y virtuales) y nómadas, de forma regular y ya no como una situación especial o atípica, lo que implica una verdadera metamorfosis continua del trabajo (y de sus relaciones subyacentes) en la era digital. El cambio no afecta solo el trabajo: las personas están viviendo y relacionándose en un mundo híbrido, en el cual la realidad cotidiana necesariamente intercala acciones e interacciones presenciales y en línea, realidad material y virtual —esta última cada vez acapara más espacio o, directamente, ya prepondera—, lo que significa un contacto asiduo y masivo con las herramientas y

[1] *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. Disponible en: https://dle.rae.es/. Consultado el 6-may-2022.

dispositivos tecnológicos y una tendencia a establecer relaciones e interacciones más fugaces y superficiales. Aun así, es inequívoca la centralidad del trabajo —tan intensamente debatido— en este primer cuarto de siglo ante la revolución tecnológica y la sociedad digital en la que vivimos. Pero no nos confundamos: el trabajo humano siempre lo realiza presencial y materialmente una persona en determinado lugar (localizado), independientemente de las características de ese lugar o espacio físico en el cual se ejecuta (como en el domicilio, en la empresa o externamente), siendo las acciones e interacciones —para la ejecución y principalmente la entrega del resultado o producto del trabajo— realizadas por medios digitales.

El fenómeno de la digitalización del trabajo impacta profundamente en derechos y deberes laborales, aspectos estrechamente relacionados a la ejecución del contrato de trabajo. En todo momento, las regulaciones se ponen a prueba, exigiendo más que una adaptación: demandan la transformación de muchos institutos y derechos laborales. Ese cambio es perceptible en las nuevas legislaciones que tratan del trabajo remoto (también denominado trabajo a distancia o por su modalidad más importante, el teletrabajo). Puede resultar de una reforma legislativa o de una ley totalmente nueva, las cuales, aun así, siguen presentando términos un tanto genéricos y abstractos —a veces, por deficiencia de técnica; otras por la propia complejidad de la temática y por el desafío que impone—, con demasiadas remisiones a negociaciones colectivas[2] e individuales, escenarios que resultan en verdaderos vacíos normativos, inconsistencias y controversias. Esa ha sido la realidad de las normas española (de trabajo a distancia) y brasileña (del teletrabajo) sobre la cuestión, como lo veremos en el tercer capítulo de esta tesis. Es una realidad que corresponde, claramente, a un efecto natural ante tantas transformaciones y novedades, muchas de las cuales disruptivas, en ese proceso lento y arduo, pero necesario, de construcción de una regulación adecuada a una realidad inédita como la que configura el referido fenómeno digital y su nuevo paradigma laboral. Por ejemplo, cuestionamientos acerca de cómo garantizar la voluntariedad del trabajo digital en una relación notoriamente asimétrica o de cómo definir la legislación laboral aplicable cuando el criterio territorial, hasta entonces prevalente, se vuelve meramente secundario, constituyen un breve presagio de las dificultades y desafíos impuestos por esa realidad y temática contemporánea de la cual se ocupará la investigación que funda esta tesis.

[2] En general, las remisiones legales a la negociación colectiva son positivas, incitándola a desempeñar un mayor protagonismo en la regulación dinámica del trabajo en la era digital. Sin embargo, esto no excluye el papel de la legislación en la fijación de estándares normativos mínimos sobre cuestiones relevantes, ya sea para evitar un vacío normativo cuando una determinada categoría no disponga de una norma colectiva sobre la materia (o la posea en términos genéricos), ya sea para servir de base a la negociación colectiva para ampliar las garantías y protecciones necesarias para los trabajadores en el ámbito de una realidad específica.

Pero, más allá de los derechos y aspectos contractuales, la digitalización ha afectado el concepto mismo de trabajo y de empleo, utilizándose a menudo como elemento para evitar vínculos y la incidencia de derechos laborales, especialmente a partir de las características de un trabajo realizado fuera de las dependencias del empleador (y físicamente lejos de su vista, aunque, muchas veces, intensamente controlado por herramientas tecnológicas), con algunas libertades espaciales y temporales inexistentes en el trabajo del siglo anterior (sobre el cual se fundó la actual legislación laboral), pero mediante dirección y control del trabajo y de los trabajadores realizados por medios digitales, con frecuencia automatizados por sistemas de inteligencia artificial (IA) y algoritmos. Por lo tanto, es necesario investigar los efectos de la digitalización en el trabajo y, específicamente, en el empleo, abarcando desde los elementos de la relación de empleo hasta el desarrollo remoto del trabajo en este mundo digital. A fin de cuentas, lagunas o incoherencias legislativas en el escenario de un rápido y disruptivo avance tecnológico han dado lugar a desafíos sustanciales para los sistemas jurídicos y para los operadores del Derecho. Esa es la razón por la cual el presente estudio, al proponer un análisis sobre los efectos de la digitalización en el trabajo —tema enormemente vasto—, se estructura desde dos perspectivas: el análisis de los elementos de la relación de empleo en esta Era Digital (segundo capítulo) y el examen del régimen jurídico del trabajo digital (tercer capítulo). Se suma a eso un capítulo introductorio (primer capítulo) en el cual se retratan las transformaciones que han ocurrido en el mundo del trabajo a partir de las nuevas tecnologías.

Las relaciones de trabajo modernas están caracterizadas por el uso intenso de tecnologías y de herramientas digitales, en diversos modelos de organización del trabajo (*outsourcing, marketplace*, plataformas digitales de prestación de servicios, etc.) distintos a los del paradigma industrial que prevaleció en el siglo pasado y a partir del cual se concibió la legislación laboral contemporánea. Esas transformaciones sociales, irreversibles y exponenciales, han generado un conflicto continuo entre la realidad social y la regulación del trabajo, dificultando cada vez más la aplicación de conceptos e institutos jurídicos en las actuales relaciones de trabajo.

La divergencia entre derecho y realidad siempre ha existido; a fin de cuentas, el "mundo de los hechos" es más amplio y complejo que la capacidad regulatoria del derecho positivo. Sin embargo, en la actualidad, se percibe un alejamiento preocupante entre el Derecho Laboral y la realidad, especialmente debido a la imprecisión de los elementos de la relación de empleo y de derechos laborales ancestrales en los nuevos pactos laborales. Adoptar nociones y perspectivas convencionales, en la actual realidad económica y laboral, significa rechazar el principio protector y la propia noción de empleo, pues buena parte del trabajo que se realiza en

el siglo XXI no guarda las mismas características de las relaciones laborales del siglo pasado. Hay un aumento progresivo de (presuntos) trabajadores autónomos y microemprendedores[3] en detrimento de las relaciones de empleo, así como surgen, cada vez más, modelos de negocios estructurados sin la utilización de empleados, ni siquiera de trabajadores.

En todo momento se crean arquetipos de relaciones laborales con el propósito de deturpar o de enmascarar el empleo. Otras veces, se constata efectivamente un grado de autonomía concedido al trabajador que plantea dudas sobre su condición de subordinado, especialmente si se la analiza con los parámetros tradicionales, como reflejo de la complejidad de las nuevas organizaciones y relaciones de trabajo. El control espacial (lugar de trabajo) o temporal (jornada), por ejemplo, ya no constituyen parámetros decisivos cuando muchos trabajos son dirigidos y controlados de forma finalista (rendimiento) o por medios indirectos, generalmente más efectivos. El control humano, a su vez, también se está reemplazando por el control algorítmico automatizado (mediante el uso de robots y de la inteligencia artificial), potencialmente discriminatorio y carente de transparencia y fiscalización. Esos modelos contemporáneos han creado oportunidades y ofertas de trabajo y también han ampliado el acceso al mercado —especialmente para trabajadores con algún tipo de barrera—, no cabiendo dudas acerca de las amplias posibilidades de un aprovechamiento positivo y fructífero de las innovaciones tecnológicas tanto para los trabajadores como para empresarios y emprendedores. Por otro lado, ese mismo avance tecnológico ha determinado reiteradamente la reducción o eliminación de la protección laboral y social de esa nueva categoría de "prestadores de servicios", amplificando problemas sociales históricos, como el desempleo, la desigualdad, el desamparo en términos de previsión social, discriminaciones, jornadas exhaustivas, la vigilancia abusiva, accidentes y enfermedades psicosociales, etc.

De esa forma, la tecnología ha agudizado la división entre trabajadores protegidos y periféricos, los cuales cuentan con una menor protección o no cuentan con ninguna en absoluto. El dualismo también se da entre trabajadores con protección colectiva y sindical y trabajadores regulados solo por acuerdos individuales, los cuales tienden a ser injustos, ante la asimetría de la relación y la necesidad del trabajo. Hay estudios que indican la imprescindibilidad de la regulación del trabajo y de una definición adecuada de relación de

[3] De acuerdo a datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), en diciembre de 2021, Brasil alcanzó un nivel récord de trabajadores por cuenta propia (24,8 millones), lo que corresponde al 28% de la población ocupada. Disponible en: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2021_4tri.pdf. Consultado el 11-oct-2024.

empleo, presupuestos de todo sistema de protección del trabajo[4]. Hay evidencias de que la regulación del trabajo de cada país es determinante para diversas repercusiones económicas y sociales, como el avance de la desigualdad[5], ya que el empleo constituye una de las más importantes herramientas, política y jurídica, para la reducción de la desigualdad económica y social. A pesar de la importancia de los patrones internacionales de protección del trabajo[6], la solución más efectiva depende de las regulaciones nacionales sobre trabajo, especialmente en lo que concierne a la definición de empleo.

Se verifica un desafío y una necesidad urgente de adaptar las relaciones de trabajo a la nueva realidad tecnológica, económica y social, siempre buscando equilibrio y justicia para los actores de la relación laboral, cada uno de los cuales cumple un papel fundamental e imprescindible en la sociedad contemporánea.

Por eso, en esta tesis se analizan los impactos de las transformaciones tecnológicas y de la digitalización en el trabajo con vistas a avanzar en el intrincado desafío de acercar el Derecho a la realidad de las relaciones laborales. A despecho de las diversas repercusiones teóricas y prácticas del tema, cada una de las cuales amerita un enfoque específico, se busca trazar un panorama general de esa transición digital del trabajo a partir de las innovaciones tecnológicas y del impacto de la digitalización sobre los elementos de la relación de empleo y durante la prestación laboral (ejecución contractual) de un trabajo realizado a distancia por medios digitales. En este último caso, se adentra en el espinoso terreno del trabajo digital —y sus variantes terminológicas— a partir de un análisis comparativo del actual régimen jurídico del trabajo a distancia en España y del teletrabajo en Brasil, buscándose contribuir a que, en este último país, se logre avanzar, de *lege ferenda*, en la regulación de esa modalidad laboral que, actualmente, es bastante parca, pues cuenta con pocos e insuficientes dispositivos en comparación con la legislación española, más allá de algunas carencias y fragilidades que también se constatan en ella, como lo observaremos a lo largo de esta tesis.

Para alcanzar nuestro cometido, el primer capítulo estará dedicado a las transformaciones en el trabajo y en la organización de la actividad productiva en este mundo globalizado y digitalizado, fruto de la revolución tecnológica y de las nuevas herramientas digitales, buscando contextualizar esos cambios y la relación entre el trabajo y la tecnología en

---

[4] OIT. *La relación del trabajo.* Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. p.6. Disponible en: https://www.ilo.org. Consultado el 18 de mayo de 2020.

[5] BAMBER, Greg J. [et al]. *International and comparative employment relations.* 6. ed. New York: Routledge, 2020. p. 1.

[6] Esta ha sido una preocupación constante de la Organización Internacional del Trabajo y de la Unión Europea, que, por ejemplo, ha avanzado con estudios, recomendaciones y propuestas de regulaciones en la materia, como se analizará a lo largo de este trabajo.

la actualidad, así como comprender las características de ese nuevo patrón laboral. En ese capítulo se introducirán temas considerados especialmente relevantes, como, por ejemplo, la economía de la puesta en común o colaborativa, la Industria 4.0 y 5.0 (el salto tecnológico en los procesos productivos), la inteligencia artificial, la robótica, los algoritmos, las plataformas digitales y los aspectos sociales y económicos del trabajo en esta era tecnológica, como temas preliminares fundamentales para explorar la influencia de la digitalización en los elementos de la relación de empleo y en la ejecución —remota y por medios digitales— del trabajo.

En el segundo capítulo, se analizarán los elementos de la relación de empleo en el contexto de la digitalización del trabajo. Se realizará una revisión de las concepciones jurídicas del empleo en el ámbito internacional y comunitario, así como en las legislaciones de Brasil y España. A continuación, se realizará un abordaje individual de cada elemento de la relación de empleo (personalidad, onerosidad, no eventualidad[7], subordinación y ajenidad), revisándose brevemente su significado y contenido históricamente consagrado en la legislación, doctrina y jurisprudencia para, en la secuencia, avanzar sobre la cuestión de los impactos de la digitalización en cada elemento.

De todos los elementos, no caben dudas de que la subordinación, que tradicionalmente siempre ha sido el elemento más remarcado —considerado un antes y un después— en la definición de empleo (a menudo referido por las expresiones sinónimos *trabajo subordinado, dependiente* o *por cuenta ajena*), representa el elemento más complejo y el más desafiado, impactado y cambiante en el actual escenario digital. Cuando ya no hay controles físicos y concretos —los cuales se han reemplazado por la vigilancia digital— ni límites espaciales, temporales y territoriales para el trabajo, que invade la residencia y el ámbito de la vida privada del trabajador, no restan alternativas sino la de repensar los parámetros constituidos a partir de esas referencias, que han dejado de existir o, como máximo, se han vuelto auxiliares, aunque hayan determinado la realidad laboral en el siglo pasado. Así, además de comprender la evolución de ese requisito crucial de la relación de empleo, es necesario ampliar sus horizontes y adoptar nuevas perspectivas que sean adecuadas y proporcionales a los modernos medios digitales y tecnológicos de control y organización del trabajo para la permanencia y continuidad del régimen de empleo, esencial para el equilibrio social en el contexto de las actuales sociedades democráticas y capitalistas.

[7] Término utilizado en la legislación brasileña (art. 3º de la CLT) y acogido por la doctrina y la jurisprudencia, que refleja la característica de permanencia, regularidad y habitualidad inherente a la relación de empleo, como se analizará a continuación, en su propio apartado.

El último capítulo estará dedicado a la morfología del trabajo digital en toda su extensión y profundidad. Se analizará el fenómeno de la digitalización del trabajo a partir de fuentes normativas internacionales y europeas y, especialmente, tomándose como base el actual régimen jurídico del trabajo digital (sobre todo las leyes del trabajo a distancia y del teletrabajo) en España y Brasil, con sus recientes modificaciones legislativas. Se trata de un estudio comparativo inédito en un segmento contemporáneo cuyo objetivo es reunir y sedimentar las balizas para una eficiente regulación del trabajo en la sociedad digital. El capítulo estará dividido en dos partes: en la primera, se analizará el fenómeno digital en la legislación laboral desde la perspectiva internacional, comunitaria y nacional; en la segunda, se abordará el régimen jurídico del trabajo digital.

La preferencia por la utilización del término *trabajo digital* no es casual: deriva de una elección racional que refleja la necesidad de que se adopte un concepto amplio, abierto y dinámico más compatible con el fenómeno que designa. De esa forma, se marca distancia con respecto a los conceptos legales vigentes de *trabajo a distancia* o de *teletrabajo*, que suponen recortes y requisitos establecidos que terminan dificultando y restringiendo su encuadramiento jurídico, como se verá ya al comienzo del capítulo, en el punto dedicado al concepto y al alcance del trabajo digital. El propio término trabajo también refleja la adopción de una concepción amplia de esta categoría, como veremos a continuación.

Además, en ese último capítulo, se enfrentarán los principales temas relacionados al trabajo digital, empezando por los principios específicos de la voluntariedad, de la igualdad de tratamiento y no discriminación, de la desconexión digital y de la no territorialidad. A continuación, una vez superada la parte conceptual y principiológica, se abordarán los demás contenidos del régimen jurídico del trabajo digital —para cuya ordenación se tomó como referencia la disposición de los capítulos y secciones de la ley española de trabajo a distancia—, como los aspectos formales y materiales de la contratación y la modificación de las condiciones de trabajo; los derechos de los trabajadores, subdivididos en derechos de naturaleza económica, derechos relacionados a la jornada de trabajo y derechos relacionados al uso de las herramientas digitales; la salud y la prevención de los riesgos laborales, examinadas en un punto separado debido a la relevancia de la materia en la realidad del trabajo remoto; las facultades empresariales; y, por último, los derechos colectivos de los trabajadores digitales, con enfoque en tres temas centrales, a saber: la igualdad de tratamiento en derechos colectivos, la representación colectiva y la negociación colectiva. Por tratarse de un análisis comparativo amplio y global de la materia, se opta por un abordaje normativo y doctrinario, buscándose referencias jurisprudenciales en temas considerados más relevantes y controvertidos.

A fines de registro, se justifica adoptar como marco de referencia la legislación laboral brasileña y española por el hecho de que el autor vive y ejerce su actividad profesional en Brasil, en el Ministerio Público del Trabajo, y realiza esta investigación en el ámbito del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. El estudio también estuvo motivado por la notoria carencia normativa con respecto al teletrabajo en Brasil —que cuenta con tan solo cinco dispositivos legales—, lo que se hace patente cuando se compara la situación con la realidad española, donde se encuentra un marco normativo más actual y completo, con una ley especial de 22 artículos (además de disposiciones adicionales, transitorias y finales), más allá de las imperfecciones o brechas que el dispositivo pueda presentar. De esa forma, al realizar un examen más detenido de esta reciente norma española en el contexto pospandémico y de los desafíos planteados por la intrincada realidad del trabajo digital, en esta tesis se busca presentar elementos y fundamentos que permitan superar lagunas y proponer soluciones jurídicas en la realidad brasileña, lo que se puede hacer de varias formas. En efecto, se puede recurrir a la actividad hermenéutica basada en las normas vigentes, a la aplicación del derecho comparado como fuente normativa supletiva en material laboral (art. 8º de la CLT). Este trabajo podrá servir, incluso, de inspiración para reformas legislativas y futuras regulaciones.

Con respecto al panorama español, en esta tesis se busca compilar, en un solo texto, las principales cuestiones relacionadas con el trabajo a distancia y con la nueva regulación, a menudo abordada en artículos específicos y detallados sobre cada punto. Tal abordaje posibilita un análisis abarcador, global, panorámico e integrado del tema que podrá servir como base para investigaciones especializadas. Además, permite elucidar las transformaciones ocurridas en el trabajo moderno, fuertemente influido por la tecnología, explicitando el funcionamiento de las herramientas digitales utilizadas y sus efectos en el día a día laboral, especialmente sobre los elementos de la relación de empleo. En definitiva, el futuro del trabajo —y del Derecho Laboral— en la actual sociedad digital y en el contexto de las incesantes y profundas innovaciones tecnológicas, con la utilización masiva y cada vez más barata de las herramientas digitales, ha sido uno de los temas más relevantes y preocupantes en términos sociales, políticos y económicos.

Es importante aclarar, asimismo, que, a lo largo del texto se utilizarán expresiones como “relación de trabajo” y “trabajador” como sinónimo de “empleo” y “empleado”, apuntándose a una mayor fluidez y partiéndose del presupuesto de que la categoría “empleo” es central en el Derecho Laboral y prepondera en detrimento de otras formas de trabajo (contratación por tiempo determinado, trabajo autónomo, eventual, etc.), sin apego a la

distinción técnica existente entre el término *empleado* (*relación de empleo* - especie) y trabajador *lato sensu* (relación de trabajo - género).

La elección de esta técnica de redacción, sin embargo, no debe confundirse nunca con una comprensión restrictiva del Derecho del Trabajo y del concepto de trabajo, ya que nos asociamos a una concepción amplia del Derecho del Trabajo. En sintonía con SUPIOT, BAAMONDE y DE MUNCK (et al.), el trabajo debe ser entendido en su dimensión ontológica y social, como una actividad fundamental que trasciende los límites de la relación laboral (una relación de trabajo específica y formal mediada por el mercado y regulada por el Derecho), para ser entendido como un elemento central en la constitución de la identidad humana, que acoja las múltiples formas de contribución productiva a la sociedad y garantice la continuidad de la protección jurídica a lo largo de la vida laboral de la persona -incluso en situaciones de desempleo-, rescatando así el papel del Derecho del Trabajo como instrumento de solidaridad y justicia social, más allá de la propia protección del empleo.[8]

Lo mismo ocurrirá con las expresiones "teletrabajo", "trabajo remoto", "trabajo digital" y "trabajo a distancia", muchas veces utilizadas de forma equivalente como referencia al trabajo digitalizado —realizado por medios digitales—, a despecho de los recortes y definiciones establecidos por ley, exceptuándose expresamente las situaciones en las cuales se exige el empleo técnico de la terminología adoptada por el legislador.

Por último, en este estudio se utiliza una metodología combinada, adoptándose el método comparativo para analizar el ordenamiento jurídico español y el brasileño y, en el ámbito de cada sistema, el método dogmático-jurídico, con foco en el examen normativo y doctrinario de los temas, recurriéndose muchas veces al método hermenéutico, dándose preferencia a la interpretación sistemática e histórica, dadas las lagunas y carencias normativas existentes en la materia. De la misma forma, se combinan técnicas deductivas y inductivas, partiéndose de las normas legales para analizar su aplicación en las relaciones de trabajo, en algunos casos buscándose identificar patrones que permitan formular conclusiones más amplias sobre la aplicación e interpretación de las normas laborales.

[8] SUPIOT, Alain (org.); CASAS BAAMONDE, María Emilia; DE MUNCK, Jean [et al.]. *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit en Europe***.** Edição revista. Paris: Flammarion, 2016.

CAPÍTULO I. TRANSFORMACIONES EN EL TRABAJO Y EN LA ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA

1. TRABAJO Y TECNOLOGÍA

El trabajo es algo únicamente humano, un esfuerzo —físico o mental— que realiza una persona en busca de un resultado —producir algo o generar valor—, por lo cual podemos clasificar como un pleonasmo la expresión "trabajo humano". Si no es humano, no es trabajo. A pesar de eso, el uso de la expresión referida se ha vuelto cada vez más común en la sociedad contemporánea para distinguir la actividad ejercida por personas del "trabajo" automatizado o mecanizado realizado por máquinas, especialmente robots y por la inteligencia artificial, cada vez más relevante y presente en la rutina diaria de la producción. A fin de cuentas, el progreso tecnológico siempre ha producido impacto en el trabajo.

Desde los tiempos más remotos, el trabajo se ha ido transformando paulatinamente. El trabajo de hoy difiere del que se hacía antaño y lo mismo sucederá en el futuro. Son innumerables los debates sobre el futuro del trabajo —tema que destaca en el universo laboral—, los cuales movilizan los más variados puntos de vista (en la filosofía, en la economía, en la sociología, en el derecho...), casi siempre implicando la influencia de la tecnología y su capacidad creciente de automatización. Son constantes las afirmaciones tecnodeterministas de que la tecnología reemplazará los empleos, lo que es correcto, en cierta medida, pues, en definitiva, las herramientas tecnológicas tienen el potencial de aumentar significativamente la productividad (más resultados en menos tiempo), dando lugar a un preocupante cuadro de sustitución de muchos puestos de trabajo, especialmente los que son predominantemente manuales.

A pesar de eso hay un paradójico aumento del trabajo: la gente trabaja cada vez más. Como lo resalta SOUTO MAIOR al abordar la cuestión del derecho al no trabajo y a la desconexión:

> (...) la gran paradoja del mundo del trabajo moderno, que nos desafía diariamente y que así se enuncia: mientras una gran parte de la población no tiene acceso al trabajo y eso pone en riesgo su supervivencia, ¡otra parte no menos considerable se está matando de tanto trabajar o alienándose en el trabajo![9] (traducción propia)

[9] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do Trabalho. 2003. p. 21. Disponible en: https://www.jorgesoutomaior.com/de-2003-em-diante-lula-e-dilma-da-esperanccedila-ao-continuismo.html.

En la misma línea de raciocinio, KAHALE CARRILLO discurre sobre la ambigüedad resultante de la mayor autonomía espacio-temporal característica del trabajo digitalizado, que facilita la conciliación entre la vida profesional y la privada al mismo tiempo en el que posibilita la realización constante y continua del trabajo, desde cualquier parte, la cual no encuentra límites. El autor concluye:

> En efecto, todos los indicios apuntan a que, en lugar de gobernar con autonomía el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado al descanso y/o los cuidados, los trabajadores digitales prolongan su jornada de trabajo más allá de los estándares de los trabajadores convencionales. De hecho, y en relación con nuestro propio país, un 64% de los españoles afirman que desarrollan trabajo en las horas libres y un 68% confirman que reciben emails o llamadas de trabajo fuera del horario laboral… De ahí la necesaria reflexión sobre las bondades de la digitalización en relación con la libertad del trabajador respecto de su tiempo de trabajo, pero también sobre los límites que deban ponerse (legal o convencionalmente) para evitar las situaciones de sobrecarga o de falta de desconexión de las obligaciones laborales durante los tiempos de vida privada.[10]

A este respecto, la política económica europea ha reflejado la idea de que la digitalización es necesaria para una economía competitiva y productiva, pero que debe preservarse el Estado del bienestar. En este sentido, cabe mencionar dos informes cabe mencionar dos informes presentados durante la X Legislatura del Parlamento Europeo: el informe Letta (abril de 2024) y el informe Draghi (septiembre de 2024).

En un informe centrado en los principios de rapidez, seguridad y solidaridad, Enrico Letta propuso la introducción de la libertad de innovar a nivel europeo, con el objetivo de reforzar la investigación, la innovación y la educación como pilares fundamentales para fomentar el crecimiento económico y permitir las transiciones ecológica y digital de forma justa. En cuanto a los impactos de la digitalización en el trabajo, el informe destaca la transición digital como un proceso que requiere un equilibrio entre la innovación tecnológica y la inclusión digital —teniendo en cuenta aspectos como la movilidad, la accesibilidad y la cualificación digital—, así como la protección de los derechos laborales, la ética y la seguridad social. En este contexto, la digitalización, concebida como una fuerza transformadora, debe orientarse hacia el progreso, ampliando las oportunidades de empleo sin que nadie se quede atrás. El informe también apoya la adopción de prácticas de *responsabilidad social digital*, instando a las empresas a priorizar el bienestar de los trabajadores a la hora de implementar las nuevas tecnologías.[11]

---

[10] KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. *El teletrabajo y la industria 4.0: aspectos laborales para tener en cuenta.* In: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; TODOLÍ SIGNES, Adrián; [et al.]. *Trabajo a Distancia y Teletrabajo: Análisis del Marco Normativo Vigente*. Navarra: Aranzadi, 2021. p. 409-10.

[11] LETTA, Enrico. *Much more than a market: speed, security, solidarity – empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens*. Bruxelas: Unión Europea, 2024. Disponible

El informe Draghi, presentado por Mario Draghi a la Comisión Europea, señala los retos a los que se enfrenta la UE en términos de competitividad —especialmente frente a las industrias china y estadounidense— y seguridad, en un escenario global marcado por constantes transformaciones. Al tiempo que apunta a la innovación, la descarbonización y la seguridad como áreas críticas, el informe hace un análisis amplio de los efectos de la digitalización en el trabajo, haciendo hincapié en la automatización y la introducción de tecnologías como la IA y los algoritmos. Estima, por ejemplo, que el 80% de los trabajadores podrán ver afectadas al menos el 10% de sus tareas por la digitalización, mientras que el 20% podrán experimentar transformaciones en más de la mitad de sus actividades. Además, el informe subraya que la automatización ha contribuido para aumentar las desigualdades, especialmente en términos salariales.[12] Por fin, el informe reconoce las oportunidades que aporta la digitalización para impulsar la productividad y sectores estratégicos, pero advierte de la necesidad de políticas claras e inclusivas que integren la tecnología de forma equitativa y atenúen las desigualdades. Entre las medidas propuestas están la formación continua, la recualificación profesional y la adaptación de la legislación laboral para evitar prácticas de explotación y maximizar el potencial de las transformaciones tecnológicas.[13]

Son muchas las causas que justifican esa realidad, que no se puede analizar de forma simplista o genérica. Es necesario comprender las transformaciones ocurridas, el mercado de la tecnología y de la información, las nuevas formas de organización productiva y del trabajo, la automatización, la movilidad social, los tipos de trabajo, en fin, diversos indicadores. Históricamente, el avance tecnológico ha sido uno de los elementos vectores de las transformaciones en la sociedad y en la economía. Con cada nueva tecnología, el mercado de trabajo experimenta diversos cambios, que pueden resultar positivos o negativos (o ambos), dependiendo del uso que se hace de las nuevas tecnologías. Por lo tanto, no se trata de algo dado o predeterminado, sino de algo construido: son las decisiones humanas (políticas, sociales, económicas) las que determinarán el uso y el aprovechamiento del desarrollo tecnológico y definirán el papel y el futuro del trabajo en esa realidad.

---

en: https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf. Consultado el: 11 dic. 2024.

[12] A título ilustrativo, el informe señala que: Technological change can imply significant disruption for workers in previously dominant industries that are no longer so, as well as increasing inequality: from 1980 to 2016, automation is found to have accounted for 50-70% of the increase in wage inequality in the US between more and less educated workers".

[13] EUROPEAN COMMISSION. *The future of European competitiveness: a competitiveness strategy for Europe.* Septiembre 2024. Disponible en: https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf. Consultado el: 11 dic. 2024.

La digitalización del empleo (reemplazo del empleo por la tecnología) es una realidad, especialmente para tareas rutinizables y repetitivas, que se pueden programar previamente mediante algoritmos, los cuales, a su vez, con sus reglas de decisiones establecidas, automatizan el proceso decisorio y de gestión laboral, prescindiendo de la intervención humana. REY GUANTER afirma que las nuevas tecnologías afectarán significativamente a todos los tipos de trabajo en la medida de su nivel de repetición o rutinización, lo que pone de manifiesto la importancia de la formación de los trabajadores para alcanzar las competencias necesarias en este paradigma tecnológico. En palabras del autor: "que tal afectación se traduzca en la desaparición de determinadas ocupaciones no va a ser debido tanto al carácter cualificado o descualificado a su carácter manual o intelectual, sino sobre todo al nivel de rutina o carácter repetitivo que tenga tal ocupación."[14]

Por otro lado, está el fenómeno de la digitalización del trabajo (transformación de las actividades en el ambiente laboral), que ha creado un paradigma de producción diversificada, flexible y variable, modificando profundamente las características del trabajo, conllevando la exigencia de nuevas técnicas, competencias y paradigmas.[15] La propia noción de trabajo, así como la de los elementos que lo identifican, resulta de una construcción histórica y cultural y no tanto de la actividad en sí misma, cambiante en el tiempo y espacio; de hecho, una misma actividad puede ser clasificada como trabajo en una época y en otra, no, como lo ilustra la situación actual de los llamados *influencers* digitales, cuyas habilidades específicas combinadas con los impactos económicos y sociales transformaron la actividad que realizan en una verdadera ocupación profesional en los días actuales.[16]

Más allá de las dudas y los debates sobre el tema, existe una certeza: el trabajo siempre ha existido y seguirá existiendo, con sus transformaciones y mutaciones. Así como ocurrió en el siglo pasado, aun con todos los avances tecnológicos, el trabajo sigue existiendo y triunfando, contradiciendo las previsiones más escépticas. Lo mismo sucederá en el futuro, que, no obstante, deberá ser modelado. La cuestión principal que se plantea, por ende, no es la relativa a la superposición de la tecnología sobre el empleo —factor que tiende a adaptarse a lo

[14] REY GUANTER, Salvador. *Sobre el futuro del trabajo: Modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos*. IUSLabor. Universitat Pompeu Fabra, 2017.
[15] JALIL NAJI, Maiedah. *Industria 4.0, competencia digital y el nuevo Sistema de Formación Profesional para el empleo.* Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo. Vol. 6, núm. 1, p. 164-194. enero-marzo/2018. p. 66-167.
[16] CARELLI, Rodrigo de Lacerda; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no Século XXI.* Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 8-30.

largo del tempo[17]—, sino la que dice respecto al tratamiento jurídico y social otorgado al trabajo en la sociedad digital. ¿Qué condiciones debemos establecer para el trabajo en el mundo contemporáneo —o cuáles serían las prohibiciones necesarias— de forma tal que la riqueza resultante de él posibilite el surgimiento de una sociedad más justa, equilibrada y armónica? ¿Cómo utilizar la tecnología de forma ética y responsable para fomentar el empleo, beneficiar el trabajo humano y servir al individuo (y no a la inversa)? ¿Cómo preparar y cualificar a los trabajadores (con qué habilidades y conocimientos) para ocupar las funciones y puestos de trabajo existentes en esta Era Digital? Por lo tanto, se trata de definir el modelo de sociedad al que se aspira y el papel del trabajo (y de la tecnología) en este mundo cada vez más digital.

La tecnología facilita el desarrollo del trabajo y amplía las oportunidades de conciliación entre el trabajo y la vida personal y familiar, al mismo tiempo en que genera nuevos riesgos para las personas, como los relativos a la conexión incesante, la fusión de los tiempos de trabajo y de descanso, la vigilancia permanente, el aislamiento, entre tantos otros que se abordarán a lo largo de este estudio. La tecnología, por sí misma, no disminuirá el ritmo de las cosas. Al contrario: ya no es la tecnología la que trabaja al ritmo del trabajador, sino el trabajador el que trabaja al ritmo de las demandas impuestas por las herramientas tecnológicas, diseñadas para extraer y obtener el nivel máximo de productividad y eficiencia.[18]

En general, las personas siguen trabajando intensamente, pero con profundos cambios en factores históricamente esenciales del trabajo, como el lugar, la jornada y los medios y herramientas utilizadas. En el plano fáctico, esas transformaciones simplemente ocurren de forma veloz. Cada día que pasa, el trabajo se empieza a ejecutar de acuerdo con la tecnología disponible más reciente, transformándose. El Derecho siempre ha tenido dificultad en acompañar las transformaciones sociales —qué decir de las frenéticas transformaciones digitales—, generando distopías sentidas sobre todo en la esfera laboral, cuando la realidad ha puesto en jaque la categoría central del Derecho laboral: la relación de empleo. Basta con pensar, por ejemplo, en las plataformas digitales, surgidas hace más de una década, pero que siguen generando intensos debates e impulsando la búsqueda de soluciones para el trabajo realizado en ese modelo productivo.

---

[17] La supresión de algunas actividades debido al surgimiento de una nueva tecnología termina resultando en la creación de otras actividades, en un ciclo permanente de reemplazo que aleja cada vez más al ser humano de tareas penosas y valoriza sus aptitudes singulares, como la creatividad, la experiencia, la capacidad de relación, etc.

[18] VALENTINI, Rômulo Soares. *A indústria 4.0: impactos nas relações de trabalho e na saúde dos trabalhadores. In:* CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 307.

Además, es cada vez más común que los modelos de negocios engendren nuevas relaciones con la intención de alejar o desvirtuar el empleo, buscando reducir el costo operativo y de mano de obra y aumentar la competitividad y la ganancia. Como lo afirman CARELLI y OLIVEIRA: "En la sociedad actual, cuanto más la actividad está alejada del centro de producción de bienes o servicios, ya sea de la empresa o de la fábrica, menos se la considera como trabajo" (traducción propia). Los autores aluden a ese proceso de desvalorización de los trabajos realizados fuera de los lugares de la empresa (trabajo a distancia, realizados en plataformas, etc.), en cuyos casos los trabajadores suelen no ser clasificados como empleados ni tener derechos.[19] Al igual que el avestruz, que entierra la cabeza en la tierra para huir de la realidad circundante, el trabajo remoto por medios digitales a menudo relega a los trabajadores a la invisibilidad, alejándolos del campo de visión de las estructuras formales de protección laboral y dificultando su reconocimiento como sujetos de derechos en el contexto jurídico-laboral.

El empleo estándar ha sido reemplazado por figuras atípicas que abarcan desde los trabajadores autónomos o los microemprendedores hasta contratos precarios, temporales o parciales. Esto no afecta solo la cuestión laboral, pues, como lo advierte SLEE, existen empresas-plataformas sumamente valiosas, pero que no poseen patrimonio, instalaciones, stocks, flotas, máquinas ni equipos.[20] ¿Podríamos llamarlas empresas líquidas (acudiendo a la famosa filosofía y metáfora acuñadas por Zygmunt Bauman)? A fin de cuentas, en analogía con la fluidez de la sociedad contemporánea descrita por Bauman, las "empresas líquidas" rompen con las estructuras tradicionales del mercado al operar sin bienes materiales, patrimonio ni empleos formales, volviéndose ajustables a las demandas del mercado, y también sin rigidez institucional, lo que puede resultar económicamente eficiente, pero socialmente evasivo debido a la dispersión de sus responsabilidades —como con respecto a los derechos laborales— en un escenario de constante transitoriedad e incertidumbre.

En el paradigma de las plataformas digitales, a título ilustrativo, se plantea el contraste de que constituyen un sector con altas tasas de inversión, crecimiento y margen de ganancia (para los creadores y desarrolladores, al menos) en un escenario de desempleo creciente y de pérdida de ingresos.[21] Además, la precarización laboral inherente a ese sistema afecta los programas de asistencia social y previsionales, incidiendo en los niveles mínimos

[19] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 28-30.
[20] SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado.* Trad. João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017. p. 14-15.
[21] CHARTZMAN BIRENBAUM, Alberto Domingo. *Las plataformas digitales en el mundo del trabajo: ¿Avance o retroceso?* Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. p. 3-23. enero/2020. p. 4.

para una supervivencia digna, ya que muchas prestaciones sociales están vinculadas al régimen de empleo.

También es necesario deconstruir la premisa de que el futuro del trabajo es algo dado, predeterminado o aleatorio. En realidad, se va conformando a partir de las elecciones y de los parámetros que se utilizan para establecer las relaciones de trabajo en ese nuevo paradigma tecnológico. La regulación del Derecho de Trabajo es una elección política, constante, que refleja los entendimientos de la sociedad acerca de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos, con sus importantes reflejos económicos en la estructura del sistema capitalista. En ese sentido, son preciosas las enseñanzas de CASAS BAAMONDE con respecto a los avances tecnológicos, a la digitalización y a las nuevas formas de trabajo:

> Transformaciones tan determinantes no pueden no reflejarse en la estructura y en la organización cambiantes del trabajo y del empleo y de las organizaciones empresariales, y han de hacerlo en el Derecho del Trabajo, que no es el resultado automático de esos cambios, sino de la voluntad social y política que los gobierna para, incorporando esas nuevas dimensiones, adaptar el ordenamiento laboral y de protección social a la realidad de su tiempo.[22]

No caben dudas de que los avances tecnológicos constituyen una realidad incambiable, presente y futura, lo que, por otro lado, conlleva la responsabilidad de que se reflexione y delibere acerca de cómo utilizar esa nueva tecnología y con qué finalidad, apuntándose al desarrollo de una sociedad más equilibrada, sostenible y ética. Por sobre todo, es necesario humanizar el avance tecnológico, manteniendo al ser humano en el centro del ordenamiento jurídico en esta Era Digital. Habiendo transcurrido más de 75 años de la génesis de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, se renueva la importancia —ahora con un fuerte sesgo tecnológico— de reconocer el valor intrínseco de todo ser humano, un fin en sí mismo como lo aseveró Kant, sobre todo en el contexto laboral, volviendo más actual (y crucial) que nunca, en el presente escenario de Revolución Tecnológica, el principio fundador enunciado en la *Declaración de Filadelfia* de 1944 que establece que el trabajo no es una mercancía.

Aunque esa finalidad antropocéntrica exija un abordaje multidimensional, es posible pensar en algunos ejemplos sobre cómo abordar la relación entre el trabajo y la tecnología, ya que es posible tanto dirigir el incremento tecnológico en el sentido de sustituir el trabajo humano como, alternativamente, dirigir los esfuerzos para mejorar la integración entre el trabajo humano y las herramientas tecnológicas, volviendo el trabajo más simple, rápido y

[22] CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2020, *El Derecho del Trabajo, la Digitalización del Trabajo y el Trabajo a Distancia*, Derecho de las Relaciones Laborales n. 11., Dic. 2020, p. 1413-1435.

productivo. Sin duda, la tecnología permite —al menos teóricamente— la cualificación de los puestos de trabajo y la mejora de las condiciones de trabajo, las cuales conducirían a un aumento del bienestar y de la calidad de vida. También es posible enfocarse en inversiones en cualificación y aptitud de los trabajadores para los más variados ambientes digitales y para competencias específicas que quedan fuera del alcance de las máquinas, aprovechándose las facilidades aportadas por el progreso tecnológico en términos de acceso a la información y a la educación con plataformas en línea, cursos a distancia y entrenamientos digitales. La tecnología también permite eliminar trabajos insalubres y peligrosos, automatizándolos, lo que, a su vez, permite reducir los accidentes y las enfermedades, fortaleciendo la salud y la seguridad laboral. O, incluso, se pueden repensar la tributación sobre el trabajo y los subsidios estatales para determinadas actividades económicas, buscándose incentivar modelos de negocios estructurados sobre la participación de trabajadores formales y puestos de trabajo cualificados que utilicen la tecnología disponible de forma positiva, en simbiosis con el trabajo humano. En fin, son infinitas las posibilidades de un aprovechamiento beneficioso y positivo de la tecnología a favor del trabajo, de las personas y de la sociedad.

En esa línea de raciocinio, en una reciente obra en la cual se detiene en los efectos de la tecnología y del uso de algoritmos en las relaciones de trabajo, TODOLÍ SIGNES diferencia los tipos de tecnologías a partir de su capacidad de generar bienestar en la sociedad, dado que la tecnología en sí no es neutra. El autor clasifica la tecnología en dos categorías: *(i)* la tecnología productiva o generadora de valor, utilizada para automatizar tareas, que permite a los trabajadores realizar sus tareas de forma más productiva con el mismo esfuerzo y tiempo invertido; y, por otro lado, (*ii)* las tecnologías extractivas de valor, las cuales posibilitan un aumento de la productividad basándose exclusivamente en el mayor esfuerzo del trabajador —y no por la ayuda de las herramientas digitales—, situación en la que la tecnología se utiliza para hacer aumentar el poder y la vigilancia empresarial sobre el trabajador y, así, extraer toda su energía física y mental, imputándole, además, los riesgos y los costos.[23]

Eso mismo es lo que el historiador Melvin Kranzberg expresa con la célebre frase "la tecnología no es buena ni mala, ni tampoco es neutra"[24], aludiendo al poder transformador de la tecnología y a sus impactos sociales, culturales, políticos y económicos, los cuales trascienden las intenciones y objetivos de su creador. Así, al mismo tiempo en el que la

[23] TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Algoritmos productivos y extractivos: cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la Innovación*. 1ª ed.: Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2023. p. 25.
[24] MIT Technology Review. *O futuro deficiente*. Julio/2023. Disponible en: https://mittechreview.com.br/o-futuro-e-deficiente/

tecnología es capaz de solucionar un problema significativo, también es capaz de causar otros, pudiendo servir tanto para reforzar como para desafiar las estructuras sociales o de poder. Paralelamente a esa utilización positiva del progreso tecnológico, existen desafíos y preocupaciones de la misma magnitud, como el desempleo tecnológico, la exclusión digital (sobre todo en áreas menos desarrolladas o remotas), la amplificación de las desigualdades, la sobrecarga de trabajo (hiperconectividad, vigilancia y presión por resultados, que conducen a un aumento del estrés y de las enfermedades) y la polarización profesional, habiendo, por un lado, trabajadores muy cualificados con altos salarios y diversas ofertas de trabajo y, por otro, trabajadores con baja cualificación y remuneración, más vulnerables, con riesgo amplificado de sustitución y dificultad de reinserción en el mercado.

Todo eso converge hacia una realidad compleja y ambivalente que demanda acciones equilibradas y políticas públicas eficientes en el enfrentamiento de ese escenario para mitigar los efectos negativos y propiciar un ambiente de utilización constructiva y provechosa de las nuevas tecnologías, sobre todo en la esfera laboral. En términos generales, hasta el momento, se ha mostrado correcta la previsión de Roy Amara en la llamada *Ley de Amara*, la cual señala que las personas tienden a sobrestimar el impacto de las tecnologías en el corto plazo y a subestimar sus efectos a largo plazo.[25]

De la misma forma, CARELLI y OLIVEIRA rechazan los argumentos de neutralidad de la tecnología, pues esos la presentan como si se tratara de un ente metafísico dotado de *voluntad*, ocultando la realidad de que, por detrás de toda tecnología, hay una voluntad humana, consciente, de alguien que invirtió capital y creó una herramienta —de su propiedad y, por lo tanto, bajo su responsabilidad en todos los aspectos— destinada a alcanzar determinados fines a los que aspira, dentro de límites preordenados.[26] De hecho, el dilema no está en la tecnología en sí, sino en las decisiones humanas sobre la creación y el uso que se hará de ese enorme potencial tecnológico —y que aumenta de forma potente y exponencial todos los días—, a partir de lo que se conformará el tipo de sociedad y de valores centrales a los que se aspira para el presente y, sobre todo, para el futuro.

En ese camino, cada vez gana más espacio la cuestión de la responsabilidad ética en la creación, desarrollo y uso de la tecnología. El avance feroz de la tecnología, hoy potente y omnipresente, conlleva una enorme preocupación sobre sus límites y la necesidad de

[25] TEH, Peijing.*The Most Important Tech Law you never heard before: Amara's Law*. Inquivision, 31 maio 2023. Disponible en: https://inquivision.com/the-most-important-tech-law-you-never-heard-before-amaras-law/ Consultado el: 30 ago. 2024.
[26] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 28-30.

respetar valores éticos, de promover el bienestar y de mitigar los impactos negativos para las personas, la sociedad y el medio ambiente. La supervisión y el control humano constituyen una garantía importante para que la actuación de máquinas y herramientas digitales, orientadas por los parámetros establecidos por sus creadores y operadores, observen los valores y límites éticos y jurídicos de la sociedad, los principios de justicia y los derechos fundamentales, teniendo la responsabilización un papel crucial para alcanzar ese objetivo. A fin de cuentas, es necesario que se cohíban fallas y abusos en el manejo de la tecnología, incluso cuando resulten de procesos o decisiones automatizadas, mediante la identificación y sanción a los responsables, lo que demanda una adecuada regulación en los más variados niveles, desde el gubernamental hasta el empresarial, imponiendo deberes de transparencia, incluso en lo concerniente a la imprescindible auditabilidad de los sistemas y herramientas tecnológicos.

Sin embargo, es necesario resaltar una premisa importante en ese panorama: las nuevas tecnologías constituyen, en general, una transformación positiva para la sociedad, con capacidad potencial de mejorar las condiciones de vida de la gente. En realidad, el uso que se hace de la tecnología —que, por sí sola, sería inerte— ha servido para mejorar las condiciones y la calidad de vida de las personas en la modernidad. Históricamente, el progreso tecnológico trajo consigo avances y mejorías para la sociedad, como mejores infraestructuras de los ambientes y el aumento de riquezas, de la calidad (y expectativa) de vida y del acceso a bienes y servicios esenciales. Aun en un mundo repleto de problemas y desigualdades sociales y, por ende, lejos de cualquier ideal, datos estadísticos han mostrado una evolución global en diversos aspectos de la vida moderna, como el saneamiento básico, el acceso al agua potable, la reducción de la pobreza extrema y de la mortalidad infantil, la alfabetización, el combate al hambre, entre otros.[27]

Al comentar sobre los efectos positivos de la tecnología en la sociedad —mejora de la productividad y de la eficiencia— a lo largo de las diferentes revoluciones industriales, TODOLÍ SIGNES afirma que "(...) las eficiencias generadas por la tecnología permitieron reducir el precio de los productos y, con ello, aumentar la demanda de los productos ofrecidos. Este aumento de la demanda de productos y servicios generó empleo, así se dice que la tecnología genera su propia demanda".[28] Hoy en día, muchas actividades degradantes o perjudiciales a la salud las realizan las máquinas, lo que permite preservar el bienestar de los trabajadores. Impresiona la accesibilidad (en su expresión más amplia) de la que se goza en la

[27] ROSLING, Hans; ROSLING, Ola; RÖNNLUND, Anna Rosling. *Factfulness: o hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos.* Tradução de Vitor Paolozzi. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.
[28] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 15.

actualidad. Esta incluye textos que rápidamente se pueden convertir en audios (y viceversa), comunicaciones gratuitas e instantáneas sin fronteras, mapas de cualquier lugar del mundo, información abundante sobre cualquier tema mediante unos pocos clics, entre tantas otras herramientas y utilidades, en un rol casi infinito.

Otro ejemplo fue el de la pandemia de la Covid-19, en la cual la tecnología permitió que se mantuvieran funcionando los servicios esenciales, el resguardo de miles de vidas y la continuidad de muchos negocios a pesar del aislamiento social exigido. En ese sentido, SOUTO MAIOR afirma que "(...) de nada sirve maldecir el avance tecnológico. Este es inevitable y, en alguna medida, ha sido beneficioso para la humanidad (en muchos aspectos). El desafío, desde esa óptica, radica en buscar que la tecnología esté al servicio del hombre y no contra el hombre"[29] (traducción propria). La transformación digital tiene el potencial de catapultar temas fundamentales del mundo moderno, como las cuestiones climáticas, la transición ecológica, los cuidados con la salud y el consumo consciente. Sin duda, las transformaciones digitales tienen el potencial de proporcionar diversos beneficios, incluso en las relaciones de trabajo.

Eso no significa pasar por alto que existen graves problemas ocasionados por la misma tecnología, como la manipulación de masas mediante las redes sociales y los dispositivos electrónicos, la vigilancia constante, el uso abusivo de datos, violaciones de la privacidad y de la intimidad e incluso la amenaza a procesos electorales democráticos, todo lo cual impone un debate permanente sobre el uso y los límites de la tecnología. Y, como se ha visto anteriormente, una de las esferas más afectadas por la revolución tecnológica es justamente la del trabajo y las relaciones laborales, lo cual demanda una mirada atenta y cuidadosa sobre los impactos producidos por la tecnología, que no se limitan a aspectos productivos (eficiencia y productividad) o de la rutina laboral, sino que abarcan implicaciones éticas, comportamentales, culturales y humanas. ADAMS-PRASSL sintetiza esa correlación entre beneficios y preocupaciones con respecto al avance tecnológico en el ámbito laboral:

> El análisis histórico sugiere fuertemente que el progreso tecnológico facilita el trabajo y lo vuelve más seguro y productivo. Al mismo tiempo, no obstante, abre las posibilidades de abuso, desde la vigilancia invasiva de la privacidad hasta la fuerte presión ejercida sobre el trabajo precario.[30] (traducción propria)

De cualquier manera, además de inevitable, el avance tecnológico (con sus nuevos accesos, herramientas, productos y servicios) es algo positivo para la sociedad. El

[29] SOUTO MAIOR, op. cit.
[30]ADAMS-PRASSL, Jeremias. *Gestão algorítmica e o futuro do trabalho. In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 97.

problema radica en la compresión crítica y, en nuestro caso, en cómo se encaja en ese panorama cibernético el trabajo, uno de los ámbitos más afectados actualmente por las transformaciones digitales.

A título ilustrativo, es necesario evaluar la distribución de ese aumento de riqueza y de los resultados obtenidos con el avance tecnológico, lo que ha ocurrido de manera desproporcionada: una minoría mejora muchísimo su condición social a costa de la involución de una mayoría, lo que está estrechamente relacionado con las relaciones y condiciones laborales. La productividad ha crecido exponencialmente en las últimas décadas, pero sin ir acompañada de un crecimiento proporcional del salario y del ingreso.[31] De acuerdo a los estudios de la Organización Internacional del Trabajo - OIT y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, al comienzo de este siglo, se observa que la productividad en el trabajo ha aumentado prácticamente el doble con respecto a lo verificado en cuanto al valor de los salarios, lo que enciende el alerta que advierte TODOLÍ SIGNES: a diferencia de las tecnologías anteriores, en cuyo caso la mejora de la productividad se reflejaba en una mejora salarial (o sea, había una distribución de la riqueza derivada de la tecnología entre empresas y trabajadores e incluso entre consumidores, en virtud de la oferta de productos más baratos), el incremento tecnológico más reciente —a partir de los años 1980— ha ampliado la desigualdad económica en la sociedad, quedando para las empresas el beneficio del aumento de la productividad laboral resultante de las nuevas tecnologías y de la dirección algorítmica (uso de herramientas digitales para la organización y vigilancia del trabajo), sin ningún reparto.[32]

Así, los trabajadores están produciendo más, "sudando" más, pero no están cobrando más, configurándose un escenario de injusticia y desequilibrio social. Las dificultades son muchas y de todo orden, como las relativas a la garantía de la privacidad, la protección de los datos, el derecho a la desconexión, el ostracismo, la necesidad de formación y recualificación continuas, a nuevos riesgos para la salud (enfermedades psicosociales, exposición excesiva a pantallas y dispositivos), a la desmovilización sindical e incluso al alejamiento del trabajo de la concepción de empleo, este cada vez más escaso.

La globalización y las transformaciones tecnológicas han modificado profundamente la organización del trabajo —entendida como la forma de distribución y

---

[31] LUMEN LEARNING. *Labor market equilibrium and wage determinants*. Disponible en: https://courses.lumenlearning.com/boundless-economics/chapter/labor-market-equilibrium-and-wage-determinants. Consultado el: 30 ago. 2024.

[32] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 20.

coordinación de tareas, de autoridad y de responsabilidades, para alcanzar el producto o servicio final[33]— y han dado lugar a varias modalidades laborales, muchas de las cuales no están comprendidas por el marco regulatorio laboral. Generalmente, ese panorama es fruto de la exigencia constante de mayor versatilidad y eficiencia en las empresas (casi siempre vinculada a estructuras compactas y volátiles) para competir en un mercado cada vez más amplio y competitivo. De hecho, son cambios que se sienten no solo en la esfera laboral, ya que los medios digitales generan interacciones cada vez más intensas entre productores, distribuidores, vendedores, trabajadores y consumidores, derribando fronteras que antes estaban muy bien delimitadas.

De hecho, estas transformaciones disruptivas que se vienen produciendo en el mundo -como la globalización, la digitalización (y el ascenso de la economía digital), el cambio climático y los cambios demográficos- están intrínsecamente interconectadas, generando impactos directos y profundos en las relaciones laborales, como bien señalan las Declaraciones de la OIT (sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa en 2008 y la Declaración del Centenario de la OIT sobre el Futuro del Trabajo en 2019). Estos cambios desafían el propio concepto de relación laboral y las normas jurídicas tradicionales, que resultan insuficientes, agravando el problema de la calificación jurídica del trabajo. La transformación digital ha propiciado la aparición de trabajos informales y marginalizados, lo que impacta en cuestiones demográficas como el envejecimiento de la población activa y la estagnación de la población activa en Europa, con repercusiones en la cuestión migratoria, así como en la realidad de los jóvenes que inician su vida laboral con menor protección social y derechos reducidos. El cambio climático, a su vez, exige la creación de puestos de trabajo en sectores verdes, aunque estas oportunidades han estado marcadas por contratos flexibles o informales, además de las advertencias sobre los posibles daños al medioambiente de ciertas tecnologías, dificultando una transición ecológica adecuada.

La ausencia de un marco jurídico claro sobre el trabajo en el contexto digital agrava estos problemas y las desigualdades presentes en nuestra vida cotidiana (que afectan a cuestiones laborales, de seguridad social, climáticas, económicas, educativas, culturales etc.), dificultando la consecución de una transición digital y ecológica inclusiva, justa y sostenible. No es casualidad que los programas de sostenibilidad y responsabilidad social en las empresas, conocidos por la sigla ESG (*Environmental, Social and Governance*), abarquen objetivos y

[33] BUSINESSEUROPE; SMEUNITED; CEEP; CES. *European social partners framework agreement (Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización),* de 22 de junio de 2020. Disponible en: *https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-social*

métricas ambientales, de gobernanza y, sobre todo, sociales, reforzando la importancia de los trabajadores como protagonistas en esta era de cambios y la actuación de los recursos humanos en las corporaciones como entidades coadyuvantes en estas cuestiones.[34]

Es necesario armonizar —y humanizar— esas exigencias de una forma que permita preservar, también, el equilibrio y la dignidad en las relaciones laborales, lo que exige una adecuada regulación del trabajo que cohíba la existencia de trabajadores en situación de empleo, pero sin la debida protección legal.

Hay una tendencia en el trabajo digital a una proliferación de trabajadores desprotegidos, regidos por acuerdos individuales —y, por ende, desequilibrados— en detrimento de relaciones laborales protegidas, incluso en el plano colectivo y sindical. Por ejemplo, de 1998 a 2014, en Reino Unido, el número de trabajadores en *home office* aumentó del 11 al 14%; la mayor parte de esos trabajadores se concentraba en nichos de trabajadores con ingresos por debajo del promedio salarial, de trabajadores independientes y de trabajadores más añosos.[35] Incluso en puestos de trabajo típicos, en régimen de empleo, la tecnología —sobre todo la inteligencia artificial y los algoritmos— han permitido el control y la vigilancia permanentes y omnipresentes de la actividad laboral, en grados nunca vistos, transformando una enormidad de datos e información en índices de productividad misteriosos, sin transparencia en cuanto a las métricas utilizadas, que determinan automáticamente el destino de los trabajadores sin posibilidad de análisis ni contestación.

Por otro lado, el desarrollo tecnológico refuerza la importancia y el papel de las personas —y de sus cualidades esenciales, no encontradas en la tecnología— en la realización de una actividad productiva, por lo cual su trabajo debe ser protegido. Como lo afirma CEDROLA SPREMOLLA:

> (…) reconocer la importancia del avance tecnológico no significa desconocer la importancia de las personas. Son las personas las que ocupan los puestos de trabajo que se rediseñan y quienes componen el principal capital de las empresas. La tecnología simplemente permitirá —focalizándose en las personas— que su trabajo sea más productivo, más ágil e innovador.[36]

[34] INSTITUTO CUATROCASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH; REY GUANTER, Salvador; TENA PLANAS, Guillermo. *Documentos Sobre El Impacto de Las Nuevas Tecnologías En La Gestión de Las Personas Y En Las Relaciones Laborales*. Madrid: Wolters Kluwer, 2021. p. 196-197.
[35] BAMBER, op. cit., p. 19.
[36] CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo. *Economía digital e Industria 4.0: reflexiones desde el mundo del trabajo para una sociedad del futuro.* Revista Internacional y Comparada de de Relaciones Laborales y Derecho del empleo. Vol. 6, núm. 1, p. 261-297. enero-marzo/2018. p. 279-80.

Estudios indican que el avance tecnológico y las nuevas tecnologías han sustituido el empleo y los puestos de trabajo más susceptibles a tareas automatizadas, rutinizables y repetitivas, muy comunes en diversas funciones y posiciones existentes en los sectores de servicios (como la atención a clientes), en la producción, en el transporte, en las ventas y en el segmento administrativo. Hay una realidad de automatización constante y creciente de los procesos productivos y de externalización del mercado de trabajo, fruto de la globalización y de la conectividad instantánea y permanente. En compensación, hay otras tareas y aspectos de la inteligencia humana que la tecnología no logra materializar o alcanzar, como las inteligencias emocionales y creativas, el juicio crítico y la percepción y el manejo de ambientes desordenados[37], de forma tal que es necesario invertir en la formación (educativa y profesional) de las personas en esas áreas y aptitudes específicas para prepararlas para el trabajo en tiempos digitales.

Esos cambios suscitan una reflexión importante con respecto al actual impacto de la tecnología en la dignidad del trabajo y del trabajador en virtud de su capacidad de reducir o aun eliminar actividades, habilidades y el propio papel de los trabajadores en los procesos productivos, en un verdadero movimiento de deshumanización del trabajo, el cual se transforma en algo meramente funcional. Esta realidad afecta diametralmente la visión clásica del trabajo como elemento dignificante y no solo como un medio de subsistencia. De hecho, el trabajo como un camino hacia el autoconocimiento y el desarrollo y la realización personal está condicionado a la calidad y a las condiciones en las cuales se presta el trabajo. En ese escenario, la tecnología puede tanto promover ese ideal como impulsar la expansión de trabajos precarios, desvalorizados y alienados.

Así, el futuro del trabajo depende de la revisión del paradigma de la relación de trabajo para integrarlo al contexto de la digitalización y de las nuevas tecnologías, así como de la adaptación de los institutos del trabajo a la realidad del trabajo digital, buscando armonizar, de forma ética, justa y ecuánime, el trabajo y la tecnología, teniendo como guía la centralidad de la persona humana, el valor social del trabajo, los derechos fundamentales y la función protectora del Derecho del Trabajo.

Al escribir el prefacio de una obra de referencia sobre el trabajo frente a las tecnologías de este siglo, Sayonara Grillo resume con acierto los desafíos del trabajo en esta Era Tecnológica:

[37] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; TODOLÍ SIGNES, Adrián; [et.al.]. *Trabajo a Distancia y Teletrabajo: Análisis Del Marco Normativo Vigente*. Navarra: Aranzadi, 2021. p. 408.

> La *precisión* de los algoritmos y del GPS, brújula para la navegación en el infoespacio del siglo XXI, y maquinarias para la renderización de las experiencias y la transmutación de datos en predicción y comportamientos, la profundidad de la carga destructiva de institutos protectores construidos otrora por el derecho y la necesidad de preservar el trabajo vivo como realización humana trajeron nuevos desafíos para la ciencia jurídica y para el Derecho del Trabajo en particular.[38] (traducción propria)

En esta obra, los autores CARELLI y OLIVEIRA parten de una premisa fundamental para todo y cualquier examen de esta intrigante temática que involucra el trabajo y la tecnología: es necesario tener ponderación y equilibrio. En sus palabras:

> Esos dos pensadores [aludiendo a la posición antagónica entre Eça de Queirós y Umberto Eco sobre el tema] deben inspirarnos para tratar de la cuestión de la tecnología: no debemos ser ni apocalípticos ni integrados. La tecnología no traerá salvación, como lo creen algunos que imputan de forma pusilánime su carácter inevitable y, de forma como mínimo incauta, su permanente beneficio general para la sociedad. Por otro lado, la fuga o negación pura y simple de las modernidades tampoco ayuda en nada en la construcción de una vida mejor. La comprensión de la naturaleza de las cosas es esencial para que nos situemos de forma menos neurótica, sobre todo en el objeto de este libro, que es la relación de la tecnología con el trabajo.[39] (traducción propria)

Con eso en mente, en esta primera parte de la investigación se abordan las principales características del trabajo en el contexto tecnológico y de los nuevos modelos de organización de la actividad productiva, fundados en el uso acentuado de máquinas y herramientas digitales.

Por último, se registra que la expresión "nuevas tecnologías" abarca diversos y complejos segmentos dentro del universo tecnológico, cada uno con sus características y peculiaridades, como la computación cuántica, la inteligencia artificial, la internet, las redes y la nube, los datos o *big data*, la impresión 3D, la geolocalización, la robótica y el *blockchain* (protocolo de confianza), entre tantas otras que se pueden mencionar. A pesar de eso, el foco de este estudio son los impactos de las nuevas tecnologías (como un todo) sobre las relaciones de trabajo, desde los elementos de la relación de empleo al desarrollo del trabajo digital, independientemente del tipo de tecnología, incluso por considerar que, muchas veces, los segmentos referidos están interconectados, correlacionados y se utilizan de forma simultánea o complementaria.

2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LA INDUSTRIA 4.0

[38] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 15.
[39] Ibdem.

La expresión "Industria 4.0" es una referencia a la actual cuarta revolución industrial, también conocida como Revolución Tecnológica, una nueva fase de la industrialización en diferentes sectores de la economía marcada por la integración de las tecnologías avanzadas que convergen hacia la creación de fábricas inteligentes. Así, corresponde a un nuevo paradigma de producción diversificada, variable y personalizada que sustituye el modelo fordista-taylorista y su producción uniforme y estandarizada.[40] Hay quienes defiendan que se trata de una nueva versión del taylorismo, sobre todo en los modelos de plataformas digitales, basados en la fragmentación del trabajo (y, en consecuencia, de la remuneración), que se divide en micro o nanotareas (*microtasks*) que, en su conjunto, conforman una verdadera línea de producción digitalizada.[41] En el contexto de las transformaciones digitales, también son frecuentes las alusiones al término "Economía 4.0", el cual, aunque correlacionado con la *Industria 4.0* (siendo ésta comprendida como una de sus dimensiones, relacionada con los procesos industriales), refleja un concepto más abarcador —incluyendo otros sectores económicos— y sistémico, que implica una transformación económica más amplia y sus profundos impactos en la sociedad.

La *Industria 4.0* constituye una propuesta surgida en 2011 en Alemania que apunta a dar un salto tecnológico en los procesos productivos a partir de las nuevas tecnologías de información y comunicación.[42] Su importancia es similar a la de las revoluciones precedentes. Las referidas expresiones se utilizaron en la feria industrial de Hannover, aquel año, para describir la revolución en la organización de la actividad económica y la utilización de fábricas inteligentes, las cuales posibilitarían la fabricación de productos personalizados y el surgimiento de nuevos modelos operativos en un mundo que opera mediante la cooperación de sistemas físicos y virtuales.[43] Esas fábricas inteligentes estarían caracterizadas por una amplia automatización, por la conectividad de toda la cadena productiva, por una flexibilidad que permite ajustes rápidos para atender demandas de forma personalizada y por la previsibilidad de potenciales fallas, posibilitando actuar incluso antes de que ocurran y, así, evitarlas.

En el informe *Industria conectada 4.0*, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo español define la *Industria 4.0* como:

---

[40] JALIL NAJI, op. cit., p. 166-167.
[41] ROSENBAUM CARLI, Federico. *El Trabajo Mediante Plataformas Digitales y Sus Problemas de Calificación Jurídica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. p. 57.
[42] ANTUNES, Ricardo. *Trabalho digital, "indústria 4.0" e uberização do trabalho. In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 350.
[43] VALENTINI, op. cit., p. 302.

> (...) la cuarta revolución industrial, que se basa en la disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía. Para ello es necesaria la fusión de tecnologías tales como Internet de las Cosas (IoT), computación y cloud, big data y ciberseguridad, así como las complementarias: móvil, analytics, M2M (Machine to Machine), impresión 3D, robótica y comunidad/compartición.[44]

Históricamente, la Revolución Industrial (siglos XVIII y XIX) comenzó con la mecanización y la introducción de la máquina a vapor, con la respectiva transformación de los métodos productivos de la época. A su vez, la 2ª Revolución Industrial (siglo XX) estuvo relacionada con el uso de la electricidad y con la producción en masa, a partir de la creación de las líneas de producción, famosas en los modelos fordista y taylorista. A su vez, la 3ª Revolución Industrial (segunda mitad del siglo XX) corresponde a la automatización y a las transformaciones de la era digital, sobre todo a partir del desarrollo de las computadoras (1960) y de la Internet (1990). Por último, se utiliza la expresión *4ª Revolución Industrial* o *Industria 4.0* para designar las profundas transformaciones resultantes del avance tecnológico y de las tecnologías de la comunicación e información, distinguiéndosela —aunque se la considere una continuación de esa evolución— de la tercera revolución industrial (digital) por la amplitud e intensidad de los cambios y por el carácter disruptivo del fenómeno, que combina tecnología digital, física y biológica.[45] Como subraya REY GUANTER:

> (...) los cambios tecnológicos que se están dando en la actualidad, aunque desde luego tiene puntos en común con anteriores "revoluciones tecnológicas" producidas en los dos últimos siglos, tienen a su vez **características propias** que hacen que tales cambios desarrollen unos efectos sobre la organización del trabajo y los recursos humanos sin precedentes. (...) lo auténticamente distintivo en estos cambios tecnológicos es que sus efectos disruptivos se exponencian, se aceleran y se extienden en sus múltiples y multilaterales conexiones entre ellos. Es la denominada **"gran convergencia"** que tales tecnologías están protagonizando lo que hace que estemos hablando de una "afectación" total, universal, global.[46]

Ese modelo de producción industrial 4.0 combina tecnología y cambios organizacionales, conectando el mundo virtual de internet y el mundo concreto de las fábricas industriales, automatizadas e interconectadas, apuntando a un trabajo más flexible, eficiente y productivo. Por medio de sensores inteligentes, de la robótica, de la inteligencia artificial, de algoritmos y de sistemas de software integrados, las fábricas establecen un flujo constante de

[44] KAHALE CARRILLO, op. cit., p. 416-7.
[45] AGUILAR, Ramón Alfredo. *El trabajo a través de plataformas digitales ¿autónomos o subordinados?: una visión de derecho comparado.* Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2021. p. 28-30.
[46] REY GUANTER, *Sobre el futuro del trabajo: Modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos.*

datos en tiempo real que permite la comunicación instantánea (entre máquinas, sistemas y personas) y la toma de decisiones de forma autónoma o asistida, con más precisión, menos fallas y, por ende, más eficiencia y adaptabilidad.

De esa forma, la Industria 4.0 está marcada por la utilización de tecnologías avanzadas como la internet de las cosas (que conecta dispositivos físicos y máquinas a la internet en un ambiente que permite interacciones autónomas), la informática en la nube (acceso global y en escala a datos almacenados y procesos en servidores remotos, posibilitando el acceso a sistemas y aplicaciones, sin importar dónde se esté), *big data* (posibilidad de analizar una vasta cantidad de datos acumulados y exportables como materia prima, apuntando a la optimización del proceso), la impresión 3D (producción de componentes complejos en capas, especialmente en el sector de la salud), las aplicaciones móviles (que permiten tener acceso a servicios en línea), la geolocalización - GPS (que permite tener información de ubicación del usuario y control en tiempo real), la inteligencia artificial (automatización mediante máquinas inteligentes capaces de aprender por sí mismas y de adaptarse), la realidad virtual (simulaciones en el proceso productivo) y robots.[47] En síntesis, esa concepción promueve el reemplazo de las actividades tradicionales y manuales por herramientas automatizadas y robotizadas en todo el proceso productivo, bajo el comando informacional-digital.[48]

Al analizar la denominada *subordinación algorítmica*, DELGADO contextualiza oportunamente los cambios derivados de esa Cuarta Revolución Tecnológica del Capitalismo:

> En el contexto de las amplias modificaciones verificadas en el sistema productivo y organizacional capitalista y de las correspondientes adecuaciones en la Ciencia y en la Teoría del Derecho, se debe enfatizar la profundización más reciente —desde las primeras décadas del siglo XXI— del proceso de informatización y digitalización de las relaciones y prácticas económicas, sociales, culturales e institucionales, con el surgimiento de la inteligencia artificial, de los algoritmos y de los instrumentos de computación y comunicación virtual de amplio acceso y espectro planetario (como las microcomputadoras ultrapotentes y la nueva telefonía celular computadorizada), todo eso en el contexto de la denominada Cuarta Revolución Tecnológica del Capitalismo. Esos nuevos y profundos avances tecnológicos, al suprimir las barreras del espacio y del tiempo, todos, en su conjunto, han permitido al poder económico crear actividades empresariales inusitadas —algunas sin el concurso exponencial de la fuerza de trabajo, sustituida en gran medida por las máquinas, y otras con el concurso disperso de la fuerza de trabajo. Esos cambios han generado dificultades sustanciales al campo jurídico de carácter social en el sentido de actuar en la regulación de varias de esas nuevas actividades aparentemente disruptivas.[49] (traducción propria)

[47] CEDROLA SPREMOLLA, op. cit., p. 269-73.
[48] ANTUNES, op. cit., p. 350.
[49] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada.* 21.ed. São Paulo: JusPodivm, 2024., p. 355.

En síntesis, la Industria 4.0 incorpora las nuevas y sofisticadas tecnologías a la industria, sobresaliendo en ella la automatización y la digitalización —aspectos ausentes en las revoluciones precedentes—, combinando factores y ambientes físicos con lo digital, así como vinculando materiales, dispositivos y maquinarias a sistemas digitales.[50]

Tantas transformaciones resultan en diversos impactos sociales y económicos, entre los cuales se suelen destacar los cambios en el mercado de trabajo (reemplazo de empleos y puestos de trabajo), la eficiencia operativa (optimización de recursos), la sostenibilidad (reducción del impacto ambiental mediante el uso eficiente de recursos y la reducción de desperdicios) y una mayor competitividad, incluso en el ámbito global. De la misma forma, ese fenómeno conlleva preocupaciones, como las relacionadas con la seguridad digital e informática (vulnerabilidad de los sistemas a ataques cibernéticos), los costos para la creación de una infraestructura tecnológica robusta, la interoperabilidad entre sistemas y la necesidad de recualificar la mano de obra y modificar la cultura organizacional para acoger esa nueva realidad. En fin, el avance tecnológico, con sus nuevas herramientas, ha transformado por completo los estándares de comunicación, de organización, de sociabilidad, de comportamiento, de mercado y, obviamente, de trabajo.

En ese último aspecto, es importante resaltar que la Industria 4.0 impacta directa y profundamente en el trabajo, especialmente en cuanto a la automatización y a la eliminación de determinados puestos de trabajo, al modo de trabajar y a las competencias y habilidades que se exigen de los trabajadores en este nuevo modelo. Como se vio anteriormente, el desarrollo tecnológico, con su capacidad creciente de realizar e incorporar nuevas tareas, con mayor rapidez y calidad con respecto al trabajo manual, termina afectando determinadas profesiones y puestos de trabajo a lo largo del tiempo, los cuales se vuelven obsoletos, fenómeno conocido como desempleo tecnológico. En la Industria 4.0, el avance de la inteligencia artificial y de la robótica sofisticada termina reemplazando trabajos manuales centrados en la realización de tareas repetitivas, que pasan a ser realizadas por las máquinas de forma más rápida, ininterrumpida y eficiente. Encontramos un ejemplo de ello en el sector automotriz, en el cual los trabajadores de la línea de producción fueron uno de los grupos más afectados cuando la máquina empezó a ejecutar las funciones que antes realizaban los operadores de máquinas y montadores.

[50] KAHALE CARRILLO, op. cit., p.416.

Por otro lado, esa misma industria conlleva la oportunidad de crear nuevos empleos y puestos de trabajo, especialmente en el área de la tecnología, como los de programadores, analistas de datos y de seguridad digital, los cuales requieren nuevas habilidades y conocimiento, así como profesionales más cualificados, lo que, a su vez, demanda un trabajo robusto e imprescindible de capacitación y recualificación de la mano de obra, necesario para evitar la ampliación de la desigualdad social, la cual afectaría sobre todo a los trabajadores más vulnerables. De la misma forma, se verifica una mayor exigencia en el mercado de trabajo por profesionales que tengan conocimiento técnico y competencias digitales, así como habilidades interpersonales, esenciales para el trabajador moderno, que pasa a dedicarse, sobre todo, a tareas que las máquinas no logran realizar, como las que involucran creatividad, empatía, comunicación o juicio crítico.

Mientras la industria 4.0 constituye una vertiente más mercantilista, de búsqueda de una mayor eficiencia a partir del célere avance de la tecnología, de la automatización y de la digitalización de los procesos productivos, surge también la noción de "Industria 5.0". Se trata de una comprensión más humanista de esa realidad que pone a la persona en el centro de las transformaciones tecnológicas y a los robots y a las máquinas al servicio del hombre, para ayudarlo en sus actividades y no para reemplazarlo o coordinarlo. Este modelo, que es el que la Unión Europea ha defendido, supone menos esfuerzo y más seguridad.[51] En términos más amplios, los japoneses denominan *Sociedad 5.0* a ese nuevo modelo de sociedad de la inteligencia, con profunda integración de los espacios físicos y virtuales —en especial, la infoesfera—, basada en la innovación, en la ciencia y en la tecnología, que ha revolucionado el modo de vivir y de trabajar.[52] El término *infoesfera*, popularizado en la filosofía de Luciano Floridi, remite a la idea de un ambiente global de información digital en el cual las personas, las máquinas y los datos interactúan de modo constante y la realidad física y virtual convergen en un único ecosistema fluido e interconectado donde consta toda la información que nos rodea.[53]

Así, la *Industria 5.0* propone una relación más estrecha y sinérgica entre el hombre y la máquina —sobresaliendo la IA y la robótica avanzada, apuntándose a optimizar los procesos—, en la cual la máquina realiza las actividades repetitivas e intensas (reduciendo

[51] HERAS GARCÍA, Aránzazu de las. *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis crítico de normas y prácticas convencionales.* Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2021. p. 7.
[52] KROST, Oscar; VIDIGAL, Viviane; ESTRADA, Manuel (Org.). *Direito, tecnologia e trabalho.* Leme/SP: Mizuno, 2022. p. 193.
[53] FLORIDI, Luciano. *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

el esfuerzo humano), mientras el hombre se centraría en las habilidades humanas como la creatividad, la inteligencia emocional y las decisiones personalizadas, todo para alcanzar un ambiente de producción más personalizado (y no en masa o escala), sostenible (sin desperdicios y con menor impacto ambiental) y de mayor calidad y grado de detalles.

En esta cuarta revolución industrial, el modelo de negocio que utiliza de medios digitales para proveer interacciones y servicios en el mundo físico tiene origen en el fenómeno llamado economía colaborativa (*sharing economy* [traducido más literalmente, de la puesta en común]). Su origen está relacionado al desarrollo de la tecnología digital aliada a la crisis financiera de 2008, que despertó en las personas la desconfianza hacia las grandes corporaciones y el deseo de ahorrar, maximizar el uso de los recursos y proveer alternativas sostenibles. Basada en la idea de apertura a la comunidad, defiende el uso de la tecnología para conectar a individuos, los cuales pasan a contar los unos con los otros, promoviendo intercambios informales entre iguales —sin carácter comercial— al margen de las corporaciones y del consumo pasivo y materialista.

La utilización del término *colaborativa* también se justifica por reflejar la idea de un mejor aprovechamiento de bienes y recursos existentes en momentos ociosos, a menores precios, como, por ejemplo, dar utilidad a casas vacías durante períodos de viajes, compartir salas y espacios comerciales, usar el mismo vehículo para desplazamientos similares (aventón), alquilar vehículos o equipos electrónicos, entre tantas otras posibilidades. En ese panorama, la confianza entre los usuarios representa un elemento indispensable para el funcionamiento de la economía colaborativa, lo que motivó la creación de sistemas de evaluación y de revisión (*feedbacks*) para ayudar a construir esa confianza y reforzar la idea de comunidad. De hecho, la puesta en común de recursos remonta a prácticas comunitarias muy antiguas, en especial en pequeñas comunidades rurales, pero fue la tecnología —sobre todo la internet, las plataformas digitales y los dispositivos de comunicación— la que viabilizó este nuevo tipo de colaboración, ahora digital, de forma amplia y a escala mundial.

CHARTZMAN BIRENBAUM define que la economía colaborativa consiste en intercambiar o compartir bienes, mediante la utilización da la digitalización, sin ánimo o enfoque de lucro, en la cual los proveedores actúan como personas privadas, no profesionales.[54] En suma, la economía colaborativa está amparada en la descentralización (sustitución de grandes corporaciones por individuos que ofrecen servicios); en la tecnología digital y en la utilización de plataformas que propiciaron el surgimiento de este modelo; en el uso de bienes y

[54] CHARTZMAN BIRENBAUM, op. cit., p. 9.

productos ociosos o infrautilizados, promoviéndose, así, la sostenibilidad; en la confianza entre las personas, fortaleciéndose la noción de comunidad; en la flexibilidad, relacionada a la visión de la economía de la trabajo temporal, o sea, de ofrecer servicios cuando se lo desea, como una fuente alternativa y auxiliar de ingresos; y en la accesibilidad, posibilitando el acceso a productos y servicios a precios más bajos o sin la necesidad de compra, desvinculándolos del concepto de propiedad.

Aunque se usen a menudo como sinónimos, es posible distinguir las expresiones *economía de la puesta en común* y *economía colaborativa*. La economía de la puesta en común está relacionada al acceso y uso compartido y temporal de bienes y servicios mediante el uso de aplicaciones digitales, partiéndose de la premisa de que el acceso a esos recursos tiene más valor que la propiedad en sí. Por otro lado, la noción de economía colaborativa es más amplia, puesto que, además de la puesta en común, implica la colaboración, activa y creativa, en la producción descentralizada de bienes y servicios. En síntesis: la economía de la puesta en común está centrada en el acceso, mientras la economía colaborativa se enfoca en la creación conjunta, colaborativa.

De hecho, se crearon muchas otras nomenclaturas en ese panorama de la economía colaborativa, como las de consumo colaborativo (*collaborative consumption*), economía en red (*mesh economy*), plataformas *peer-to-peer* (P2P), economía de trabajos temporales (*gig economy*), *uber economy*, economía por demanda (*on-demand economy*), etc.[55] AGUILAR también distingue la economía colaborativa de la economía por demanda. La economía colaborativa comprende modelos basados en la intermediación de bienes o servicios entre iguales, sin ánimo de lucro, ya que el objetivo es compartir gastos a partir del aprovechamiento de bienes y recursos existentes e infrautilizados. La economía por demanda consiste en modelos de consumo basados en la intermediación entre la oferta (por un profesional) y la demanda (del consumidor) de servicios, con ánimo de lucro.[56] Para el autor, los nuevos modelos digitales presentan ventajas, como la posibilidad del empresario de ofrecer sus productos o servicios a más personas en más lugares, lo de conectar oferta y demanda de forma rápida y barata y la de aumentar la transparencia a partir de los sistemas de evaluación.[57]

BRECHT-HEITZMANN, al tratar de la economía de plataforma, distingue el modelo de economía *on demand* (intermediación digital, pero con servicios prestados *offline*, presencialmente, en el mundo real) del crowdworking (servicio llevado a cabo en ámbito

[55] SLEE, op. cit., p. 22-24.
[56] AGUILAR, op. cit., p. 27.
[57] Idem, p. 44.

totalmente virtual a partir de un llamado abierto).[58] Claro que existen diversos modelos y clasificaciones dentro de la idea de *crowdsourcing* o *crowdworking,* que se puede realizar en línea u *offline* y ser genérico o específico. También es común la expresión *economía digital* para designar "(...) un sector de la economía que incluye bienes y servicios cuyo desarrollo, producción, venta y aprovisionamiento dependen en forma crítica de tecnologías digitales"[59], el cual se compone de "(...) la industria de la información y las comunicaciones, el comercio electrónico, la distribución digital de bienes y servicios y el apoyo a la venta de bienes tangibles, especialmente aquellos sistemas y servicios que utilizan internet".[60]

A pesar del concepto y de la expectativa inicial, la economía colaborativa está formada, predominantemente, por organizaciones comerciales centradas en tecnología, las cuales crearon mercados menos competitivos, más abarcadores y con negocios más poderosos, lo que permite inaugurar un nuevo ciclo de ventaja competitiva.[61] Según AGUILAR, la llamada economía colaborativa ha producido un profundo impacto en la forma de hacer negocios en virtud de la intervención masiva de particulares en el mercado de intercambio de bienes y servicios, los cuales se apartan de las estructuras comercial o empresarial tradicionales y ofrecen precios más bajos, lo que redunda en una mayor ganancia para los actores involucrados a raíz de la disminución de los costes de la cadena productiva.[62] Sin embargo, a pesar de esos beneficios y de la aparente expansión del mercado, por detrás siempre hay una gran empresa tecnológica, con las mismas características de las estructuras empresariales clásicas, que opera para viabilizar esos sistemas.

ROSENBAUM CARLI explica el desarrollo del modelo económico colaborativo, precursor del modelo de las plataformas digitales. Basado en un principio en la actividad de poner a las personas (particulares) en contacto por medio de una plataforma informática (o sea, una intermediación limitada a servicios digitales), con el objetivo de intercambiar bienes y servicios infrautilizados (esto es, con la finalidad de compartir gastos), sin ningún ánimo de lucro, pronto evolucionó hacia el aprovechamiento comercial y lucrativo de ese modelo por parte de empresas —dejó de ser una mera colaboración para pasar a ser un intercambio económico—, actualmente predominante, inaugurando la llamada economía de las plataformas digitales. En las palabras del autor:

[58] BRECHT-HEITZMANN, op. cit., p. 21.
[59] CEDROLA SPREMOLLA, op. cit., p. 263.
[60] Ibidem.
[61] SLEE, op. cit., p. 42-43 y 198-200.
[62] AGUILAR, op. cit., p. 24-25.

> (...) aprovechando este nuevo ámbito de relacionamiento entre pares, facilitado enormemente por el uso de la tecnología, se han ido introduciendo nuevas formas de relacionamiento con la intervención de auténticas empresas con un objetivo netamente mercantil de obtener frutos e ingresos en dicho proceso de intercambio. (…) Es por ello que se ha diferenciado a la típica economía colaborativa, de lo que ha sido denominado como la economía de las plataformas digitales comerciales, en donde en definitiva, se identifica que estas empresas además de crear tecnología, también se vinculan con determinados prestadores de servicios y organizan su actividad.[63]

La economía colaborativa se presentó, incluso, como un movimiento de apertura y desregulación (operación al margen de los modelos tradicionales), para desafiar los sistemas y las reglas impuestas por los gobiernos —que no contemplaban esa zona gris de intercambios "informales" articuladas por medio de la tecnología— y crear alternativas a la economía de mercado dirigida por corporaciones como forma de expandir el libre comercio hacia nuevas áreas.[64] Muchas veces, el carácter disruptivo y encubierto de esas nuevas organizaciones dificulta su categorización, generando imprecisiones que les permiten eximirse de tributaciones o de regulaciones sectoriales, lo que supone una competencia desleal con respecto a las demás empresas. Ya sea por una voluntad de burlar la regulación o por la falta de regulación y de mecanismos de inspección adecuados, la no sujeción a las normas laborales genera las mismas pérdidas: en definitiva, "fraude y vacío normativo producen, sin embargo, un mismo efecto."[65]

Ese propósito de apertura y desregulación fue exitoso en lo que respecta al mercado de trabajo, desafiando el modelo de empleo al promover el "imperio" de trabajadores autónomos y "microemprendedores", así como modelos de trabajo precarios basados en la concepción de suplementariedad. Es decir, estos se orientan por la premisa de una actividad paralela, no principal, que posibilita la percepción de un ingreso auxiliar y provisorio para situaciones de necesidad (lo que se debe examinar en el contexto social y económico de una masa permanente de desempleados), en un claro rebajamiento y aprovechamiento de la situación de necesidad del trabajador, que hoy recibe el título de "asociado" o "colaborador". Paradójicamente, ese modelo colaborativo y de puesta en común presupone y necesita una colectividad ininterrumpida de trabajadores que pongan su fuerza de trabajo continuamente a disposición de otra colectividad de usuarios dispuestos a recompensar la actividad, interconectados en sistemas digitales para cuyo funcionamiento se requiere una multitud de trabajadores y clientes y sucesivas y constantes microoperaciones, lo que indica, como mínimo, una incoherencia entre la teoría y la realidad.

---

[63] ROSENBAUM CARLI, op. cit., p. 254.
[64] SLEE, op. cit., p. 48.
[65] CHARTZMAN BIRENBAUM, op. cit., p. 6.

Como discurre CHARTZMAN BIRENBAUM, "una de las principales críticas que se hacen a la economía colaborativa (…) es que está forzando una calificación de actividad por cuenta propia a situaciones en las que lo que hay es trabajo por cuenta ajena, provocando la huida del Derecho del Trabajo (…)".[66] En este sentido, CARELLI, CAVALCANTI y FONSECA advierten que "Se inculca en el imaginario colectivo que el empleado es un *colaborador*, *aliado*, *microemprendedor*. Es un empreendedor de sí mismo que no posee los medios de producción y está perdiendo la esperanza de días mejores" (traducción propria).[67]

Lo mismo no sucedió con las grandes corporaciones, que pasaron a financiar e integrar esos nuevos modelos de negocio con relaciones independientes entre diversos actores económicos en el escenario de la globalización. Como lo notó SLEE, "La promesa de un camino más humano para el mundo empresarial es, al contrario de lo que pueda parecer, una forma más agresiva de capitalismo, con desregulación, nuevas formas de consumismo y una nueva ola de trabajo precarizado" (traducción propria).[68] De hecho, la organización empresarial (y del trabajo) se volvió más amplia, ramificada y compleja, con un proceso productivo progresivamente abierto, dinámico y territorialmente disperso, desafiando en todo momento los consagrados elementos de la relación de empleo. En suma, esa capacidad de almacenar, procesar e intercambiar información y datos de forma cada vez más rápida y accesible ha transformado el mercado y la organización del trabajo en la llamada economía digital, facilitando el acceso a bienes y servicios, con menor costo, pero también provocando la retracción del empleo y de derechos laborales fundamentales.

En el contexto de la Sociedad Digital, que incorporó a la vida diaria una realidad híbrida, con actos e interacciones que ocurren simultánea o sucesivamente en las esferas virtuales y presenciales (infoesfera), cobra relieve la noción de economía de la atención. O sea, con ese flujo constante y abundante de información en cantidad muy superior a la que la capacidad humana logra absorber, la atención de las personas se ha vuelto blanco de una intensa disputa —y de monetización— por parte de las empresas (como en redes sociales y aplicaciones), volviéndose un objeto de gran valor, a veces más valioso que determinados productos y servicios. Cuanto mayor es el tiempo de uso y conexión (y de atención), más datos e información se obtienen (otro activo hipervalorable en esta era digital), lo que conlleva mayores posibilidades de negocios (en especial, la publicidad y la oferta dirigida de productos

[66] CHARTZMAN BIRENBAUM, op. cit., p.7.
[67] CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p.12.
[68] SLEE, op. cit., p. 285.

y servicios) y de optimización de los sistemas, transformándose en una verdadera especie de poder para quienes más capten -y durante más tiempo- la atención de las personas.

De todo lo expuesto se deduce que las nuevas tecnologías, en especial la robótica, la inteligencia artificial y sus algoritmos, impactarán cada vez más en el mundo del trabajo y en los modelos de negocio. Esta realidad exige una mejor simbiosis entre máquinas y trabajadores, siempre basada en la idea de prevalencia del control y la autonomía humana de forma tal que la tecnología se utilice para mejorar, simultáneamente, la productividad y el ambiente de trabajo, con la prevención de riesgos y la eliminación de las condiciones de trabajo perjudiciales. Así, en la siguiente sección, se buscará ahondar en la comprensión de esas nuevas herramientas digitales y de su funcionamiento intrínseco.

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ROBÓTICA Y ALGORITMOS

La inteligencia artificial (IA), la robótica avanzada y los algoritmos constituyen elementos centrales y los vectores más significativos y disruptivos de la tecnología moderna, con funciones distintas y específicas, pero integradas y correlacionadas, que hoy revolucionan la automatización e influyen en prácticamente todas las áreas del conocimiento y, muy especialmente, la organización y el entorno laboral y las relaciones de trabajo. REY GUANTER aborda el significado del carácter disruptivo de las transformaciones tecnológicas, que se producen cada vez más rápido y con consecuencias imprevisibles:

> Analizadas individualmente, las tecnologías que están protagonizando tales cambios tienen de por sí un **componente disruptivo** muy considerable, entendiendo por disrupción la potencialidad de transformación que implica para el entorno en el que se aplica, especialmente en su interactuación respecto a la organización, los procesos y las personas. Robótica, inteligencia artificial, impresión 3d , internet of things….. de por sí son "game changers" y, en la actualidad, y con distintos niveles de desarrollo, estamos ya comprobando sus efectos modificativos que individualmente están desarrollando. (...) La gran conexión entre robótica y AI,entre AI e internet/web of things, entre todas ellas en el ámbitode impresión en 3d ...., por mencionar sólo algunas delas más sobresalientes,hacen que estemos ante un proceso continuo de disrupción.[69]

De acuerdo con el *Diccionario de la RAE*, la palabra *robot* significa, entre otras acepciones, "máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones" y "programa que explora automáticamente la red para encontrar información". En cuanto a la expresión *inteligencia artificial*, el *Diccionario* refiere

[69] REY GUANTER, *Sobre el futuro del trabajo: Modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos.*

que se trata de una "disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico". Por último, el término *algoritmo* significa un "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema".[70] En otras palabras, los algoritmos constituyen recetas —operaciones matemáticas— desarrolladas para la solución de determinados problemas.[71]

Aunque la conceptualización de esos tres elementos sea compleja, dada la vasta amplitud y el alto grado de tecnicidad, es posible facilitar la comprensión de esas herramientas a partir de una comprensión general sobre su uso. Así, en términos prácticos, la inteligencia artificial se puede entender como un cerebro (en este caso, digital) capaz de aprender y decidir de forma autónoma, simulando el raciocinio humano. En cambio, la robótica involucra la parte física (el cuerpo), o sea, se trata de cuerpos mecánicos que realizan tareas físicas, la mayoría de las veces administrados por una IA. Y, por último, los algoritmos constituyen secuencias de instrucciones precisas y determinadas establecidas para solucionar un problema, una especie de receta o guion que orienta a las computadoras y robots en la ejecución de las tareas. En suma, un robot puede utilizar la inteligencia artificial para ejecutar tareas siguiendo las orientaciones y patrones delineados por algoritmos.

Muchas de las transformaciones sociales y económicas derivadas del avance tecnológico, sobre todo en la industria (automatización de procesos industriales) y en el mercado de trabajo, son fruto del desarrollo de la robótica, actualmente referida como robótica avanzada. Esta se caracteriza por sistemas altamente sofisticados con una notable capacidad de automatización, precisión, percepción, interacción, navegación, adaptación y aprendizaje, siendo por eso considerada una evolución sustancial con respecto a la llamada robótica tradicional.[72] Esos robots avanzados se caracterizan por una autonomía expresiva derivada de eficientes sistemas de inteligencia artificial que les permiten aprender a partir de experiencias anteriores, prever fallas y ajustarse a los nuevos escenarios y ambientes; por utilizar sensores de alta precisión que posibilitan una percepción precisa del ambiente; por sus movimientos precisos y su acentuada destreza; por la flexibilidad y capacidad de adaptación de sus funciones;

[70] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*. Disponible en: https://dle.rae.es/. Consultado el 6-may-2023.
[71] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 42.
[72] REY GUANTER, Salvador, TENA PLANAS, and INSTITUTO CUATROCASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH. *Robótica Y Su Impacto En Los Recursos Humanos Y En El Marco Regulatorio de Las Relaciones Laborales: Proyecto Technos*. Las Rozas La Ley, Wolters Kluwer, 2018. p.31.

y por la conectividad a redes y sistemas centrales de control, optimizando los procesos en tiempo real.

En términos estructurales, en los robots actúan, básicamente, cuatro elementos principales: los elementos motores, que viabilizan el movimiento físico; los elementos controladores embutidos, que procesan la información y la toma de decisión; los sistemas de sensores avanzados y de alta precisión, que reflejan las características de fuerza, presión, proximidad y visión; y un software dirigente, que actúa como el cerebro del robot, viabilizando la ejecución de tareas y un aprendizaje continuo, capaz de optimizar los procesos de forma automática y autónoma.[73]

Por las propias características mencionadas es posible antever los fuertes y complejos impactos de la robótica avanzada en el trabajo, puesto que los robots trabajan continuamente, sin necesidad de pausas, manteniendo el mismo nivel de precisión, productividad y calidad, sin errores ni accidentes, sobre todo en tareas rutinizables y repetitivas (y también en las insalubres y peligrosas). Aunque sea necesario realizar una elevada inversión financiera para obtener esa tecnología de punta, hay una tendencia a la reducción de los costos operativos a largo plazo en virtud de la mayor eficiencia y optimización de los procesos. Todo esto ha transformado profundamente el mercado de trabajo, como lo vimos antes, al tratar de la *Industria 4.0*, con la eliminación de determinados puestos de trabajo, la generación de nuevas formas de empleo (especialmente en el sector de la tecnología) y, en general, exigencias de mayor cualificación y recualificación profesional de la clase de los trabajadores para que estos desarrollen nuevas habilidades técnicas, digitales e interpersonales.

Así, los robots son máquinas capaces de operar de forma autónoma y flexible, con gran capacidad de adaptación al ambiente, a partir de diversos softwares, sobresaliendo las herramientas de inteligencia artificial y sus algoritmos. Estas, a su vez, permiten que las máquinas actúen de manera inteligente, imitando el raciocinio de una mente humana a partir de una infinidad de datos, patrones y variables complejamente programados.

Cabe notar que, aunque la IA y los algoritmos sean conceptos estrechamente relacionados (que se podrían tratar de modo uniforme para los fines de este trabajo), los conceptos mencionados anteriormente denotan que, técnicamente, son cosas distintas. Y es así porque, grosso modo, la IA utiliza los algoritmos (o sea, el conjunto de instrucciones precisas dirigidas a solucionar cuestiones o problemas específicos) para crear sistemas inteligentes y realizar diversas tareas autónomas, en un proceso constante de aprendizaje y adaptación, así

[73] ZHANG, Ying; CHEN, Xuefeng; MA, Yuqing; TONG, Zhibo. Advanced Robotics in Industry 4.0: Applications and Challenges. *Robotics and Computer-Integrated Manufacturing*, v. 65, p. 101-114, 2020.

como una computadora (la máquina) también necesita el algoritmo para funcionar. Es importante recordar que la noción de *inteligencia artificial* no es nueva, pues, históricamente, se utilizaban sistemas peritos que contenían un sinfín de decisiones codificadas en un complejo *árbol de decisión*, que evolucionaron aumentando su capacidad de autoaprendizaje (mediante análisis probabilístico), la cual, hoy en día, está presente en los sistemas y modelos sofisticados, con un enorme potencial para detectar patrones y correlacionar datos e información.[74]

MERCADER UGUINA explica el concepto y el funcionamiento de los algoritmos:

> Y ello en la medida en que un algoritmo es una receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o un resultado. Hablando informalmente, un algoritmo es la descripción precisa de los pasos que nos llevan a la solución de un problema planteado. Estos pasos son, en general, acciones u operaciones que se efectúan ´ sobre ciertos objetos. La descripción de un algoritmo afecta a tres partes: entrada (datos), proceso (instrucciones) y salida (resultados). En este sentido, un algoritmo se puede comparar a una función matemática.[75]

En una realidad digital en la que en cada instante se genera y almacena una infinidad de datos e información, se ha vuelto imprescindible la creación de herramientas que permitan procesar automáticamente esa cantidad inmensa de datos con vistas no solo a volver viable y útil el acceso y manejo de ese banco de datos, sino también a permitir la toma de decisiones amparadas en esa información. Es en ese contexto que sobresalen los algoritmos como herramienta que permite el análisis y procesamiento de múltiples datos, de forma rápida y eficiente, para de ellos extraer características y variables útiles y aptas a solucionar problemas concretos y ayudar en el proceso decisorio o, incluso, tomar la decisión directamente, como ocurre en algunos casos.[76] Como lo explica TODOLÍ SIGNES:

> Así, los algoritmos informáticos analizan experiencias pasadas (grandes fuentes de datos o big data) de los que ya sabemos los resultados, para extraer una serie de indicadores que permitirán, al algoritmo, hacer predicciones o correlaciones. Así, el algoritmo analiza millones de datos para identificar qué características o grupos de características se correlacionan con los resultados que se buscan. (…)
> Si ensayáramos una definición, podríamos decir que los algoritmos son formulaciones matemáticas que analizan experiencias pasadas de las que sabemos qué resultado produjeron utilizando para ello grandes cantidades de datos (no "muestras"), de modo que por medio de lenguaje algébrico y el uso de determinados "indicadores" ("*proxy*"), se extraen predicciones, correlaciones o aproximaciones (no inferencias causales) a partir de las cuáles se identifica qué características o grupo de características han llevado a los mejores resultados que, sobre esta base, permitirían adoptar decisiones automáticas o humanas.[77]

[74] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 88.
[75] MERCADER UGUINA, Jesús R. *Algoritmos E Inteligencia Artificial En El Derecho Digital Del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p.1819.
[76] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 34.
[77] Idem, p. 37.

Como se ha visto, los datos constituyen un elemento esencial en la comprensión de los algoritmos, definidos por CARELLI y OLIVEIRA como "(...) la transformación de hechos u ocurrencias en símbolos que alimentarán el algoritmo para que este determine el camino que se tomará" (traducción propria). En otras palabras, "los datos son una lectura codificada de la realidad para su inserción en el algoritmo" (traducción propria). Los autores aclaran, además, que los datos no constituyen la realidad, sino una lectura deturpada de la realidad. Tampoco se los encuentra en la naturaleza, sino que son definidos por las elecciones del programador de forma tal que, cuanto más cerca esté esa lectura de la realidad, mayor será la probabilidad de acierto de la solución buscada por el empresario.[78] Este fenómeno de recogida masiva y el rápido procesamiento de datos se conoce como *Big Data*.[79] Partiendo de la idea de que los datos son representaciones (y recopilaciones) digitales de actos, hechos o informaciones, MERCADER UGUINA sostiene que "los datos son el aire de los nuevos ecosistemas productivos, su nutriente fundamental y se han convertido en un recurso esencial para el crecimiento económico, la creación de empleo y el progreso social."[80]

En un lugar de trabajo moderno, existen tres principales fuentes de datos: la información digital, los sensores y el autorrastreo de los propios trabajadores. La información digital corresponde a esa captura de datos, realizada por el empleador, de todas las actividades digitales de los trabajadores (clics, mensajes, llamadas, navegación, etc.), en un proceso creciente de programas que amplían todos los días la posibilidad de ese monitoreo. Los sensores, cada vez más modernos y sofisticados, permiten la captura de datos e información física de los trabajadores, con sus desplazamientos e interacciones. Por último, el automonitoreo corresponde a una enorme cantidad de información recogida todo el tiempo, incluso los fines de semana, a partir del uso indiscriminado de dispositivos electrónicos en la vida diaria de las personas (a margen del monitoreo que realiza el empleador), como lo ilustran las aplicaciones de salud o de búsqueda y ubicación existentes en los *smartphones*, cuyos datos se pueden combinar con otras fuentes para crear grandes bancos de datos con información de esos trabajadores. Con todos esos factores, se hace cada vez más difusa la barrera entre el lugar y espacio de trabajo y la vida privada.[81]

---

[78] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 42-4.
[79] Idem, p. 46.
[80] MERCADER UGUINA, Jesús R. *Inteligencia Artificial y relaciones laborales*. CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, V. *16, N.º* 2, 1114-1128. 2024.p.115. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8964
[81] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 91-3.

TODOLÍ SIGNES destaca la eficiencia como elemento diferencial en el uso de algoritmos, o sea, esa vasta capacidad de analizar los datos e identificar más y mejores variables relacionadas a los resultados pretendidos, de forma cada vez más amplia, rápida y barata, lo que sería inviable o demandaría una enorme cantidad de tiempo (y gastos) si fuera realizado manualmente por personas. Así, los algoritmos se destacan por dos funcionalidades principales: *(i)* el análisis de datos para correlacionar características y comportamientos (en el caso de trabajadores) con los objetivos y resultados buscados por la empresa; y *(ii)* la toma de decisiones que conduzcan a esos objetivos.[82]

MERCADER UGUINA pone de relieve los efectos del procesamiento de macrodatos y el aprendizaje automático en la actividad y el comportamiento humanos:

> Las posibilidades del tratamiento de macro datos y el desarrollo del aprendizaje automático permiten, a través de estas fórmulas, reelaborar gran cantidad de informaciones simples, de forma que, combinados entre sí a través de técnicas estadísticas y lógicas, hacen posible determinar y analizar ciertos aspectos de la personalidad o el comportamiento, los intereses y los hábitos de una persona. Esa "huella estadística" permite medir relaciones o predecir la evolución futura de un determinado comportamiento, "vivimos en la era de la estadística y cada aspecto de la actividad humana es medido, interpretado en términos estadísticos.[83]

Como lo enseñan CARELLI y OLIVEIRA, un algoritmo es "(...) una secuencia de instrucciones para la solución de un problema" (traducción propria). [84] Desde el punto de vista de Yuval Harari, citado por los autores referidos, el algoritmo consiste en un "conjunto metódico de pasos que se puede usar en la realización de cálculos, en la resolución de problemas y en la toma de decisiones" (traducción propria), haciendo una analogía con una receta culinaria, puesto que la programación de algoritmo —la descripción de una secuencia de instrucciones— es similar al paso a paso de una receta culinaria. Si se modifican los ingredientes de la receta, se modifican aspectos del resultado, pero el método (la receta y el algoritmo) y el resultado final siguen siendo los mismos.[85]

Actualmente, ha llamado la atención no solo el uso de algoritmos y de la inteligencia artificial en el sentido convencional de una programación utilizada para ejecutar tareas, sino, sobre todo, la denominada inteligencia artificial generativa —o creativa, inventiva—, cuando la tecnología se utiliza para crear algo innovador, un contenido original. De esa forma, a partir de datos y patrones previamente establecidos y proporcionados, la

[82] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 38-43.
[83] MERCADER UGUINA, *Algoritmos E Inteligencia Artificial En El Derecho Digital Del Trabajo*, p.22.
[84] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 42.
[85] YUVAL HARARI apud CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 42.

tecnología es capaz de crear algo totalmente nuevo, inexistente hasta ese momento, como textos, imágenes, sonidos, códigos, etc. Así, las herramientas tecnológicas poseen la capacidad de desarrollarse tanto a partir de instrucciones y parámetros dictados por el programador (visión clásica, denominada aprendizaje supervisado) como de forma autónoma, cuando se autoriza y programa el descubrimiento libre de nuevos patrones —o sea, de hipótesis creadas y puestas a prueba por el propio algoritmo y no por el programador—, fenómeno que también se conoce como aprendizaje profundo.[86]

Además, constantemente se devuelven herramientas que permiten un análisis cada vez más sutil y afinado, como movimientos corporales, expresiones faciales y tono de voz, que pueden aportar beneficios como la seguridad de un acceso bancario mediante biometría facial, pero también pueden implicar enormes riesgos para la libertad, la intimidad y la privacidad de las personas. De cualquier manera, esa capacidad creciente de analizar cada detalle ha resultado en la ampliación constante y acentuada de la base de datos examinada por la máquina y de las variables posibles. De esa forma, como lo recuerda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, la distinción entre inteligencia artificial y robots ha dejado de ser tan relevante para el Derecho, mientras que los fines y usos de esas máquinas y sistemas de inteligencia artificial son los que suscitan preocupaciones, en especial en cuanto a los límites que se necesitaría imponer a fin de preservar la intimidad, la privacidad y los datos de las personas y también en cuanto a evitar discriminaciones.[87]

En el ámbito laboral, históricamente se han discutido los efectos de los avances tecnológicos y de los procesos de automatización (y sus robots) en las fábricas, sustituyendo el empleo (tareas rutinizables) y los trabajadores (mano de obra menos cualificada), como se abordó en la primera sección anterior. Sin embargo, al tratar de los efectos del uso de la inteligencia artificial y de algoritmos en el ámbito laboral (en la realización del trabajo), la discusión central y actual refiere un aumento exacerbado del uso de esas herramientas para la dirección y gestión del trabajo y para el propio análisis y supervisión automatizada de los trabajadores, de forma tal que esos instrumentos tecnológicos están sustituyendo, cada vez más, a encargados, gerentes, gestores y supervisores —por ende, también a los trabajadores que se consideran más cualificados, con más experiencia o mejor remunerados—, lo que conlleva múltiples y profundos impactos en las condiciones de trabajo

[86] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 45-6.
[87] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, María Yolanda. *Robótica Inclusiva: Rendimiento Económico y Empleo*. Arbor, vol. 197, no. 802, 2021, p. 626. Disponible en: https://doi.org/10.3989/arbor.2021.802004.

y en el medio ambiente laboral.[88] Como lo enfatiza ADAMS-PRASSL sobre la ascensión de la inteligencia artificial y de los algoritmos:

> En vez de retirar los empleos de los trabajadores, se sugiere que los avances en la toma de decisión orientada por la IA modificarán, en primer lugar y ante todo, las rutinas diarias de sus gestores, aumentando y eventualmente sustituyendo el control diario humano sobre el lugar de trabajo: estamos presenciando el surgimiento del *jefe algoritmo*. (traducción propria)[89]

MERCADER UGUINA hace hincapié en la denominada gestión algorítmica del empleo, bajo la premisa de sistemas algorítmicos como "(...) un instrumento eficaz a la hora de valorar a un amplio conjunto de individuos de idéntica manera y, por tanto, vienen a constituirse en un eficaz aliado para el desarrollo de las políticas de gestión empresarial." El autor señala el escenario contemporáneo de una auténtica vigilancia empresarial, impersonal e invasiva, resultante del llamado control algorítmico del trabajo, asentado en la utilización de las diversas herramientas digitales disponibles, como los sistemas de videovigilancia, los micrófonos, los teléfonos, la geolocalización, los controles biométricos, los controles informáticos en tiempo real de los índices de productividad, el seguimiento de los correos electrónicos y de la navegación por Internet.[90]

TODOLÍ SIGNES cita importantes ejemplos actuales sobre el avance y uso de esas herramientas para la gestión de los trabajadores, como el algoritmo llamado *Genoma*, que calcula el tiempo medio necesario para la realización de las tareas que deben ser ejecutadas por cada persona y notifica a los supervisores cuando hay algún atraso; el algoritmo *Percolata,* que permite calcular diariamente el mejor conjunto de trabajadores, no solo en cantidad necesaria (sopesando demanda esperada a partir de diversos factores, como condiciones climáticas y tránsito, etc.), sino también basándose en la mejor productividad de acuerdo con el perfil de cada trabajador; el programa de la empresa *CallMiner*, para el sector de *Call Center*, que usa algoritmos para controlar el número de llamadas, duración, pausas, contenido (a partir de palabras clave) e incluso el tono de voz utilizado, creando un ranking con la evaluación de todos los trabajadores en cuanto a su profesionalismo, cortesía y empatía; aplicaciones que se usan en sector de supermercados para contar el tiempo que le lleva a cada cajero escanear los productos de la canasta, fijando un índice de productividad; el algoritmo *WorkSmart*, que contabiliza los toques en el teclado/mouse y monitorea el e-mail y la pantalla de la computadora —incluso sacando una foto, mediante la cámara, cada diez minutos— también con el objetivo

[88] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p.15.
[89]ADAMS-PRASSL, op. cit., p.87.
[90] MERCADER UGUINA, *Algoritmos E Inteligencia Artificial En El Derecho Digital Del Trabajo*, p.74 y 90.

de crear un ranking de los trabajadores; el uso de algoritmos que monitorean los movimientos de los trabajadores, como en la empresa Amazon, que utiliza pulseras inteligentes o chips en las botas de los trabajadores para medir el número y la velocidad de empaque de cajas, los pasos diarios dados dentro del centro de trabajo, las pausas para ir al baño o socializar, todo para medir la productividad y tomar decisiones automatizadas sobre el futuro de cada trabajador en la empresa, incluso su eventual despido; entre tantos otros ejemplos.[91] El autor concluye:

> En fin, los algoritmos seleccionan candidatos, organizan los horarios de los trabajadores y determinan cuántos trabajadores son necesarios en cada momento, dan instrucciones, vigilan y controlan el trabajo, evalúan el desempeño y recompensan o disciplinan trabajadores. Con el incremento de la inteligencia artificial y de los algoritmos, el número de mandos intermedios en la mayoría de las empresas se está reduciendo drásticamente. Esto es, con la utilización de los algoritmos como gestores de la mano de obra, la figura del mando intermedio es cada vez menos necesaria. Se sustituyen trabajadores que toman decisiones por trabajadores que cumplen lo decidido por algoritmo.[92]

Al tratar de la gestión (de personas) por algoritmos —una realidad llamada *jefe algorítmico*—, ADAMS-PRASSL destaca a la empresa Humanyze, la cual, apuntando a la recogida de información en el lugar de trabajo, desarrolló un gafete para uso de los trabajadores, con sensores que miden el movimiento y la proximidad con respecto a otras personas y elementos, informando, así, si el trabajador está hablando y con quién, además de medir la duración de esas interacciones presenciales. De esa forma, fue posible mapear la red de contactos y la comunicación informal de los trabajadores, evaluando aspectos como la comunicación y la colaboración y, de modo general, cómo se hace el trabajo en equipo.[93] Por otro lado, la misma tecnología puede servir para finalidades diversas, impropias o subversivas, como la persecución de determinado trabajador o grupo de trabajadores, ya sea de forma aleatoria o por estar bajo sospecha, o, aun, la supervisión de los responsables por las funciones sindicales o de representación colectiva de los trabajadores con vistas a minar la actividad representativa.

También hay noticias del uso -positivo- de la tecnología (IA y algoritmos) para entender y resolver problemas en materia de seguridad y salud laboral, con sistemas y programas orientados a prevenir accidentes, identificar y anticipar riesgos laborales, promover intervenciones más eficaces y oportunas, supervisar el uso correcto de los equipos de protección y el cumplimiento de los protocolos de seguridad, así como, obviamente, sustituir actividades

[91] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 15-19.
[92] Idem, p. 19.
[93] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 90.

peligrosas y tareas repetitivas con gran potencial de siniestralidad.[94] No obstante, aun con este propósito constructivo, es necesario ser cautos en el uso de las herramientas digitales, valorando las consecuencias y los aspectos jurídicos, especialmente desde la perspectiva de la legalidad y proporcionalidad de las medidas implementadas, como profundizaremos en el tercer capítulo.

CARELLI y OLIVEIRA explican que, en la actualidad, las empresas funcionan como una *verdadera línea de montaje inteligente y automatizada* (y codificada) por algoritmos, los cuales constituyen "un conjunto de órdenes dispuestas para la organización empresarial" (traducción propria), presentando soluciones y caminos diversos en la resolución de los problemas de acuerdo con cada respuesta anunciada. De esa forma, las empresas han reemplazado cargos de gerencia (y la subjetividad humana) por las acciones estandarizadas de un algoritmo, las cuales reflejan las elecciones tomadas por un órgano de decisión de alto escalafón, automáticamente aplicadas por un sistema estandarizado y ya no por gerentes o gestores intermedios. Ni el algoritmo ni la inteligencia artificial deciden por sí solos, sino que funcionan basados en los comandos iniciales, limitándose a aplicar y replicar órdenes estandarizadas a los trabajadores, aun cuando actúan por cuenta propia (aprendizaje de máquina), puesto que reflejan patrones e intenciones predeterminados en el momento de la programación.[95]

El problema es que ese proceso de codificación del trabajo ha ocasionado la reducción y desvalorización del trabajo humano, como lo refiere VALENTINI:

> Por lo tanto, es cada vez más frecuente la demanda de desarrollo de procesos de "codificación del trabajo", por medio de los cuales ingenieros de *software* intentan "algoritmizar" las tareas ejercidas por los trabajadores y, de esa forma, lograr obtener los mismos resultados (servicios y productos) con menor necesidad de trabajo humano cualificado. (traducción propria)[96]

Esta característica de utilizar algoritmos y otras herramientas tecnológicas para dirigir, monitorear y disciplinar a los trabajadores y también para estructurar la propia organización del trabajo, define lo que TODOLÍ SIGNES designa *dirección algorítmica*. Generalmente es algo festejado y referido como positivo y ventajoso para el empresario, por permitir, por ejemplo, la reducción de costos estructurales, la uniformidad y el fiel cumplimiento de las directrices (aplicación indistinta de las reglas establecidas) y la optimización de los procesos (capacidad de la máquina de aprender y perfeccionar los parámetros y resultados buscados y de ampliar sus variables). Sin embargo, en su visión, el uso

[94] MERCADER UGUINA, *Algoritmos E Inteligencia Artificial En El Derecho Digital Del Trabajo*, p.101-3.
[95] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 42-5.
[96] VALENTINI, op. cit., p. 304.

de tecnologías para el control y la vigilancia del trabajo ha superado el espíritu de verificar el cumplimiento de las obligaciones labores y ha pasado a tener un carácter más agresivo de imponer mayores obligaciones y riesgos a los trabajadores.[97]

El autor clasifica las formas de dirección algorítmica según el uso, enfatizando la utilización de esa herramienta para la selección de trabajadores, para la gestión del trabajo, para el control y la vigilancia laboral, para la dirección y control de empresas subcontratadas o de franquicias y para reducir el poder de negociación colectiva de los trabajadores. El uso de los algoritmos en la selección de trabajadores, por ejemplo, está consolidado desde hace bastante tiempo en las prácticas empresariales; tanto es así que, actualmente, el 72% de los currículos nunca son vistos por ojos humanos. Sin embargo, el elevado nivel de automatización aliado al bajo costo del proceso selectivo realizado por medio de esos sistemas resulta en la alta rotación de trabajadores, que pasan a verse como algo fungible, fácilmente reemplazable.

Un ejemplo simbólico de eso es el que se encuentra en el modelo de plataformas digitales, que excluyen a los trabajadores del sistema basándose en su reputación digital (Uber, por ejemplo, utiliza la nota estándar de 4,6 de un total de 5,0 puntos), con la selección automatizada de nuevos conductores a partir de requisitos preestablecidos, sin la necesidad de intervención humana.[98] A propósito, una referencia emblemática de la dirección y gestión algorítmica radica en los sofisticados sistemas de evaluación que, desde el comienzo, se empezaron a usar en las plataformas digitales para administrar y ejercer el control sobre su fuerza de trabajo y no como un mero sistema de *feedback,* como se había pensado al principio, dado su escaso valor informativo.[99] Estos ejemplos retratan una característica de la sociedad de la información que consiste en estimular relaciones e interacciones cada vez más breves, efímeras, volátiles y precarias a partir de conexiones instantáneas que, si, por un lado, facilitan la comunicación y la interacción rápida e inmediata, por otro, permiten en igual medida desconectar y bloquear a quien sea en cualquier momento y por el motivo que sea. Esta característica también se extiende, de forma perniciosa, al ámbito de las relaciones de trabajo, desafiando el carácter estable, permanente, durable y de confianza históricamente consagrado en esa relación y sobre los cuales se construyeron los preceptos laborales en el siglo XX.

De hecho, en lo que atañe a las plataformas digitales, la reciente Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la

[97] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 20 y 34-42.
[98] Idem, p. 20 y 49-52.
[99]ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 87.

mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales, dedica su capítulo tercero a regular la gestión algorítmica —en especial, los sistemas automatizados de monitorización y toma de decisiones—, avanzando de forma significativa e innovadora en la materia.[100] La Directiva ofrece una definición de estos sistemas en el artículo 2, apartado 1, letras h e i:

> 1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
> h) «sistemas automatizados de seguimiento»: los sistemas que se utilicen o sirvan de apoyo para realizar el seguimiento, controlar o evaluar, por medios electrónicos, la realización del trabajo de personas que realizan trabajo en plataformas o las actividades realizadas en el entorno de trabajo, también mediante la recopilación de datos personales;
> i) «sistemas automatizados de toma de decisiones»: los sistemas que se utilicen para adoptar o respaldar, por medios electrónicos, decisiones que afecten significativamente a personas que realicen trabajo en plataformas, también a las condiciones laborales de trabajadores de plataformas, en particular decisiones que afecten a su contratación, su acceso a las tareas asignadas y a la organización de estas, sus ingresos, incluida la fijación del precio de tareas individuales asignadas, su seguridad y su salud, su tiempo de trabajo, su acceso a formación, su promoción o equivalente, y a su situación contractual incluida la restricción, suspensión o cancelación de sus cuentas.

El artículo 7, apartado 1, de la Directiva establece límites importantes al tratamiento de datos personales mediante gestión algorítmica, aplicables a partir del proceso de reclutamiento y selección:

> 1. Las plataformas digitales de trabajo no podrán, mediante sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones: a) tratar ningún dato personal sobre el estado emocional o psicológico de la persona que realiza trabajo en plataformas; b) tratar ningún dato personal relacionado con conversaciones privadas, tampoco los intercambios con otras personas que realicen trabajo en plataformas ni con los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas; c) recopilar datos personales de la persona que realiza trabajo en plataformas cuando esta no esté ofreciendo ni realizando trabajo en plataformas; d) tratar datos personales para predecir el ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo la libertad de asociación, el derecho de negociación y acción colectivas, o el derecho a la información y consulta, tal como se establece en la Carta; e) tratar datos personales para inferir el origen racial o étnico, la situación migratoria, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la discapacidad, el estado de salud, incluidas las enfermedades crónicas o el estado del VIH, el estado emocional o psicológico, la afiliación sindical, la vida sexual o la orientación sexual; f) tratar datos biométricos, tal como se definen en el artículo 4, punto 14, del Reglamento (UE) 2016/679, de una persona que realiza trabajo en plataformas para establecer su identidad mediante el cotejo de sus datos con los datos biométricos de personas físicas almacenados en una base de datos.

[100] UNIÓN EUROPEA. *Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales.* Disponible en: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/2831/oj. Consultado el: 24 nov. 2024.

Tantos y tan profundos cambios han chocado frontalmente con las bases de muchos institutos laborales clásicos, como lo explica ADAMS-PRASSL:

> El cuadro que emerge de la rica literatura sobre la cuestión es claro: la automatización de la gestión permite el ejercicio de un control hasta ahora increíblemente granular sobre todos los aspectos de la jornada laboral. No obstante, no se trata de um simple retorno al taylorismo (digital): los tipos de datos considerados, los patrones probabilísticos utilizados en el autoaprendizaje y las nuevas formas de ejercicio del control difieren fundamentalmente de las estructuras tradicionales de gestión en torno a las cuales se concibió el Derecho del Trabajo. (traducción propria)[101]

La gestión del trabajo mediante algoritmos es cada vez más frecuente en un sistema que TODOLÍ SIGNES denomina *sistema just in time de personal*, con algoritmos que deciden no solo la cantidad de trabajadores necesarios por día y turnos, sino que, además, determinan cuáles trabajadores específicos deberán componer las escalas, independientemente de supervisión. Por otro lado, el sistema también puede promover la flexibilidad horaria y el intercambio de turnos entre trabajadores directamente y de forma automatizada, de acuerdo con sus necesidades, facilitando y dinamizando esos ajustes e intercambio de información. En términos generales, el algoritmo puede realizar diversas funciones de dirección y gestión del trabajo a partir de un minucioso monitoreo y análisis de la actividad laboral, como determinar promociones, el intercambio de funciones, fijar parámetros remuneratorios (aumentos, bonos, etc.) e incluso promover despidos.[102]

Recuerde que la *Ley 12/2021*, de 28 de septiembre, procedente del *Real Decreto-ley 9/2021,* modificó el Estatuto de los Trabajadores en España, añadiendo la disposición adicional vigesimotercera, que incorpora una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, basada en el control ejercido por la gestión algorítmica, a que se refiere expresamente el texto legal, que establece:

> Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.
> Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.
> Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma. (cursiva añadida)[103]

[101] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 91.
[102] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 53-6.
[103] ESPANA. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con

Ampliando esta presunción del ET español (restringida a las plataformas de reparto), la Directiva (UE) 2024/2831 estableció una presunción legal (amplia) de relación laboral en el trabajo en plataformas digitales, cuando existan indicios de dirección y control, correspondiendo a la plataforma probar lo contrario, según dispone el artículo 5 de la Directiva.[104]

En aplicación de la reforma legislativa, la SAN 42/2022, relativa al despido colectivo llevado a cabo por la filial del grupo Uber en España, destaca el papel de la gestión algorítmica (control y organización) de los servicios y condiciones de trabajo en las plataformas digitales, concluyendo que se reconoce la relación laboral con los repartidores y que debe observarse el procedimiento legal establecido para los despidos colectivos.[105]

En decisión de la primera *turma* [división interna de los miembros del Tribunal] del Tribunal Superior del Trabajo brasileño que involucró a una plataforma digital, se hizo hincapié en la gestión realizada por algoritmo, reveladora del poder directivo empresarial en este modelo de negocio:

> (...) 10. Para trabajar, el reclamante tenía que permanecer conectado a la plataforma. Se lo evaluaba y recibía el volumen de viajes por precios y criterios estipulados unilateralmente, por medio de algoritmos. O sea, la empresa, a discreción exclusivamente suya, decidía sobre la oferta de trabajo, el rendimiento y hasta por el mantenimiento o no del reclamante en la plataforma, lo que pone de manifiesto su poder directivo. (traducción propria)[106]

En el mismo sentido, la *STS 2924/2020, de 25 de septiembre*, en el caso *Glovo*, destaca aspectos de la gestión algorítmica para el control de los servicios realizados por los trabajadores a través de la plataforma:

> El sistema de asignación de pedidos en el sistema de asignación automática se realiza telemáticamente por el algoritmo de Glovo, siguiendo una función de coste-beneficio

[104] Artículo 5.º (...) 1. Se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control, de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de que la plataforma digital de trabajo pretenda refutar la presunción legal, corresponderá a la plataforma probar que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral tal como se define en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

[105] ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL. Sentencia n. 42/2022, de 17 de enero de 2022. Sala de lo Social, Audiencia Nacional. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f3cea378cf00394/20220210. Consultado el: 24-out-2024.

[106] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR-536-45.2021.5.09.0892**. Relatora: Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa. 2ª Turma. Data de publicação: Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 29 set. 2023. Disponible en: https://jurisprudencia.tst.jus.br

> que busca la mejor combinación posible pedido-repartidor que minimice la suma de costes. (...)
> La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. (...)
> El sistema de puntuación de los repartidores se nutre de trés factores, uno de los cuales es la realización de los servicios en las horas de mayor demanda (las denominadas «horas diamante»). La sentencia da por reproducido el contenido del documento 62 del ramo de prueba de la demandada. En él aparecen las oscilaciones virtualmente diarias de la puntuación del demandante: cada día el programa informático puntuaba al repartidor. El desempeño del actor era evaluado diariamente. La percepción de ingresos del repartidor depende de si realiza o no servicios y de cuántos servicios realiza. Se declara probado que «los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando».[107]

Para ADAMS-PRASSL, la consecuencia inmediata de la automatización ha sido el *(re)cableado de la empresa*, o sea, el uso creciente de tecnología y de la recogida y procesamiento de datos —cada vez más baratos y accesibles— por parte de los empleadores para monitorear y controlar el lugar de trabajo en niveles inimaginables.[108] REY GUANTER resalta el carácter transversal de las transformaciones tecnológicas en el tejido empresarial, independientemente de su tamaño:

> En fin, y por no prolongar esta enumeración no exhaustiva sobre el efecto universal de la disrupción tecnológica individual y tecnológicamente considerada, tal efecto de desarrolla dimensionalmente de forma transversal en el tejido empresarial, de forma que afecta a las empresas con independencia de su tamaño. En este sentido, se produce una especie de efecto "dominó", de forma que la implantación de nuevas tecnologías en grandes empresas afectan a sus proveedores y clientes de medianos y pequeño tamaño, y a la inversa, la implantación en empresas de menores dimensiones tiene un efecto de imitación en la cadena que puede incentivar, una vez comprobados sus consecuencias positivas, a su implantación en unidades empresariales.[109]

La gestión por algoritmos también viabiliza otra práctica común en este escenario tecnológico, especialmente en los modelos de plataforma digitales, que consiste en la gamificación del trabajo, que corresponde a la utilización de técnicas y dinámicas de videojuegos en los ambientes y procesos de trabajo, con recursos gráficos, división por niveles, desafíos, rankings y recompensas, buscando hacer más atractiva la actividad y obtener un mayor

[107] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Pleno. Sala de lo Social. Sentencia n.º 805/2020, de 25 de septiembre de 2020. Recurso n.º 4746/2019. Procedente do Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp. Consultado el: 20 mar. 2022.
[108] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 88.
[109] REY GUANTER, *Sobre el futuro del trabajo: Modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos*.

compromiso, motivación, disponibilidad y productividad de los trabajadores, como lo veremos en la sección siguiente.[110]

Aunque con un primer sesgo de búsqueda de eficiencia, con la utilización de algoritmos para mejorar el ambiente de trabajo, estimular la productividad y obtener el mejor resultado posible, la herramienta también puede servir —y a menudo se ha utilizado— para finalidades ilegítimas, al posibilitar un intenso, amplio y minucioso control y vigilancia de los trabajadores. La Directiva (UE) 2024/2831, al salvaguardar la salud física y mental de los trabajadores de las plataformas digitales (art. 12), prohibió expresamente que los sistemas automatizados de monitorización y toma de decisiones ejercieran una presión indebida sobre los trabajadores, exigiendo a los Estados miembros que garanticen que las plataformas adopten medidas para prevenir la violencia y el acoso, incluso mediante canales de denuncia eficaces.

Como lo refiere TODOLÍ SIGNES, "actualmente la tecnología permite una observación prácticamente omnipresente de la actividad laboral", a partir de diversos dispositivos (sensores, escáneres, relojes inteligentes, tarjetas magnéticas, chips, etc.), que permiten captar una multiplicidad de información y datos que, mediante un procesamiento viabilizado por algoritmos, terminan resultando en conclusiones, recomendaciones y decisiones.[111] El autor también llama la atención hacia el uso del algoritmo para dirigir y controlar a trabajadores de empresas subcontratadas o de franquicias, desde el proceso de selección hasta el monitoreo constante de las actividades de los trabajadores, que pasan, así, por un escrutinio permanente no solo por parte del empleador, sino también por la empresa contratante, examen que puede resultar en el despido del trabajador. Él cita como ejemplo la empresa McDonald's, que comparte su algoritmo de selección de trabajadores con sus franquicias para que cumplan con los estándares de calidad exigidos, obteniendo, a cambio, una enorme cantidad de datos relevantes. Otro ejemplo es el de Amazon, que mantiene una comunicación directa con los choferes subcontratados mediante la cual les indica las rutas que se deben cumplir y monitorean (en tiempo real) las entregas y las demás actividades de esos trabajadores.[112]

La importancia del tema es de tal magnitud y notoriedad que, recientemente, la Unión Europea aprobó el histórico *Reglamento de la Inteligencia Artificial* (RIA),

[110] VIDIGAL, Viviane. *Game over, play again? A gestão gamificada e o jogo de cartas marcadas. In*: KROST, VIDIGAL, ESTRADA, op. cit., p. 220.
[111] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 57-9.
[112] Idem, p. 64-6.

Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio[113], también conocido como *IA Act,* una norma pionera por reglamentar de modo abarcador la materia —considerada por la UE como la primera ley mundial de inteligencia artificial—, incluso en el contexto de las relaciones de trabajo, con vistas a garantizar el desarrollo y uso de sistemas de IA de forma segura, ética y con respecto por los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Reglamento será aplicable a partir del 2 de agosto de 2026 (art. 113), todavía las normas establecidas ya están transformando el enfoque y planteamiento de esta cuestión. Empezando por la definición de IA del artículo 3.1 del RIA:

> A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:
> 1) «sistema de IA»: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales;

En términos generales, el *Reglamento* clasifica los sistemas de inteligencia artificial en diferentes niveles de riesgo —como mínimos, específicos, altos e inaceptables—, prohibiendo o restringiendo los encuadrados como de alto riesgo como forma de salvaguardar garantías importantes en su uso, imponiendo la exigencia de estándares de conformidad, de transparencia y de supervisión humana. La norma conceptúa el riesgo como la combinación de la probabilidad de que se produzca un daño y la gravedad de dicho daño (art. 3.2). Los sistemas se clasifican como de alto riesgo cuando existe el riesgo de que puedan tener consecuencias perjudiciales para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas en la UE.

En el ámbito laboral, el Reglamento clasifica como de riesgo elevado el uso de inteligencia artificial en procesos de selección y reclutamiento, en las evaluaciones de rendimiento, en el monitoreo y en la toma de decisiones relacionadas al empleo, además de prohibir herramientas de reconocimiento emocional en el ambiente de trabajo. El RIA establece incluso un deber de alfabetización en materia de inteligencia artificial (art. 4), con efectos sobre el trabajo, como señala REY GUANTER: "(...) podemos afirmar que el deber de formación

[113] UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). (DOUE núm. 1689, de 12 de julio de 2024). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689&qid=1728160734950.

existente en el contrato de trabajo va a tener una nueva y trascendental dimensión al incorporarle esa "garantía" de alfabetización en materia de IA (...)".[114]

MERCADER UGUINA afirma que la actuación del RIA está asentada en lo que el autor denomina el triángulo de oro: aproximación desde el riesgo, las garantías y las responsabilidades.[115] Así, la Norma busca proteger los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizar que la dirección y el monitoreo del trabajo y las decisiones tomadas por los empleadores, aunque recurran a nuevas tecnologías, sean justas, transparentes e involucren supervisión humana, evitándose cualquier tipo de discriminación.

Justamente, tratándose de la utilización de inteligencia artificial, de la robótica y de algoritmos, se ha destacado la necesidad de garantizar el principio del control humano. Esta directriz ya se recogía en el anterior *Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, de 22 de junio de 2020,* en pleno periodo pandémico, que establece lo siguiente: "Se debe garantizar el control de las personas sobre las máquinas y la inteligencia artificial en el lugar de trabajo, así como sustentar el uso de la robótica y las aplicaciones de la inteligencia artificial, respetando y cumpliendo los controles de seguridad".[116] Este *Acuerdo* resalta, además, el derecho de que el trabajador solicite la intervención humana en procedimientos de recursos humanos realizados mediante IA:

> En las situaciones en que se utilizan sistemas de inteligencia artificial en los procedimientos de recursos humanos, como la contratación, la evaluación, el ascenso y el despido, y el análisis de la actuación profesional, es necesario salvaguardar la transparencia mediante el suministro de información. Además, un trabajador afectado debe poder solicitar intervención humana y/o impugnar la decisión junto con la prueba de los resultados de la IA.[117]

Incluso antes de este periodo, el importantísimo *Reglamento General de Protección de Datos* (RGPD) de 2016 ya garantizaba el derecho de oposición de la persona a medios y decisiones individuales automatizadas (art. 21), así como que ningún interesado sea objeto de una decisión basada únicamente en tratamiento automatizado (art. 22).[118] Aunque

---

[114] REY GUANTER, Salvador. El nuevo deber empresarial de "alfabetización tecnológica" de las personas trabajadoras sobre los sistemas de inteligencia artificial y la necesaria "alfabetización humanística" de estos sistemas. *In:* ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AEDTSS). Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023. Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2024.

[115] MERCADER UGUINA, Inteligencia Artificial y relaciones laborales, p.1116.

[116] BUSINESSEUROPE; SMEUNITED; CEEP; CES. *European social partners framework agreement (Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización),* de 22 de junio de 2020. Disponible en: *https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-social*

[117] Ibidem.

[118] UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-

directamente aplicables en los Estados en la fecha determinada por el Reglamento, estas normas fueron complementadas por la *Ley Orgánica de Protección de Datos Personales* (LOPD) española, que, en su art. 11, garantiza el derecho de oposición a decisiones individuales automatizadas y, en el art. 18, asegura que "El derecho de oposición, así como los derechos relacionados con las decisiones individuales automatizadas, incluida la realización de perfiles, se ejercerán de acuerdo con lo establecido, respectivamente, en los artículos 21 y 22 del Reglamento (UE) 2016/679".[119]

El ya mencionado Reglamento de Inteligencia Artificial aborda el principio de la supervisión humana en su extenso y meticuloso art. 14, que así dispone:

> *Artículo 14*
> Supervisión humana
> 1. Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso, lo que incluye dotarlos de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas.
> 2. El objetivo de la supervisión humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales que pueden surgir cuando se utiliza un sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persistan a pesar de la aplicación de otros requisitos establecidos en la presente sección.
> 3. Las medidas de supervisión serán proporcionales a los riesgos, al nivel de autonomía y al contexto de uso del sistema de IA de alto riesgo, y se garantizarán bien mediante uno de los siguientes tipos de medidas, bien mediante ambos:
> a) las medidas que el proveedor defina y que integre, cuando sea técnicamente viable, en el sistema de IA de alto riesgo antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio;
> b) las medidas que el proveedor defina antes de la introducción del sistema de IA de alto riesgo en el mercado o de su puesta en servicio y que sean adecuadas para que las ponga en práctica el responsable del despliegue.
> 4. A efectos de la puesta en práctica de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3, el sistema de IA de alto riesgo se ofrecerá al responsable del despliegue de tal modo que las personas físicas a quienes se encomiende la supervisión humana puedan, según proceda y de manera proporcionada a:
> a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados;
> b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados de salida generados por un sistema de IA de alto riesgo («sesgo de automatización»), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión;
> c) interpretar correctamente los resultados de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles;
> d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o descartar, invalidar o revertir los resultados de salida que este genere;

content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679.20regulamento%20tem%20como,bem%2Destar%20das%20pessoas%20singulares.

[119] ESPANA. *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (BOE núm. 294, de 06/12/2018).

> e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura.
> 5. En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el anexo III, punto 1, letra a), las medidas a que se refiere el apartado 3 del presente artículo garantizarán, además, que el responsable del despliegue no actúe ni tome ninguna decisión basándose en la identificación generada por el sistema, salvo si al menos dos personas físicas con la competencia, formación y autoridad necesarias han verificado y confirmado por separado dicha identificación.
> El requisito de la verificación por parte de al menos dos personas físicas por separado no se aplicará a los sistemas de IA de alto riesgo utilizados con fines de garantía del cumplimiento del Derecho, de migración, de control fronterizo o de asilo cuando el Derecho nacional o de la Unión considere que la aplicación de este requisito es desproporcionada.

Así, ese dispositivo establece que los sistemas de IA, especialmente aquellos clasificados como de alto riesgo, se deben diseñar de forma tal que permitan la supervisión eficaz por personas naturales, apuntando a mitigar los riesgos para la salud y la seguridad y, de modo general, para los derechos fundamentales. La intervención humana presupone una capacitación de los responsables a fin de que comprendan las limitaciones y capacidades de la IA, monitoreen y supervisen su funcionamiento, interviniendo siempre que sea necesario para corregir o descartar decisiones automatizadas. El *Reglamento* también exige que, en determinadas situaciones, como en la identificación de individuos, la decisión de la IA sea verificada por, como mínimo, dos personas competentes, garantizándose, así, una capa adicional de control y supervisión humana. En cuanto a la formación -y alfabetización- de los operadores de sistemas de IA, REY GUANTER afirma:

> (...) ya podemos avanzar que uno de esos elementos imprescindibles ha de ser que las personas trabajadoras sean formadas para que, en su relación con los sistemas de IA y en los inputs que puedan suministrarles, se respeten los derechos fundamentales de todas las personas que puedan ser "afectadas" por esos sistemas, dentro y fuera de la empresa.[120]

El principio de la intervención o control humano adquiere una mayor relevancia en el contexto laboral, puesto que la gestión de los trabajadores por algoritmos justamente reemplaza el contacto y la dirección humana por la interacción con el sistema y la máquina, la cual resulta ser un intermediario perfecto en esa relación por ejecutar fielmente las órdenes y orientaciones preestablecidas (desconocidas o inaccesibles para el trabajador), sin la posibilidad de cuestionamiento ni conocimiento o identificación de la persona controladora.[121] Tanto es así que el *Reglamento Europeo sobre Inteligencia Artificial* exige la supervisión

[120] REY GUANTER, *El nuevo deber empresarial de "alfabetización tecnológica" de las personas trabajadoras sobre los sistemas de inteligencia artificial y la necesaria "alfabetización humanística" de estos sistemas,* p.3.
[121] VIDIGAL, op. cit., p. 229.

humana en el uso de IA en cuestiones relacionadas al trabajo, especialmente para sistemas de mayor riesgo (como reclutamientos, promociones y vigilancia), con vistas a permitir que supervisores humanos monitoreen su funcionamiento para dejar sin efecto una decisión automatizada considerada crítica, garantizándose, también, la transparencia en las decisiones que impactan directamente en la vida de los trabajadores.

Específicamente en el ámbito del trabajo en plataformas digitales, la Directiva (UE) 2024/2831 consolidó el deber de supervisión y revisión humana en los sistemas automatizados de monitorización y toma de decisiones (arts. 10 y 11, respectivamente), aportando importantes avances normativos en la materia. La Directiva obliga a las plataformas a supervisar y evaluar periódicamente el impacto de las decisiones individuales tomadas o apoyadas por sistemas automatizados, con la participación de los representantes de los trabajadores (art. 10.1). Además, obliga a garantizar los recursos humanos necesarios para ello, con personas que han de tener la formación y autoridad adecuadas para desempeñar la función, en particular para anular tales decisiones (art. 10.2).

En cuanto a la revisión humana, la Directiva garantiza a los trabajadores el derecho de solicitar la revisión de las decisiones, teniendo las plataformas el deber de dar una respuesta escrita adecuadamente precisa y motivada en el plazo máximo de dos semanas desde la petición (art. 11.2). Para hacer posible el ejercicio del derecho de revisión, la Directiva también prevé el derecho de los trabajadores a obtener una respuesta inteligible (verbal o escrita), en términos claros y simples, ante cualquier decisión tomada o apoyada por sistemas automatizados, así como garantizar el acceso permanente al contacto de una persona designada por la plataforma que sea competente y capacitada para desarrollar esta función (art. 11.1).

En el ámbito de la dirección algorítmica, TODOLÍ SIGNES explica que la toma de decisión —que afecta a trabajadores— puede suceder en un sistema automático o semiautomático. Los sistemas automáticos analizan y procesan la información e indican un resultado sin intervención humana, habiendo, por eso, mayores restricciones y garantías específicas. En cambio, en los sistemas semiautomáticos, la información se analiza y procesa y el resultado se entrega al responsable humano para su valoración y decisión final. Entre esas dos referencias existen variadas configuraciones, con sistemas mixtos que contemplan decisiones automatizadas durante el proceso, pero con la intervención humana en el resultado final. Esto se utiliza bastante en los procesos de selección, por ejemplo, en los cuales decisiones automatizadas filtran miles de currículos a fin de seleccionar solo algunos candidatos para las entrevistas. Al final del proceso, se tomará una decisión humana. El citado autor aclara que solo

considera un sistema como semiautomático cuando, en cada una de las etapas, se verifique intervención humana significativa.[122]

De cualquier manera, el uso de algoritmos y de la inteligencia artificial para la toma de decisiones automatizadas y relevantes exige la supervisión por parte de un humano informado, identificado y cuya actuación sea transparente; una persona que sea capaz de comprender no solo la herramienta, sino también sus implicaciones éticas, sociales y jurídicas, la cual, incluso, será responsable por esa aplicación. La supervisión (y responsabilidad) humana es imprescindible para contextualizar las decisiones automatizadas de las herramientas digitales, garantizando que estén de acuerdo con los valores y límites establecidos por el usuario y por la sociedad, sin contener tendenciosidades ni prejuicios, de una forma que promueva el uso responsable y ético de la tecnología.

Un desafío resultante del masivo procesamiento de datos por IA y robots consiste en la acentuada subjetividad que existe dentro del universo supuestamente objetivo de las máquinas y de los datos recogidos. La empresa de tecnología puede tener acceso a palabras o expresiones utilizadas por una persona en un buscador de internet, pero no siempre tiene cómo saber la intención o finalidad de la búsqueda (si se realiza por curiosidad, por recomendación, para trabajo o diversión, etc.). Lo mismo ocurre con las redes sociales y sus "me gusta" o evaluaciones mediante notas y estrellas en plataformas y aplicaciones, datos objetivos a los que las empresas tienen acceso pero que engloban un universo de subjetividades. Esto hace que la herramienta digital saque sus propias conclusiones y, a partir de eso, tome una decisión con respecto a los contenidos, productos y servicios que se ofrecerán para cada usuario, incluyéndolo, así, en determinado nicho en un efecto conocido como "burbuja".

Así, los algoritmos no permiten una identificación directa ni transparente de los vectores utilizados por el programador, o sea, qué tipo de dato se está analizando, de qué forma y para qué finalidad. A fin de cuentas, el algoritmo en sí no realiza juicios de valor, los cuales son determinados e incorporados a la tecnología durante el proceso de programación, optimizados por un constante proceso de orientación de las búsquedas y de las características que se buscan.[123] MERCADER UGUINA advierte:

> Lo cierto es que, aunque los ingenieros de software definen parámetros de análisis de minería de datos, crean los clusters, enlaces y árboles de decisión que generan los modelos predictivos aplicados, los humanos están incrustados en cada paso en su diseño, por lo que el establecimiento de sistemas automatizados de decisión y los

[122] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 46-8.
[123] Idem, p. 40.

> datos que le sirven de base y pueden encontrarse sesgados en su origen, con lo que su tratamiento debe encontrarse sometido a importantes cautelas.[124]

Sin embargo, hay un total desconocimiento sobre esos valores y filtros utilizados, ocultos por detrás de la tecnología y de alegaciones de secreto industrial; esta falta de transparencia impide examinar la legitimidad o el uso razonable y proporcional de esa herramienta, que puede estar promoviendo conductas discriminatorias. De esa forma, aunque cada vez más presente e influyente en la rutina diaria laboral, el algoritmo actúa de forma sutil e invisible, mediante interacciones automatizadas con la máquina, en una especie de caja negra que dificulta, si no impide, la percepción del control que se ejerce por su intermedio.[125]

En ese sentido, TODOLÍ SIGNES hace una analogía interesante al comparar los algoritmos a un cuestionario tradicional de test psicotécnico. Ese cuestionario es transparente y directo, pues permite identificar las características que se buscan, las razones por detrás de las variables aplicadas y cómo se relacionan las respuestas dadas con esas características. Por otro lado, los algoritmos analizan millones de datos y correlacionan un sinfín de características a los resultados deseados (como productividad, capacidad de aprender, sociabilidad y nivel de conflictividad), sin la posibilidad de identificarlas, perjudicando el examen y escrutinio si guardan relación con el trabajo o si presentan, por ejemplo, un sesgo discriminatorio.[126]

El hecho de que los algoritmos calculen y establezcan índices de productividad —los cuales darán lugar a un ranking entre los trabajadores— a partir de los cuales se tomarán decisiones relevantes (incluso para justificar el despido de un trabajador) plantea un problema urgente e inmediato de falta de conocimiento con respecto a la forma de cálculo y a los criterios utilizados en la evaluación de esa productividad.[127] Además, muchas veces, esos sistemas actúan de forma desconocida e imprevisible, lo que termina por dispersar la responsabilidad sobre las conductas implicadas. Esto ha generado una verdadera escisión —y superposición— de justificaciones para las decisiones y actos practicados en el contexto laboral, habiendo, por un lado, un motivo formal y aparente (informado) y, por otro, un motivo real y oculto. Por ejemplo, el despido de un trabajador se puede fundamentar formalmente alegándose un motivo económico o técnico (o puede ser una decisión inmotivada, como lo

[124] MERCADER UGUINA, *Algoritmos E Inteligencia Artificial En El Derecho Digital Del Trabajo*, p.78-9.
[125] VIDIGAL, op. cit., p. 228-9.
[126] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 37-8.
[127] Idem, p. 58.

permite el sistema brasileño), pero, de hecho y en realidad, se tomó en virtud de las métricas establecidas y calculadas mediante el uso de la tecnología.

Por lo tanto, cuanto mayor sea el nivel de automatización y de difusión de la responsabilidad, mayor será el riesgo de desvirtuación de esa herramienta. En la actual realidad, todo tipo de trabajo con computadoras y dispositivos digitales permite la captura de datos y el control y monitoreo de las actividades, resultando en índices de productividad medidos y clasificados mediante algoritmos, muchas veces desconocidos, pero que amparan, de hecho, las decisiones sobre el futuro de cada trabajador en la organización.

Las transformaciones y los serios impactos del avance tecnológico en las relaciones de trabajo han producido lo que ADAMS-PRASSL denomina paradoja de control *versus* responsabilidad, o sea, una concentración de control paralelamente a una dispersión de responsabilidad. Es el resultado de la combinación de la recogida y procesamiento de datos en tiempo real, en un proceso de constante aprendizaje por la máquina, los cuales permiten la dirección y el monitoreo de la fuerza de trabajo al mismo tiempo en que reparten la responsabilidad —que se vuelve difusa— por medio de algoritmos, con parámetros imprevisibles y en rápida evolución, difíciles de registrar o explicar. El *jefe algorítmico* actúa constantemente, efectuando desde verificaciones sobre los participantes y la atribución de tareas hasta el control efectivo en la realización del trabajo, su remuneración e, incluso, la aplicación de una sanción cuando se lo considera insatisfactorio, muchas veces sin transparencia ni la identificación de responsabilidad, creándose un estado de *visibilidad consciente y permanente*. Ese panorama debería enfatizar la subordinación, como lo abordaremos en el próximo capítulo, pero la realidad ha indicado lo contrario, justamente debido a esos mecanismos y sistemas difusos, ocultos e inexplicables que realizan ese control de forma velada.[128]

En este punto, una cuestión que a afecta a todos los actores de una empresa, pero a los trabajadores en especial, consiste en la falta de comprensión con respecto a la recogida y tratamiento de datos. A pesar de las nuevas legislaciones de protección de datos, con papel fundamental en la actual sociedad de la información, aun así, la recogida y el procesamiento de datos ocurren totalmente al margen del conocimiento primario de las personas, las cuales practican actos virtuales y autorizan la recogida de datos de forma automática para, así, poder obtener determinados accesos o beneficios sin entender cabalmente qué implican las autorizaciones que le están concediendo a la empresa o plataforma

[128]ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 91-7.

tecnológica. Por ejemplo, en un sitio web de compras en el que aparece un banner con la oferta de un descuento para quienes se registren, las personas simplemente realizan su registro —y entregan sus datos— para obtener el descuento, sin realmente saber cuáles serán los datos que se utilizarán, de qué forma ni para qué propósito. Esto ocurre tanto debido al desconocimiento teórico sobre la tecnología y su funcionamiento como por la falta de información completa y adecuada con respecto a esa recogida y procesamiento de datos por parte de las empresas de tecnología.

Además, en los días actuales se nota, cada vez más, la utilización de sistemas condicionados que obligan al usuario a registrarse en determinadas plataformas como único medio de acceder y participar en un evento o actividad. Por ejemplo, para mirar un espectáculo musical o una obra de teatro, es necesario, antes, registrarse en una plataforma de venta en línea de entradas (proporcionar datos y aceptar la política de tratamiento de esos datos) que tiene el monopolio de comercialización de aquel evento, no siendo posible realizar una compra anónima o no identificada. O, para realizar la reserva en un restaurante, es necesario registrarse en una aplicación o permitir el acceso y la utilización del perfil de la persona interesada en determinada red social; y así sucesivamente. Esto ocurre en muchos sectores y actividades de la economía, lo que deja al usuario o al consumidor sin alternativa a no ser el registro en las plataformas (y su consentimiento en cuanto a la política de datos, independientemente de su contenido o permisos) como única forma de alcanzar el objeto deseado.

Volviendo al contexto laboral, CARELLI y OLIVEIRA defienden que el algoritmo debe poder ser conocido y escudriñado por los poderes públicos en la defensa de los derechos fundamentales y en la utilización legítima y razonable de esa herramienta y del poder que otorga a los individuos. Ellos parten del presupuesto de que el algoritmo también representa un modo de organización empresarial y no solo un modo de operar en el mercado frente a competidores, con instrucciones para el funcionamiento de la actividad empresarial y gestión de los trabajadores, similar a un reglamento empresarial, debiendo, así, integrar los contratos de trabajo, cuyo acceso no se puede negar, lo que correspondería a convalidar la existencia de cláusulas secretas en esa relación jurídica. Los autores van más allá, advirtiendo sobre la necesidad de libre acceso y transparencia en cuanto a los datos personales ingresados, captados y utilizados por los algoritmos, a partir de los cuales se crean perfiles de trabajadores, en un sistema constantemente optimizado y a partir del cual se administrará el negocio.[129] De hecho, la Directiva (UE) 2024/2831 -analizada adelante- establece que las plataformas digitales tienen

[129] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 42.

el deber de suministrar a las autoridades competentes y a los representantes de los trabajadores diversas informaciones relevantes, como el número de trabajadores, el estatuto profesional aplicado, los términos y condiciones generales y datos sobre la actividad laboral (como el número de horas trabajadas, la duración y los ingresos medios obtenidos), tal y como establece el artículo 17.

No es casual que la OIT resalte la importancia de la transparencia algorítmica, ya que los programas y las herramientas digitales deben ser comprensibles para el hombre común.[130] En el mismo sentido, el *Reglamento Europeo sobre Inteligencia Artificial*, que resguarda la protección de secretos industriales y la propiedad intelectual, esenciales para esos emprendimientos económicos, también establece limitaciones y deberes de transparencia necesarios para la fiscalización y uso responsable y ético de esas herramientas. En este contexto, se resaltan los arts. 13 y 14 del *Reglamento*, que imponen obligaciones de transparencia para los sistemas de IA de alto riesgo, exigiendo que los proveedores proporcionen información clara sobre el funcionamiento y los datos recogidos y procesados, además de garantizar una adecuada supervisión humana. Además, el art. 60 de esa misma norma establece reglas sobre el acceso a la documentación técnica para garantizar la conformidad, incluso permitiendo que las autoridades soliciten detalles sobre el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial utilizados.

También es notable el avance en la materia de la Directiva (UE) 2024/2831, sobre el trabajo en plataformas digitales, que aborda de forma exhaustiva y profunda los principales aspectos y preocupaciones que han sido puestos de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia, estableciendo la transparencia y el acceso a la información como pilares del trabajo digitalizado. En el artículo 9, las plataformas tienen el deber general de informar a los trabajadores, a sus representantes y a las autoridades competentes sobre el uso de sistemas automatizados de monitorización y toma de decisiones. Sobre el primer punto, deberán ser informadas las categorías de datos y acciones monitorizadas por el sistema, la finalidad de la monitorización y cómo se llevará a cabo, así como los destinatarios o grupo de destinatarios de los datos tratados por el sistema y las posibles cesiones de estos (art. 9.1.a). Con respecto a la toma de decisiones, deberán ser informadas las principales categorías de datos y parámetros utilizados por estos sistemas, así como los motivos de cualquier decisión que implique la restricción, suspensión o cierre de las cuentas personales de los trabajadores o, en general, cualquier decisión que modifique su situación contractual o tenga efectos equivalentes o

[130] FELICIANO, Guilherme Guimarães; AZEVEDO LIMA, Patrícia Helena; MATOS, Larissa (Org.). *Desafios do teletrabalho.* 1. Ed. Campinas: Lacier, 2023. p. 409.

perjudiciales (art. 9.1.b). La información debe estar disponible a más tardar (i) en el primer día de trabajo, (ii) antes de cualquier cambio en el sistema que afecte a las condiciones laborales y (iii) en cualquier momento a petición del interesado (art. 9.3).

Del mismo modo, la *Ley 12/2021*, de 28 de septiembre, procedente del *Real Decreto-ley 9/2021,* modificó el Estatuto de los Trabajadores, añadiendo la letra *d* al apartado 4 del artículo 64 (que trata de los derechos de información y consulta y competencias), que establece el derecho de los trabajadores a conocer los algoritmos y las reglas de los sistemas de inteligencia artificial que afectan sus condiciones laborales. Este es el texto:

> Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias.
> (…) 4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: (...) d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.[131]

Por otro lado, y a pesar de algunos avances, es perceptible la carencia regulatoria específica, en normas laborales, relacionada al uso de algoritmos y de la inteligencia artificial. En efecto, hasta este momento, la regulación se restringe a aspectos como la privacidad y la protección de datos, sin abarcar los aspectos laborales en sentido estricto, como los relativos a la salud, al bienestar, a la distribución de ganancias, a la sindicalización y a los derechos colectivos.[132] Es importante hacer una salvedad con respecto al trabajo en plataformas digitales, que desde este año cuenta con una norma pionera en la materia, plasmada en la Directiva (UE) 2024/2831.

A fin de cuentas, el rápido avance y la utilización creciente de la tecnología, especialmente en lo que concierne a la inteligencia artificial, algoritmos y robótica, en sectores importantes de la sociedad (como en las relaciones laborales y en la organización de la actividad productiva), con profundos impactos sociales y económicos, impone la creación de marcos regulatorios capaces de garantizar el uso responsable, supervisado y ético de esas herramientas, como se buscó con la edición del reglamento europeo sobre IA. Es necesario equilibrar la innovación tecnológica (incesante y progresiva) y la protección a derechos fundamentales, orientándose por la transparencia y supervisión humana en el uso de las herramientas digitales, especialmente en el ámbito de las relaciones de trabajo, evitándose, de esa forma, que la máquina y sus decisiones automatizadas promuevan discriminaciones, la violación de derechos

[131] ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con
[132] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 28.

y, de modo general, afecten directamente y perjudiquen las condiciones de trabajo y la vida de los trabajadores. En un mundo ideal, habrá una simbiosis entre humanos y máquinas: los primeros realizarán tareas creativas, estratégicas y emocionales y las segundas se encargarán de la ejecución de actividades operativas, rutinizables y repetitivas. En efecto, el futuro (y por qué no decir también el presente) es que robots y personas trabajen juntos, ya que los robots sustituyen las actividades laborales, pero no el trabajo.[133]

En el presente escenario de transformaciones tecnológicas en el trabajo, emergen las plataformas digitales como el modelo más representativo y paradigmático de esa nueva forma de organización y gestión de la actividad productiva y del trabajo, muchas veces referidas como un verdadero laboratorio para el desarrollo de herramientas de IA y de gestión algorítmica.[134] Así, se pasa al examen de las plataformas digitales, las cuales, sirviéndose de las herramientas referidas —algoritmos, inteligencia artificial y robots— en interacciones complejas y correlacionadas, han moldeado la dinámica laboral en la posmodernidad.

4. PLATAFORMAS DIGITALES

Uno de los principales exponentes de las nuevas formas de trabajo y de organización de la actividad productiva son las plataformas tecnológicas de servicios. Constituyen infraestructuras o ambientes digitales (plataformas electrónicas y aplicaciones de telefonía) en las cuales los prestadores de servicios y los usuarios se conectan e interactúan mediante el ambiente digital, sirviéndose de una conexión en la red mundial de computadoras (internet). Se trata de un tema amplio y complejo, que congrega diversos modelos de plataformas, en variadas circunstancias y formatos de actuación e interacción, dando lugar a debates jurídicos interesantes e intrincados ante una infinidad de cuestionamientos que emergen de la intersección entre el derecho y la tecnología, especialmente sobre temas como la responsabilidad civil y los derechos laborales, en este último caso atendiendo especialmente a la configuración y a los elementos de la relación de empleo. Lo cierto es que existe una enormidad de obras dedicadas a tratar exclusivamente de esa cuestión o, aun, de determinados temas o modelos específicos.

El objetivo de este subcapítulo es presentar un abordaje introductorio y general sobre el fenómeno de las plataformas digitales, resaltando su estructura de

[133] REY GUANTER, TENA PLANAS, INSTITUTO CUATROCASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH, *Robótica Y Su Impacto En Los Recursos Humanos Y En El Marco Regulatorio de Las Relaciones Laborales*, p.42.
[134]ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 87.

funcionamiento y sus principales características con vistas a proporcionar una mejor comprensión acerca del funcionamiento de este nuevo modelo productivo y de organización del trabajo, sentando una base para el análisis subsiguiente sobre los efectos de la digitalización en el trabajo, objeto de esta investigación, tanto en lo que se refiere a los elementos de la relación de empleo (capítulo II) como al régimen jurídico del trabajo digital (capítulo III).

Situado entre la tercera (revolución digital) y la cuarta (tecnología de la información y comunicación) revolución industrial, ese modelo se difundió sobre todo a partir de las plataformas digitales de prestación de los servicios de transportes, cuyo método se replica cada vez más en diversos segmentos. A pesar de eso, la evolución histórica de ese modelo engloba diversas fases, desde el surgimiento de los primeros sistemas de computación interconectados (1960) y de la *world wide web* (1990) hasta el surgimiento de las primeras plataformas multilaterales en el contexto de la economía colaborativa (como Airbnb y Taskrabbit en 2008 y Uber en 2009), las cuales se consolidaron a partir de 2010 y, desde entonces, se han expandido en todo el mundo, convirtiéndose en corporaciones que sobresalen en sus respectivos sectores. Más recientemente, las plataformas digitales han experimentado una fase caracterizada por el uso intensivo de la inteligencia artificial y de algoritmos sofisticados como pilar de ese modelo, mientras, por otro lado, son desafiadas por el avance de las tecnologías descentralizadas (como el *blockchain*), en un contexto evolutivo referido como *Web 3.0*.

De cualquier manera, el fenómeno de las plataformas digitales pasó a ser llamado *uberización* en referencia al nombre de una de las pioneras y principales plataformas de ese segmento, la empresa Uber, aun existiendo muchas otras empresas con características similares, incluso anteriores. A pesar de la nueva configuración y de la narrativa formulada, ese formato de plataforma presenta características de control y dirección del trabajo similares, en esencia, a las del modelo convencional de subordinación, ya que las plataformas de servicios suelen realizar el registro de las partes involucradas (trabajadores y usuarios) de acuerdo con el perfil definido, estipular los precios, procesar y administrar los pagos, controlar la ejecución y el rendimiento de la actividad y sancionar a quienes no atienden a los estándares establecidos, entre otras operaciones.[135] Tal y como ha reconocido el Parlamento:

> El trabajo en plataformas es realizado por personas físicas a través de la infraestructura digital de plataformas digitales de trabajo que prestan servicios a clientes. (...) A través de los algoritmos, las plataformas digitales de trabajo organizan, en menor o mayor medida dependiendo de su modelo de negocio, la

[135] MORAES, GAIA, op. cit., p. 71.

> realización del trabajo, la remuneración por el trabajo y la relación entre sus clientes y las personas que realizan el trabajo.[136]

CARELLI y OLIVEIRA van más allá, resaltando que ese proceso de modificación de la naturaleza del Derecho del Trabajo que recibe actualmente el nombre de *uberización* es anterior y más amplio que el modelo de plataforma implantado por Uber u otras empresas del segmento. Según los autores, "[…] abarca desde conductores de camiones hasta manicuristas, pasando por trabajadores de tecnología de la información y vendedores externos" y "puede tener como blanco a trabajadores con altos salarios, incentivada por la facilidad de evasión fiscal para ambos contratantes en virtud de una legislación confusa y de la interpretación fallida de algunos tribunales, pero también alcanza a buena parte de los trabajadores con remuneración baja" (traducción propria). Los autores consideran que el futuro del Derecho del Trabajo estaría en jaque: seguirá siendo un derecho fundamental que limita el poder del empleador o se convertirá en un derecho cuya institución y regulación quedará a cargo del mercado de trabajo, "(…) basado en microemprendedores de sí mismos que venden su fuerza de trabajo sin grandes limitaciones ni niveles establecidos" (traducción propria).[137]

En realidad, el modelo de plataformas digitales surge como un ciclo más, moderno y más profundo (e impetuoso), del proceso de descentralización productiva, externalización y tercerización/subcontratación que se está verificando en las últimas décadas y en el cual las empresas reducen al máximo las actividades realizadas directamente y, por ende, la fuerza de trabajo necesaria, transfiriéndolas a terceros externos. Sin embargo, un proceso que antes involucraba la subcontratación de otras empresas para la realización de los servicios, las cuales, a su vez, contrataban y administraban la respectiva mano de obra necesaria, ahora alcanza su auge al tercerizarse y subcontratarse directamente a otras personas naturales (trabajadores individuales y ya no empresas) para que realicen actividades integradas al ciclo productivo, en un trabajo altamente fragmentado y por demanda. A partir de esas características, la plataforma busca encuadrar a la mano de obra utilizada como trabajadores (supuestamente) autónomos, a los cuales suelen llamar *colaboradores* o *prestadores*.[138] Hoy en día, las plataformas se destacan en sectores como el transporte y la logística, el comercio electrónico, los medios y, de manera general, para las actividades realizadas durante el trabajo remoto.

---

[136] UNIÓN EUROPEA. *Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales.* Disponible en: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/2831/oj. Consultado el: 24 nov. 2024.
[137] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 20-22.
[138] ROSENBAUM CARLI, p. 41.

GINÈS I FABRELLAS clasifica las plataformas como un modelo de externalización infinita y de contratación a demanda (personas contratadas minuto a minuto), garantizadas por la tecnología, produciendo lo que la autora refiere como una «fuente inagotable de trabajo» -como si se abriera un grifo- en un claro proceso de cosificación de las personas. La autora rescata una cita publicada en la revista estadounidense *The Nation*, que señala cómo era muy difícil, antes de la era de Internet, encontrar a una persona, hacerla trabajar sólo diez minutos y, al final de ese período, despedirla; sin embargo, con la tecnología, esa práctica se ha vuelto totalmente posible, aún pagando una pequeña cantidad de dinero.[139]

Precisamente, una de las premisas de las plataformas digitales de servicios consiste, justamente, en la fragmentación del trabajo en microtareas (las llamadas *microtasks*), como si se tratara de una prestación única y singular que, al final, pondría término a la relación con la plataforma, hasta la aceptación de una nueva tarea, a criterio del prestador. Sin embargo, la situación concreta es bastante diversa, verificándose una realidad de sucesivas y constantes prestaciones demandadas y realizadas, conformándose una verdadera espiral de microtareas realizadas de forma continua, en secuencia y sin cesar, durante extensas jornadas, lo cual resulta en un trabajo ejecutado de forma personal, habitual y comandado por la plataforma. Basta con observar que, si, de hecho, el trabajador realiza solo una u otra tarea, de vez en cuando, el modelo de plataforma digital de prestación de servicios se desmoronaría, ya que es dependiente de la multitud de prestadores (dígase "trabajadores") disponibles para el funcionamiento de esa sistemática.

Otras características también se reconocen como partes vitales del modelo de plataformas digitales, como la utilización de tecnología de punta (especialmente en lo que concierne a la conexión), que permite realizar un sinfín de interacciones eficaces automatizadas y posibilita una amplia capacidad de analizar y procesar la vasta cantidad de datos puestos a disposición. De la misma forma, es crucial en estos modelos el llamado efecto en red, o sea, demandan una cantidad creciente de usuarios en ambos polos, interconectados y que utilicen la plataforma para viabilizar su funcionamiento y generar más valor, lo que culmina en un potencial de expansión y en un rápido alcance de grandes escalas, imprescindibles para el éxito de la plataforma.

SLEE afirma que el surgimiento de la empresa-plataforma fue la más importante transformación del capitalismo en el siglo XXI, sobre todo como resultado del

[139] GINÈS I FABRELLAS, Anna, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 2, N.1, 19-42, 2021. p.20.

aumento exponencial y casi ilimitado de la capacidad de procesar, recoger y analizar datos.[140] En general, las plataformas digitales enaltecen características como la agilidad y eficiencia en los procesos, la reducción de costos y la innovación, con modelos altamente descentralizados, incluso en comparación con el paradigma anterior, concebido como un modelo lineal, o sea, de control de toda la cadena productiva y poseedor de los activos esenciales para el proceso productivo. MORAES y GAIA afirman que las nuevas tecnologías y la revolución tecnológica han transformado las relaciones interpersonales y empresariales, que ya no se establecen directamente entre los sujetos humanos, sino que son intermediadas por plataformas tecnológicas, creando, así, nuevos patrones de consumo, nuevas necesidades humanas y, especialmente, una nueva referencia y modelo de prestación de servicios.[141] Sin duda, el fenómeno de las plataformas digitales ocupa una posición de relieve en la economía y en la sociedad contemporáneas.

Esas transformaciones son más fácilmente percibidas por las diversas formas de interacción entre los agentes y usuarios de las plataformas, las cuales, aunque se clasifiquen en tres categorías principales (P2P, B2C y B2B), constituyen nociones cambiantes, no estancas, existiendo modelos híbridos que combinan una o más categorías. En ese sentido, una de las principales exponentes es las llamadas plataformas P2P (sigla de la expresión *peer-to-peer*), que permiten una conexión e interacción directa entre los usuarios o pares (*peers*), por un lado, ofreciendo y por otro consumiendo determinados servicios. También están las plataformas B2C, sigla que refiere a la expresión *Business-to-Consumer*, y que designa un modelo de plataforma que sirve como un canal de comercialización —de venta y distribución—, también conocido como *e-commerce*, en el cual una empresa ofrece productos o servicios directamente a los consumidores. Por último, existe el modelo referido como B2B, o *Business-to-Business*, para plataformas dedicadas a interacciones comerciales directamente entre empresas.

En líneas generales, las plataformas digitales utilizan aplicaciones —sistemas digitales— desarrollados por ella para organizar y posibilitar la interacción entre individuos o grupos de individuos (personas naturales y empresas) con la finalidad de ofrecer determinados bienes o servicios. Así, compite a la plataforma viabilizar toda la infraestructura necesaria y las condiciones de uso (gestión, coordinación y supervisión de las actividades realizadas en ella), incluso en lo referente a la gestión financiera (precios, tarifas y pagos), facilitando las

[140] SLEE, op. cit., p. 14.
[141] MORAES, Camila Miranda de; GAIA, Fausto Siqueira. *Trabalho por intermédio de plataformas digitais: um novo canto da sereia? In*: KROST, VIDIGAL, ESTRADA, op. cit., p.50.

transacciones comerciales o sociales.[142] En su mayoría, las plataformas digitales son empresas internacionales que expanden sus operaciones y su modelo de negocio en distintos países y continentes.

Las plataformas constituyen infraestructuras combinadas de *software* y *hardware*, alimentadas por datos (recogidos a partir de información detallada sobre el comportamiento de los usuarios y las operaciones de la empresa) y administradas, de forma centralizada y automatizada, por algoritmos preparados para la toma de decisión, de tal manera que organizan y distribuyen las tareas, fijan precios y condiciones, monitorean las actividades e incluso sancionan a los usuarios (en especial, a los trabajadores). Todo eso en un proceso dotado de poca o ninguna transparencia con respecto a los parámetros orientadores y utilizados por la máquina, configurando un control (y sujeción) invisible, muchas veces imperceptible para el propio usuario.[143]

De acuerdo con la OIT, las plataformas digitales de trabajo viabilizan el trabajo por medio de tecnologías digitales que permiten la intermediación entre proveedores y clientes, categorizándolas en dos tipos: las plataformas basadas en la *web* (*web-based platforms*), en cuyo caso los trabajadores realizan las tareas en línea y de forma remota; y las plataformas basadas en ubicación (*location-based platforms*), en las cuales las tareas se realizan de forma presencial en determinado lugar. Además, la OIT distingue las plataformas de servicios por el grado de control ejercido sobre los trabajadores, afirmando que "algunas plataformas otorgan a los trabajadores una autonomía significativa en cuanto a cómo y cuándo trabajar, mientras otras establecen condiciones estrictas relacionadas con el horario de trabajo, el rendimiento y la disponibilidad" (traducción propria)[144,145]

En el mismo sentido, la OCDE describe las plataformas como proveedoras de servicios digitales que permanecen bajo el control de la unidad económica dueña de la plataforma y que ejercen, en variados grados, el control y el monitoreo de las actividades productivas y del trabajo. Se resalta también que: "las plataformas digitales no conectan solo a proveedores de servicios y consumidores, sino que también cumplen un papel activo en la

---

[142] ROSENBAUM CARLI, op. cit., p. 42.

[143] MACHADO, Sidnei; ZANONI, Alexandre Pilan (org.). *O trabalho controlado por plataformas digitais: dimensões, perfis e direitos*. Curitiba: UFPR, Clínica Direito do Trabalho, 2022. p. 11 y 130-2. Disponible en: https://cdtufpr.com.br/wp-content/uploads/2022/04/Livro_O-trabalho-controlado-por-plataformas-digitais_eBook.pdf

[144] OIT (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: el papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Ginebra: OIT, 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--pt/index.htm. Consultado el 11 oct 2024.

[145] En el original: "some platforms allow workers significant autonomy in how and when they work, while others set strict conditions regarding hours, performance, and availability".

gestión del flujo de trabajo, estableciendo reglas sobre cómo se debe llevar a cabo el trabajo e, incluso, influyendo en la remuneración y en los términos de compromiso" (traducción propria).[146,147]

La Unión Europea ha logrado avances significativos en este campo al promulgar la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales[148], que deberá transponerse al Derecho nacional de los Estados miembros antes del 2 de diciembre de 2026. Como el propio título indica, la directiva busca mejorar las condiciones de trabajo y la protección de los datos personales en el trabajo en plataformas digitales, a través de medidas que faciliten la determinación del estatus profesional y la promuevan la transparencia, la equidad, la supervisión humana, la seguridad y la responsabilidad en la gestión algorítmica (art. 1º). La Norma está estructurada en seis capítulos: disposiciones generales, estatuto profesional, gestión algorítmica, transparencia en relación con el trabajo, vías de reparación y cumplimiento efectivo, y disposiciones finales.

Dicha amplitud es indicativa de la notable importancia de esta Directiva en la regulación del trabajo en plataformas digitales, haciendo hincapié en la presunción de relación laboral -salvo prueba en contrario por la plataforma-, las medidas específicas de protección de datos personales y la gestión algorítmica, cuestiones exploradas a lo largo de los capítulos que componen esta tesis. De partida, cabe destacar la aplicabilidad de la Directiva a todos los trabajos en plataformas realizados en la UE, con independencia del lugar de establecimiento o del Derecho aplicable (art. 1.3), con la extensión de derechos cuando no exista relación laboral, como ocurre con la protección de datos y la gestión algorítmica (art. 1.2). Sin embargo, quedan excluidos los prestadores de servicios que explotan o comparten activos o la reventa de bienes por parte de no profesionales (art. 2.2).

La Directiva (UE) 2024/2831 formuló la siguiente definición de plataforma de trabajo digital (art. 2):

> 1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[146] OCDE (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS); OIT; UNIÓN EUROPEA. *Handbook on measuring digital platform employment and work*. Paris: OECD, 2023. Disponible en: https://doi.org/10.1787/0ddcac3b-en. Consultado el 11 oct 2024.

[147] En el original: "digital platforms not only connect service providers and consumers, but they also play an active role in managing the workflow, setting rules for how the work is carried out, and even influencing remuneration and the terms of engagement".

[148] UNIÓN EUROPEA. *Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales.* Disponible en: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/2831/oj. Consultado el: 24 nov. 2024.

> a) «plataforma digital de trabajo»: toda persona física o jurídica que preste un servicio en el que se cumplan todos los requisitos siguientes:
>
> i) se presta, al menos en parte, a distancia por medios electrónicos, por ejemplo, por medio de un sitio web o una aplicación para dispositivos móviles,
>
> ii) se presta a petición de un destinatario del servicio,
>
> iii) implica, como elemento necesario y esencial, la organización del trabajo realizado por personas físicas a cambio de una contraprestación económica, con independencia de que ese trabajo se realice en línea o en un lugar determinado,
>
> iv) implica la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones;

La Directiva también definió el trabajo en plataformas digitales como:

> (...) todo trabajo organizado a través de una plataforma digital de trabajo y realizado en la Unión por una persona física sobre la base de una relación contractual entre la plataforma digital de trabajo o un intermediario y la persona, con independencia de que exista una relación contractual entre la persona o un intermediario y el destinatario del servicio;

GINÈS I FABRELLAS analiza el modelo de negocio de las plataformas digitales en cuatro elementos estructurales. El primero consiste en la división en microtareas, es decir, tareas individuales de muy corta duración. El segundo es una nueva forma de externalización productiva denominada crowdsourcing: a través de una llama abierta, la plataforma atrae a un gran número de personas dispuestas a prestar servicios, de modo que siempre dispone de una oferta suficiente de trabajadores para cubrir la demanda. En tercer lugar, la contratación bajo demanda, con personas contratadas sólo cuando surge la demanda del servicio y por el tiempo necesario para llevarlo a cabo -en lugar de contratos estables-, lo que es posible por la avanzada tecnología que permite, en tiempo real, identificar el momento exacto en el que se solicita el servicio y apuntar a una persona dispuesta a prestarlo, todo ello en cuestión de segundos. El último pilar consiste en que los trabajadores sean considerados autónomos, por utilizar sus propios medios para prestar los servicios, asumiendo los costes inherentes.[149]

En términos estructurales, el objeto social suele consistir en la explotación de plataformas o aplicaciones de los servicios a los que se relaciona (transporte, reparto, servicios domésticos o generales, alojamiento, etc.), situándose —las plataformas o aplicaciones— como intermediarias entre el consumidor y el prestador del servicio. De esa forma, operan como agentes que ofrecen un canal de intercambio de información entre la oferta y la demanda de determinado servicio, en principio limitado a ese momento de la contratación y de la intermediación. Por ejemplo, Uber se presenta como una intermediaria entre el conductor y el

[149] GINÈS I FABRELLAS, Anna. *El Trabajo En Plataformas Digitales: Nuevas Formas de Precariedad Laboral*. Cizur Menor: Aranzadi; 2021.

pasajero; en cambio, el modelo distinto de Airbnb se intitula como un intermediario entre propietarios e inquilinos; y así sucesivamente. Por ponerse en la posición de intermediarios o de meros proveedores de soporte tecnológico, sin desarrollar ni controlar —al menos teóricamente— los productos o servicios ofrecidos, las empresas de plataformas digitales se consideran parte de la economía colaborativa, algo bastante cuestionado por la doctrina en virtud de la explotación comercial de la plataforma y de la evidente intención lucrativa de las empresas involucradas.[150]

Esta cuestión suscita una gran controversia sobre la naturaleza jurídica de las plataformas digitales, con importantes reflejos, incluso en cuanto al régimen de responsabilidad, puesto que, aunque no produzcan, al menos directamente, bienes y servicios (argumento que usan para fundar su carácter de intermediarias), facilitan la interacción entre los usuarios, que se da primero en el ambiente de la plataforma y de acuerdo con la política y gobernanza establecida unilateralmente por la plataforma, verificándose varios grados de intervención en ese ciclo productivo, dependiendo del tipo de organización de cada plataforma. A partir de eso, las plataformas digitales se han clasificado en dos categorías antagónicas: *(i)* como simples intermediarias, que prestan servicios de tecnología y actúan solo en la medicación neutra entre los usuarios (consumidores, trabajadores y proveedores); y *(ii)* como proveedoras de servicios, cuando actúan directamente en la prestación de determinados servicios, con injerencia en diversos aspectos de la realización del servicio y en la propia gestión de los trabajadores (prestadores).

Por lo tanto, ya en ese primer aspecto sobre la actividad económica —su naturaleza jurídica— se identifica una inconsistencia en la forma en la que se plantea o encuadra el problema, puesto que hay un lapso importante en la argumentación esgrimida por esas empresas: aunque se autoproclamen empresas del ramo de las plataformas o de la tecnología, la realidad acusa que la tecnología es un medio o modo de actuación u operación, una técnica de organización empresarial, como sucede en tantas otras empresas que también se sirven de la tecnología en su negocio, en los más variados segmentos. Como lo refieren CARELLI y OLIVEIRA, una empresa puede actuar como plataforma, o sea, organizándose en un mercado para la interacción de un grupo de actores en la plataforma, lo que representa únicamente un modo de organización empresarial, pero no su actividad económica. Esto sucede, por ejemplo, con las inmobiliarias, que pueden utilizar la tecnología o una plataforma en su negocio sin que eso modifique su ramo de actividad, que consiste en la compra y venta de inmuebles.[151]

[150] CHARTZMAN BIRENBAUM, op. cit., p. 9.
[151] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 52.

Los autores citados definen las plataformas digitales de trabajo como "(…) infraestructuras digitales que posibilitan la interacción de dos o más grupos teniendo como objeto principal el trabajo intensivo, siempre considerando como plataforma no la naturaleza del servicio prestado por la empresa, sino el método, exclusivo o conjugado, para la realización del negocio empresarial" (traducción propria).[152] Para estos autores, las plataformas, digitales o no digitales, constituyen un modelo de organización empresarial que, más tarde o más temprano, ocurrirá en todos los segmentos económicos, no cabiendo que se los trate como un sector específico o ramo de actividad económica. Por ejemplo, una plataforma digital de transporte guarda mucha similitud con otras empresas de transporte —verdaderos competidores— que con otras plataformas digitales que ofrecen servicios distintos, como, por ejemplo, de servicios domésticos, de entretenimiento, de hotelería o de locación residencial. Esta última, a su vez, competirá con hoteles, inmobiliarias y empresas de su mismo segmento, independientemente de la utilización de infraestructuras digitales.

Ese encuadramiento es fundamental no solo para la cualificación de la relación de trabajo, sino para otras clasificaciones importantes y exigencias formales de constitución y desarrollo regular de un negocio, como los aspectos tributarios, administrativos, técnicos, regulatorios y de seguridad social.[153] En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha rechazado la idea de que Uber sea un mero intermediario, reconociéndola como empresa de transporte (sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15).[154]

En los modelos de plataformas de prestación de servicios, especialmente aquellos centrados en el trabajo hecho por un prestador, es común la contratación por demanda (intermitente) y el pago por el tiempo de servicio efectivamente prestado. La activación (léase "contratación") constante e instantánea de trabajadores y usuarios conduce a un modelo económico por demanda (*on-demand*), mucho más barato para el empresario que mantener una plantilla permanente de empleados, aunque este modelo también exija —como en cualquier otro ramo de actividad— una disponibilidad permanente de trabajadores para su funcionamiento habitual (ahora por cuenta y riesgo del trabajador), en este caso garantizada e inducida por medio de sistemas sofisticados de incentivos o sanciones, lo que contradice

[152] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 68-70.
[153] ROSENBAUM CARLI, p. 256.
[154] UNIÃO EUROPEIA. TJUE (sentencia de 20 de diciembre 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, Asunto C-434/15) Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7171399. Consultado el: 13 Sep. 2023.

claramente la narrativa de un trabajo libre, sin horario ni jefe.[155] Así, una característica elemental de ese modelo consiste en la fragmentación del trabajo (y, por ende, de la jornada y del salario), que se realiza por pequeñas tareas, realizadas en micro jornadas (de minutos), vinculadas a una igualmente pequeña retribución, aparentemente aisladas, sistema que lleva al trabajador a un estado de permanencia continua y cada vez mayor en la plataforma a fin de alcanzar una remuneración adecuada.

En ese escenario, las empresas utilizan formalmente la figura de la prestación de servicios autónoma (contrato de colaboración) o de autónomo dependiente (en los países que contemplan esta figura, como es el caso de España). Este fue el modelo de contratación utilizado, por ejemplo, por la empresa Glovo, como se constató en la *STS 2924/2020, de 25 septiembre*. En Brasil, los trabajadores de plataformas digitales también pueden hacer uso de un registro formal como *Microemprendedor Individual* (MEI). Se trata de una categoría creada por el gobierno para la formalización simplificada de trabajadores informales, encuadrándolos como pequeños empresarios. La categoría comprende algunos beneficios de previsión social y tributarios. Obviamente, es una condición permitida por determinadas plataformas digitales con el objetivo de generar un mínimo de protección social como alternativa al encuadramiento como trabajadores autónomos o simplemente informales. Nada de eso, no obstante, elude el debate sobre la caracterización del vínculo de empleo en este modelo de negocio bajo la égida de la primacía de la realidad sobre la forma.

Como regla, las plataformas digitales utilizan dos principales instrumentos jurídicos y contractuales, todos digitales, que consisten en los *términos de uso* y en la *política de privacidad*, ambos unilaterales y por adhesión, cabiendo al usuario solo aceptar las condiciones preestablecidas para poder realizar el trabajo o utilizar la plataforma. Esos documentos establecen las condiciones y parámetros de la prestación de los servicios y definen, de modo general, la adhesión a un modelo de trabajo autónomo o independiente por parte de los prestadores, a menudo basado en la actividad por demanda, sin horarios ni subordinación directa (en la visión de la plataforma). Dependiendo del tipo de plataforma, se pueden encontrar otros documentos que se deben aceptar si se quiere utilizar la plataforma, como códigos de conducta y, eventualmente, contratos específicos de prestación de servicios, además de los acuerdos de licenciamiento, que establecen las reglas y condiciones de uso del *software.* Para poder bajar los respectivos programas o aplicaciones, es necesario aceptar dichas reglas y condiciones. Independientemente del encuadramiento jurídico formal de las plataformas

[155] MORAES, GAIA, op. cit., p. 63.

digitales de trabajo, es notoria la dispersión e invisibilidad de la contratación de los trabajadores.[156]

MORAES y GAIA enfatizan que las plataformas estimulan al trabajador en virtud del dinamismo y de la instantaneidad proporcionados por esas nuevas formas de trabajo, atrayendo a aquellos que buscan esas características en las relaciones laborales, pero, sobre todo, a quienes están excluidos del mercado de trabajo, en una realidad de altos niveles de desempleo y de informalidad. Así, resulta ser un mecanismo rápido e instantáneo que permite al trabajador desempleado o sin acceso al mercado formal de trabajo, en un momento de necesidad inmediata, obtener algún ingreso para proveer su sustento y el de su familia. Al señalar la paradoja de la libertad *versus* la invisibilidad en las plataformas digitales, en su versión contemporánea del canto de la sirena de Homero, los mencionados autores concluyen:

> El trabajo por intermedio de plataformas digitales representa un nuevo canto de sirenas en la odisea de los desempleados. El trabajador es atraído por la facilidad en cuanto a la inserción, por la libertad de actuación, por la flexibilidad de horarios de trabajo, por la posibilidad de administrar su propio trabajo, entre otros aspectos seductores. Por otro lado, al integrarse a las nuevas redes de trabajo, esos trabajadores dejan de recibir la protección social del trabajador formal, pasando a vivir la posición de invisibles sociales. (traducción propria)[157]

También existirá una relación contractual distinta entre la empresa-plataforma y el usuario consumidor y, en muchos casos, con el comerciante o industria fabricante de un determinado producto. Teniendo en cuenta esas características, se puede inferir que las plataformas digitales establecen relaciones jurídicas de múltiples capas, complejas y polifacéticas, con sus diversos usuarios, como clientes, trabajadores, proveedores y anunciantes, cada cual con su papel y condición jurídica específica y, por consiguiente, regidos por términos de uso y políticas de privacidad específicamente elaboradas para aquel grupo. Por último, suele haber trabajadores contratados laboralmente para actividades estructurales de la empresa-plataforma, como administración, apoyo técnico, marketing y ventas, aunque las actividades virtuales sean las predominantes.

A pesar de integrar el mismo universo de las plataformas digitales, hay variaciones sustanciales entre las empresas en este segmento o, aun, en los modelos de negocio, dependiendo del tipo de servicio y sector económico, del modelo organizacional y de la estructura del emprendimiento, lo que resulta, de la misma forma, en diversos abordajes y clasificaciones, de acuerdo con el parámetro utilizado.

---

[156] CHARTZMAN BIRENBAUM, op. cit., p. 5.
[157] MORAES, GAIA, op. cit., p. 51-2.

Esta característica fue subrayada en el preámbulo de la Directiva (UE) 2024/2831, al establecer que el trabajo en plataformas digitales "(…) se realiza en una amplia variedad de ámbitos y se caracteriza por una gran heterogeneidad en los tipos de plataformas digitales de trabajo, los sectores cubiertos y las actividades realizadas, así como en los perfiles de las personas que realizan trabajo en plataformas." Justamente, las plataformas digitales permiten una enorme cantidad de actividades, diversas formas de interacción y modos de trabajar[158], lo que exige una evaluación casuística de la cuestión laboral.

De cualquier manera, siempre habrá algún tipo de trabajo en la plataforma que sea, por lo que resulta importante contextualizar la posición y la intensidad de ese trabajo en la actividad realizada por la plataforma. Desde esa perspectiva, existe una primera gran diferencia que consiste en: *(i)* plataformas dedicadas a la comercialización de productos por diversos vendedores, las cuales ofrecen un espacio virtual de intercambio de productos, conocido como *marketplace*; por otro lado, están las *(ii)* plataformas que involucran la prestación de servicios, los cuales serán realizados por trabajadores que se ponen a disposición por medio de la plataforma; el foco en este caso es el trabajo humano. Se trata de una clasificación amparada en el tipo de intermediación operada por la plataforma, que divide estas empresas en: plataformas de contenido, que almacenan y comparten contenidos generados por usuarios, como *YouTube* y *TikTok*; plataformas de mercado (*marketplace*); y plataformas de trabajo (*gig economy*). La discusión en materia laboral, no obstante, está centrada en los dos últimos modelos.

La idea de *marketplace* —plaza de mercado o plataformas horizontales— no es otra cosa que la transposición al mundo digital de los centros comerciales físicos (mercados, *malls* y *shoppings centers*). En ellos, un administrador remunerado organiza el ambiente (lugar, acceso, estructura, seguridad, etc.) que reúne a diversos comerciantes (distintos e independientes) y compradores, constituyéndose en un verdadero lugar de intercambio de una amplia gama de productos o servicios. Hoy en día, todo eso se hace en una plataforma o ambiente virtual, como se verifica en plataformas como las de E-bay, Amazon y Mercado Libre. Este modelo evolucionó en el segmento de las tiendas de comercio electrónico, que también empezaron a organizarse como *marketplace*, o sea, manteniendo sus ventas propias, pero también posibilitando que otros vendedores comercialicen sus productos en la misma plataforma.[159] Así, empezaron a ser referidas como plataformas híbridas, justamente por contemplar varias funcionalidades, como ventas propias y *marketplace*. Por último, cabe

[158] CEDROLA SPREMOLLA, op. cit., p. 267.
[159] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 53-4.

resaltar, entre los aspectos jurídicos cuestionados en este segmento, la protección al consumidor y la responsabilidad por fallas en los productos o en la logística.

Diferente es la situación de las plataformas que no realizan ese comercio, sino que se centran en la prestación de servicios, como es el caso de la plataforma Airbnb, que ofrece servicios de alojamiento turístico (un inmueble o una parte de un inmueble) por medio de una plataforma que reúne a los propietarios de esos inmuebles y a potenciales locatarios. La situación se vuelve más compleja e intrincada cuando los servicios ofrecidos por la plataforma están centrados en el elemento humano, o sea, en la actuación de un trabajador que realizará el servicio contratado. Aun en este caso, habrá distinciones entre plataformas que reúnen diversos tipos de servicios y profesionales (acercándose a la noción de *crowdwork* y *marketplace*, funcionando como una especie de clasificados virtuales o agencia de empleo para pequeñas tareas) y plataformas que son referentes de determinados servicios (*gig economy* o economía de temporalidad) y que practican un elevado grado de interferencia, direccionamiento y garantía de las condiciones y de la calidad de los servicios que ofrecen. En este caso, los servicios están integrados al respectivo mercado y se contratan directamente con la plataforma, que publicita la actividad y fija los precios y demás condiciones (plataformas verticales), como se verifica en los casos de Uber, Ifood y Glovo.[160]

Como se analizó al principio de esta sección, cuando se abordó el tema de la economía colaborativa, también es posible diferenciar las plataformas digitales de tipo colaborativo de las plataformas digitales comerciales. Las primeras se basan en la intermediación digital para acercar a particulares (legos) y viabilizar el intercambio de productos y servicios infrautilizados mediante la puesta en común de los gastos, sin ningún ánimo de lucro. En cambio, las plataformas comerciales de prestación de servicios promueven el intercambio económico de bienes y servicios, realizado y viabilizado por intermedio de la infraestructura de la plataforma, en una actividad claramente profesional y con fines de lucro, la cual atrae a trabajadores que se dedican a aquella prestación de servicios como medio de subsistencia, total o parcialmente.[161]

DOCKÈS clasifica las plataformas de prestación de servicios en tres categorías: las que brindan un tipo específico de servicio (y de trabajo) organizado por la plataforma, con control y *expertise* por la plataforma; las que permiten al trabajador ofrecer varios servicios en los cuales la plataforma no tendría experiencia; y, por último, las plataformas que actúan como intermediarias entre un trabajador y un beneficiario que dirige efectivamente

[160] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 54-6.
[161] ROSENBAUM CARLI, p. 51.

la actividad laboral.[162] Existe, además, otra clasificación, que distingue las plataformas de publicidad (utilizan datos para la creación de perfiles para fines comerciales), las plataformas-nube (además de los datos, ofrecen toda una infraestructura digital), las plataformas industriales (utilizadas por fábricas en la organización de su actividad productiva), las plataformas de productos (ofrecen mercaderías en forma de servicios, incluso inmateriales) y las plataformas compactas (que organizan a los trabajadores para que atiendan a consumidores sin poseer los medios finales para la prestación de servicios).[163]

En cada modelo hay diversos segmentos. En el ámbito de las plataformas de prestación de servicios, es posible distinguir las plataformas de trabajo en línea de las plataformas de trabajo localizado. Las plataformas de trabajo en línea (*crowdwork* o externalización abierta) se estructuran en sitios *web* (páginas en línea) y cuentan con trabajadores que prestan servicios en línea o a distancia, los cuales se pueden realizar desde cualquier parte del mundo, teniendo, por lo tanto, un alcance mundial en virtud de la realización y entrega del resultado de forma totalmente virtual. En general, se utilizan para tareas especializadas, pero repetitivas, simples y estandarizadas, como, por ejemplo, los servicios de traducción, jurídico o contable, o para actividades como las de proyectistas y programadores. Este modelo se acerca bastante a la noción de los *freelancers*, pero en formato digital. Por otro lado, las plataformas de trabajo localizado (*offline* o trabajo por demanda por aplicación) se basan en la ubicación geográfica, ofreciendo servicios que se realizan de forma presencial en zonas definidas, de ámbito local, con la garantía, por parte de la plataforma, del cumplimiento de directrices mínimas de calidad, condiciones y cualificación de los prestadores. Es lo que sucede, por ejemplo, con los servicios domésticos.[164] Ambos modelos dependen de la existencia de una multitud de prestadores disponibles para atender a la demanda, en un sistema meticulosamente organizado por algoritmos que logran organizar la estructura de una manera que les asegure tener siempre a un prestador disponible para atender el trabajo solicitado por un consumidor.

Buscando sintetizar las diversas clasificaciones y tipologías globales de las plataformas digitales, ROSENBAUM CARLI presenta un esquema dividido en seis vectores, a saber:

---

[162] DOCKÈS, Emmanuel. *Os empregados das plataformas. In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 184.
[163] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 59-61.
[164] OIT. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Ginebra: OIT, 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--pt/index.htm

a) según su finalidad, las plataformas se dividen en colaborativas (altruista y *amateurs*) y comerciales (finalidad de ganancia y carácter profesional de la prestación);
b) según la actividad que realizan, existen plataformas limitadas a la intermediación (horizontales, de servicios tecnológicos) y plataformas de oferta de determinado servicio (verticales, integradas al mercado correspondiente);
c) según la actividad que ofrecen, de forma similar a la categoría anterior, habrá plataformas que solo ofrecen servicios digitales e informáticos, mientras otras ofrecen determinadas actividades, pudiendo contemplar variados tipos de tareas (plataformas genéricas) o estar limitadas a una actividad contratada (plataformas específicas);
d) en cuanto al trabajo desarrollado en la plataforma, se lo puede calificar como colaborativo (en las plataformas de fines colaborativos) o por demanda (en las plataformas de fines comerciales);
e) por último, según la ejecución del trabajo y el tipo de tareas, se distinguen, dentro del segmento de las plataformas comerciales, aquellos trabajos realizados en la *web* (en línea y virtual) o *freelancers*, que comprenden microtareas (procesamiento de textos, imágenes y vídeos) y actividades creativas y de diseño (como la creación de logotipos o de páginas de internet), de los trabajos localizados (*offline* y de forma presencial), relacionados con servicios y tareas más tradicionales (como alojamiento, transporte, entregas, turismo, etc.).[165]

Sin embargo, se pueden destacar algunas características frecuentes en estos modelos de negocios, especialmente en las plataformas de prestación de servicios; esas características se presentarán más o menos potenciadas dependiendo del tipo de empresa, del producto involucrado y de la actividad desarrollada (comercio, servicios, etc.).

Las actividades, comunicaciones y los actos se practican virtualmente mediante la plataforma o por correspondencia electrónica. Cada grupo de usuario (consumidor, prestador de servicio/trabajador y, en algunos casos, la empresa que fabrica o comercializa determinado producto, como restaurantes y tiendas) posee un perfil de acceso diferente y todos se relacionan, jurídica y económicamente —incluso en lo que dice respecto a una eventual responsabilización— solo con la empresa-plataforma, convirtiéndose en sus clientes mediante la adhesión a los términos de uso. Es importante acentuar el hecho de que no hay ningún contrato o instrumento jurídico firmado (o que vincule) directamente entre el prestador del servicio y el cliente. Es lo que sucede, por ejemplo, en la realidad de las plataformas de

[165] ROSENBAUM CARLI, p. 58-9.

transporte, entre conductores y clientes. Toda y cualquier vinculación existente es promovida directamente entre cada uno de esos actores y la plataforma, que centraliza toda la operación.

En este punto cabe hacer una observación adicional. Aunque lo más habitual sea que la plataforma tenga una relación directa con cada persona implicada, se ha observado más recientemente -dada la controversia sobre la relación laboral y su reconocimiento por los tribunales de diversos países- que algunas plataformas están modificando este aspecto al permitir la figura de un intermediario (entre la plataforma y el trabajador). En este sentido, la Directiva (UE) 2024/2831 prevé la figura del intermediario (art. 2.e), considerado como la persona física o jurídica que, al utilizar la plataforma digital, establece una relación contractual con la plataforma y otra con el trabajador, o forma parte de una cadena de subcontratación entre la plataforma y los trabajadores. Sin embargo, también en estos casos debe garantizarse a los trabajadores el mismo nivel de protección (art. 3).

Avanzando, la gestión de los trabajadores y de los servicios se realiza mediante algoritmos, los cuales se sirven de una masiva recogida de datos *(big data*) que luego se utilizan para trazar perfiles y administrar las actividades, en un sistema que se optimiza continuamente. Esta cuestión se ha tratado en la Directiva (UE) 2024/2831, en la que uno de los ejes fue la regulación de los sistemas automatizados de monitorización (supervisión de la actividad laboral) y de toma de decisiones (utilizados para apoyar decisiones significativas en el trabajo, como el acceso, la organización y distribución de tareas, la fijación de precios, las sanciones, etc.). Como lo mencionan CARELLI y OLIVEIRA, las plataformas digitales funcionan a partir de la tríada algoritmo-digital-datos. Los autores destacan que, en esas plataformas, los trabajadores sirven a la empresa por partida doble: primero, por el trabajo efectivamente prestado; segundo (y también considerado oculto), por la extracción abundante y constante de datos que utiliza la plataforma para perfeccionar el modelo y, así, incorporar valores al patrimonio de la empresa. Resulta oportuno recordar que los datos y la información están entre los objetos más valiosos en la sociedad digital, como se ha demostrado en las secciones anteriores.[166]

La explotación comercial de los datos ha sido tan significativa que los usuarios de las plataformas se han pasado a llamar *prosumers* (traducido literalmente, prosumidores), una denominación que combina las palabras en inglés *consumers* (consumidores) y *producers* (productores) y que expresa la calidad simultánea tanto de cliente de la plataforma (consumidor de productos y servicios) como la de productor de datos (ya sea

[166] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p.46.

por el mero uso o por la participación activa en la creación de datos y contenido), ya que todos los datos proporcionados a las plataformas se utilizan y analizan e incluso se venden para su explotación a otras empresas.[167] Esa calidad de consumidor y productor es bastante común en el mercado de las redes sociales, cuyos usuarios tienden a calificarse como consumidores y creadores (*influencers*) de contenido. Es lo que ocurre en plataformas como YouTube o Instagram. La referida expresión también se utiliza en el contexto de la Industria 4.0 para hacer referencia a consumidores que, por medio de la tecnología digital, personalizan los productos y servicios adquiridos de acuerdo a sus necesidades.

La plataforma de servicios fija los precios y tarifas, cobra y administra los pagos, incluso respondiendo por la insolvencia. En algunos modelos, se admite el pago en dinero en efectivo, pero utilizándose un sistema de compensación con los pagos electrónicos (preponderantes) de tal forma que no hay transferencia física de dinero en efectivo. En otros modelos, puede haber libertad para definir el precio, pero el pago se realiza obligatoriamente por medio de la plataforma, práctica que opera como una especie de garantía de la fiabilidad del sistema y de la prestación que se realiza. Esa estipulación del precio y toda la gestión financiera de la actividad, realizada por la plataforma, representa un fuerte indicio que a menudo se utiliza como parámetro para corroborar el carácter de un trabajo ajeno (*ajenidad en los frutos*). Además, es habitual la fijación de una remuneración por obra mediante el ajuste de un valor o porcentaje por cada demanda atendida, pero con pagos periódicos (semanales, quincenales o mensuales).

Esa gestión financiera se volvió posible a partir del desarrollo de sistemas seguros de transacciones digitales, en especial los pagos y billeteras digitales, ya sea por métodos habituales, como las tarjetas de crédito, o innovadores, como las criptomonedas, capaces de asegurar integridad y confianza en las transacciones, propiciando un uso seguro y confiable de las plataformas por parte de los usuarios. Por otro lado, el ingreso de las plataformas proviene de variadas fuentes, como forma de garantizar su sostenibilidad financiera. Aunque sea más frecuente y común el modelo de comisiones sobre cada transacción que los usuarios realizan en la plataforma, existen ingresos que provienen de la publicidad (comercialización de espacios de publicidad para anunciantes) y de las suscripciones, que consisten en el pago de una tarifa a cambio del acceso a determinadas funcionalidades, contenidos o beneficios ofrecidos por la plataforma, como suele ocurrir en las plataformas de *streaming*, como Spotify y Netflix.

[167] ROSENBAUM CARLI, p.256.

Hay un sistema de evaluación de la calidad del servicio mediante puntuación, conocida como *reputación digital*. La evaluación la puede hacer el cliente o el prestador o se puede determinar a partir del alcance de estándares de eficiencia establecidos por la plataforma. El resultado de las evaluaciones (puntuación total) produce las más variadas consecuencias, desde premios financieros, prioridad para actuar en áreas u horarios mejores, envío de nuevos pedidos, clasificación por categorías o incluso suspensiones, sanciones y exclusión del prestador, en el caso de rendimiento insuficiente. Muchas plataformas también adoptan un sistema propio e interno de evaluación de la habitualidad y confiabilidad de los prestadores, usando datos proporcionados por la propia aplicación, como los relativos a la disponibilidad, el tiempo de respuesta y los servicios atendidos.

El trabajador puede decidir el momento de comienzo y fin del trabajo, que prestará por demanda y de forma intermitente, bastando, para iniciarlo o interrumpirlo, con activar o desactivar la aplicación. A pesar de eso, las plataformas utilizan sofisticados sistemas de incentivos —o de sanción, mediante la retracción de llamadas y la suspensión o exclusión del sistema— con vistas a mantener en actividad al mayor número de trabajadores y durante la mayor cantidad de horas posibles, preservando, así, el cuantitativo de trabajadores necesarios para la prestación de los servicios de acuerdo con las demandas de los usuarios, especialmente en los horarios de mayor movimiento. De la misma forma, algunas empresas exigen un mínimo de horas o de activación —generalmente imponiendo una sanción en caso de ausencia o insuficiencia— u ofrecen un premio para la activación en determinada franja horaria, cantidad o localidad. Incluso, la libertad de horario en general es condicionada por el sistema de puntuación. Fue lo que reconoció, en el caso de la aplicación Glovo, el Tribunal Supremo en su STS 2924/2020, de 25 de septiembre:

> En la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada.[168]

GINÈS I FABRELLAS llama la atención sobre la precariedad laboral generada por el trabajo en plataformas —especialmente en lo que se refiere a la jornada laboral, las estrategias de gamificación y la inseguridad algorítmica—, además de la cuestión del

[168] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia n.º 805/2020, de 25 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp. Consultado el: 20 mar. 2022.

empleo. Ella señala que las personas que trabajan en plataformas digitales hacen más horas en comparación con las empresas de la economía tradicional, a pesar de que formalmente son libres de determinar sus horarios de trabajo (si bien están fuertemente condicionados por la gestión y el control algorítmico). Esto se relaciona con la imprevisibilidad (e inestabilidad) de la jornada laboral, la ausencia de una jornada mínima garantizada (y por ende de un salario mínimo garantizado) y una remuneración vinculada al periodo de prestación efectiva de servicios, sin tener en cuenta los periodos de conexiones y espera de demandas (diferenciándose así del contrato de cero horas), exigiendo un mayor número de horas de los trabajadores para alcanzar los niveles mínimos de remuneración, y aún más para obtener una reputación aceptable dentro de las plataformas (con los correspondientes beneficios), en un sistema que ella califica de autoexplotación.[169]

El prestador usará un dispositivo electrónico, generalmente un *smartphone,* que permite la realización de un control instantáneo de la ubicación del prestador y de las rutas que recorre (GPS), de forma permanente, durante el período de actividad —o, aun, mediante actividad en segundo plano—, además del monitoreo por otros elementos, como el tiempo de uso, de datos personales, de transacciones financieras (métodos de pago, historial de compras), fotos, mensajes, etc. Al principio, la plataforma presenta material e instrucciones para la realización de los servicios con el fin de preservar un cierto estándar y calidad. El prestador del servicio debe adquirir las herramientas necesarias, aunque, generalmente, la plataforma viabilice o facilite esa adquisición, obligando al prestador a responsabilizarse por daños o gastos inherentes al uso de dichas herramientas.

Aun así, los medios y las herramientas aportadas por el trabajador son sustancialmente inferiores en comparación con la estructura empresarial necesaria para el desarrollo de la actividad económica. Se constata, en este sentido, un contraste acentuado con respecto al empleo formal: las empresas-plataformas exigen que el trabajador utilice sus equipos personales e instale en ellos los programas y aplicaciones relacionados al trabajo, mientras la ley laboral —especialmente en materia de trabajo a distancia— impone a las empresas el deber de suministrar los equipos y las herramientas necesarias para el trabajo. Además, las normas del teletrabajo tienden a prohibir la injerencia, por parte del empleador, en bienes y materiales propios de la persona trabajadora, además de restringir y condicionar la eventual utilización, incluso reforzando las garantías relacionadas a los derechos digitales y a la protección de los datos.

[169] GINÈS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, p.29-37.

Un elemento importante de las plataformas digitales de prestación de servicios consiste en la integración de los trabajadores ("prestadores") a la estructura organizacional y productiva de la empresa, sin los cuales la empresa no logra funcionar, ya que presupone la disponibilidad de trabajadores para realizar el servicio. Para eso, las plataformas utilizan un sistema sofisticado que realiza la gestión de la multitud de prestadores de acuerdo con las demandas existentes (*on-demand*) de una forma que permita garantizar que siempre existan trabajadores conectados y prontos para atender los pedidos. MORAES y GAIA resaltan que, para asegurar una puesta en marcha eficiente, este modelo de plataformas tecnológicas de prestación de servicios es dependiente del mayor número de trabajadores (los cuales ofrecen su fuerza de trabajo) y de usuarios previamente registrados e interconectados en red. En las palabras de los autores:

> La operatividad práctica de la aplicación es dependiente de la realización del trabajo humano material, aunque la estructura de las plataformas esté fundada en el trabajo inmaterial de sus desarrolladores. Si no hay prestadores de servicios registrados o si los hay en número insuficiente para atender la demanda, el servicio de interconexión que propone la empresa de tecnología pasa a ser inviable. (traducción propria)[170]

Al defender la existencia de un vínculo de empleo, CARELLI destaca las características de las empresas-plataformas de prestación de servicios: "(...) las empresas-plataforma de prestación de servicios suelen regular todo el servicio por medio de la imposición de los 'términos y condiciones de uso', fiscalizan toda la prestación de servicios por medio electrónico y ejercen el poder disciplinario por medio de advertencias, suspensiones y despidos (...)"(traducción propria).[171] Justamente, las plataformas digitales se han vuelto referencia en el uso extremado de sistemas automatizados de gestión de los trabajadores y de toma de decisión (dirección algorítmica); de hecho, en muchos casos, llegan a prescindir de cualquier forma de direccionamiento o supervisión humana.[172]

En la misma línea, GINÈS I FABRELLAS destaca la dirección y el control algorítmico ejercido por la plataforma, que es capaz de moldear su comportamiento y condicionar la conducta y el *engagement* de los trabajadores incluso ante un régimen de libertad horaria, preservando las necesidades e intereses de la empresa (suministro continuo de los servicios). En este sentido, se utilizan diversas estrategias, de acuerdo con cada plataforma, como el uso de incentivos económicos (discriminación de precios, favoreciendo a los que más

[170] MORAES, GAIA, op. cit., p.62-3.
[171] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei. In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 81.
[172] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 35.

se conectan, aceptan demandas, trabajan en horarios más concurridos o con mejores puntuaciones), el seguimiento geolocalizado (cada servicio es registrado, monitorizado y evaluado, generando un control permanente del trabajador) y la distribución de tareas en función de la performance, elaborada a partir de una voluminosa extracción de datos, priorizando a los trabajadores con mejor ranking en la indicación de más y mejores demandas y franjas horarias. La autora concluye:

> Estas formas de dirección y organización algorítmica toman en consideración la actividad pasada de las personas en la plataforma para determinar su actividad futura; es decir, la actividad pasada de las personas determina su capacidad para generar ingresos en el futuro. En consecuencia, se convierten en instrumentos muy efectivos para modular el comportamiento de las personas e incentivar que se ajusten a los parámetros valorados por la plataforma.[173]

Esta realidad quedó reflejada en la Directiva (UE) 2024/2831, que contiene un capítulo dedicado a la gestión algorítmica (Capítulo III), donde se regula la gestión mediante sistemas automatizados de control y toma de decisiones, haciendo hincapié en la protección de los datos personales, la transparencia y la supervisión (y revisión) humana. ROSENBAUM CARLI afirma que la libertad de los trabajadores para decidir cuándo, cómo y durante cuánto tiempo trabajarán en la aplicación es aparente, puesto que las exigencias de los usuarios, la forma y el modo de remuneración y las diversas decisiones empresariales tomadas por las plataformas conducen a una verdadera "(...) constricción a trabajar, tanto en la cantidad, momentos y forma en que las plataformas lo determinen."[174]

De la misma forma, MORAES y GAIA llaman la atención hacia la inspección permanente del trabajo —incluso mediante sistemas de geolocalización— ejercida por las empresas-plataformas, incluso a distancia y por medios telemáticos, la cual conduce no solo a evaluaciones y al ejercicio del poder disciplinario (concretado en la aplicación de medidas correccionales); pero, sobre todo, hacia la gestión, organización y dirección (en línea) de la actividad del trabajador por parte de la propia aplicación, mediante una sofisticada programación por algoritmos, con mecanismos y estímulos necesarios para mantener a la colectividad de trabajadores disponibles, conectados y funcionando. Los autores concluyen:

> Expuesta la dinámica interna del funcionamiento de la relación jurídica entre los trabajadores y las plataformas tecnológicas, es posible reconocer la ausencia da autonomía en la prestación de servicios, ya que el trabajador está integrado en la actividad productiva como elemento esencial para su funcionamiento —aspecto

[173] GINÈS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, p.25-7
[174] ROSENBAUM CARLI, p. 255.

> objetivo del concepto de subordinación jurídica— así como está sometido al poder directivo y disciplinario de la plataforma (sesgo subjetivo del concepto de dependencia jurídica). (traducción propria)[175]

Una herramienta significativa utilizada para la gestión y el control de los trabajadores consiste en la técnica denominada de *gamificación* o *gestión gamificada* del trabajo en plataformas digitales. En la gestión *gamificada* (la palabra deriva de *game*, que significa "juego" en inglés), la plataforma simula el diseño y el aspecto de los juegos. La idea es imitar, en el trabajo, el formato de un juego, como si el trabajador estuviera jugando a un videojuego que incluyera precios dinámicos, desafíos, misiones, recompensas y promociones. De esa forma, se busca mantenerlo activo en la plataforma para que atienda a las metas y estándares establecidos por la empresa, aumentando, así, el trabajo y la productividad. La gamificación en el trabajo consiste, en efecto, en la adaptación de las actividades al formato de juego, incorporando elementos que proporcionan experiencias lúdicas, motivacionales y atractivas para el usuario mediante técnicas empleadas en los juegos (como puntuaciones, insignias, *ranking* de líderes/vencedores, colores y principios cromáticos), todo lo cual resulta en un mayor compromiso, disponibilidad, participación y rendimiento en la plataforma.[176]

Esta herramienta es bastante utilizada para incentivar la activación (o la no desactivación) de los trabajadores, especialmente en los días y horarios de mayor demanda, haciendo que siempre haya trabajadores dispuestos y disponibles para atender a las demandas de la plataforma. Recordemos que el funcionamiento de este modelo requiere la disponibilidad de una multitud de trabajadores, incluso cuando se les ofrece flexibilidad horaria. El recurso a la *gamificación* implica una fuerte influencia para que el trabajador no desconecte la aplicación, asemejándose a la herramienta utilizada por las plataformas de *streaming* de vídeo (Netflix, Prime Video, YouTube, etc.) de reproducir episodios siguientes de forma automática para captar la atención y el compromiso del usuario.[177]

De acuerdo con GINÈS I FABRELLAS:

> Las estrategias de gamificación que utilizan las plataformas digitales inducen a las personas trabajadoras a conectarse a la plataforma, aceptar tareas o no rechazar servicios en contra de sus intereses. Efectivamente, las plataformas son conocidas por la utilización de estrategias de gamificación en la dirección y organización del trabajo, atribuyendo puntuaciones y valoraciones a las personas trabajadoras y estableciendo niveles o rankings para favorecer la competencia dentro del mercado interno de la

[175] MORAES, GAIA, op. cit., p. 66-7.
[176] VIDIGAL, op. cit., p. 215-221.
[177] Idem, p. 220-226.

> plataforma y conseguir, así, modular el comportamiento de las personas trabajadoras según los intereses de la plataforma. [178]

Esta técnica también se ha utilizado en el reclutamiento y la selección de trabajadores, como destaca MERCADER UGUINA:

> Pero los algoritmos se emplean también en pruebas de selección gamificadas que incluyen preguntas, rompecabezas u otros desafíos utilizados para realizar evaluaciones predictivas sobre un empleado o solicitante de empleo, o para medir características de los mismos que incluyan habilidades como la destreza, el tiempo de reacción u otras capacidades físicas o mentales. Estas evaluaciones, también conocidas como evaluaciones psicométricas basadas en juegos o reclutamiento gamificado, se están convirtiendo en una herramienta de reclutamiento cada vez más común.[179]

VIDIGAL sintetiza con mucho acierto ese modelo de gestión *gamificada*:

> La subjetividad del(la) trabajador(a) es capturada en la medida en que este(a) se ve como si formara parte de un videojuego, impulsado, por imágenes, sonidos, colores, frases, incentivos, gráficos luminosos, brillantes y coloridos, que lo llevan a seguir apretando el botón y aceptando los viajes sin ni siquiera tomarse el tiempo de analizar el costo versus el beneficio de aquel trabajo. (...) La gestión gamificada del trabajo no es un juego de azar. El algoritmo no es aleatorio, neutro o etéreo. Se trata de un juego con reglas predeterminadas, definidas de forma unilateral por las empresas-plataformas con el objetivo de estimular a los(as) trabajadores(a) a producir y a estar disponibles para el trabajo el máximo de tiempo posible. (traducción propria)[180]

De esa forma, la técnica da gamificación constituye un elemento más, sutil y muchas veces oculto, de dirección, control y gestión automatizada (sin intervención humana) de los trabajadores, garantizando que siempre estén disponibles para atender al volumen de demandas de la plataforma, que funciona de modo permanente y en horario integral, incluso en un modelo de trabajo fragmentado y por demanda.

Otro aspecto relevante en el trabajo en plataformas digitales es el que dice respecto a los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores —riesgos físicos y psicosociales— en virtud de las condiciones de trabajo peculiares y desprotegidas, las cuales suponen jornadas extensas y sin intervalos, incluso a la baja remuneración que ofrece el modelo (por demanda), corroborado por un algoritmo ajustado para extraer el máximo de horas y activación de los trabajadores, lo que es esencial para el buen funcionamiento de la plataforma. Aunque las condiciones de trabajo no siempre sean uniformes, dada la variedad de los modelos de plataformas digitales, es posible destacar características comunes en materia de salud y

[178] GINÈS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, p.32.
[179] MERCADER UGUINA, *Inteligencia Artificial y relaciones laborales*, p.1118.
[180] VIDIGAL, op. cit., p. 225 e 233.

seguridad laboral. La Directiva (UE) 2024/2831 protege la salud -física y mental- y la seguridad en el trabajo en las plataformas, especialmente en lo que respecta a los riesgos de accidentes laborales, psicosociales y ergonómicos, exigiendo medidas adecuadas de prevención y protección, además de garantizar los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores (art. 12).

En ese cuadro, ROSENBAUM CARLI resalta las preocupaciones en la cuestión: la sobrecarga de trabajo, en función de la espiral que condiciona una mejor reputación a la aceptación del mayor número de demandas; la ausencia de una garantía mínima o continua de trabajo y, por lo tanto, de contraprestación e ingresos; los riesgos físicos derivados de la mala postura corporal mantenida durante largos períodos, de los movimientos repetitivos, de la falta de condiciones ergonómicas adecuadas, de la manipulación de cargas y del uso prolongado de aparatos electrónicos, incluso pantallas de visualización, lo que resulta en trastornos del sistema musculoesquelético; los riesgos psicosociales, habida cuenta de que las nuevas tecnologías intensifican muchísimo el trabajo, exigiendo una conectividad permanente y la fragmentación del trabajo (distribuido en microtareas vinculadas a una remuneración, demandándose largas jornadas para alcanzar una remuneración digna, que, por otra parte, también es susceptible a un sistema de evaluación puesto a disposición de los usuarios del servicio), generando problemas como ansiedad, tecnoestrés y la adicción al trabajo; la transferencia al trabajador, supuestamente autónomo, de las medidas y cargas relativas a la prevención de los riesgos, sin que él o ella tengan conocimiento ni condiciones técnicas y económicas de aplicarlas, incluso debido a la baja remuneración, lo que hace que el trabajador no utilice equipos de protección o busque versiones más baratas —que agravan la exposición al riesgo— para que su ingreso mensual (ya diminuto por las tarifas practicadas por la plataforma) no se vea afectado. Se ahondará en este relevante tema en el tercer capítulo de esta tesis, cuando se analicen, de forma amplia y abarcadora, la salud y prevención de los riesgos laborales en el trabajo digital.[181]

Los impactos sociales del trabajo en plataforma se hacen patentes cuando se examina la realidad. En la encuesta nacional realizada por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística – IBGE, en el cuarto trimestre de 2022, sobre el trabajo realizado por medio de plataformas digitales, en ese año, se observó un crecimiento del trabajo plataformizado, el cual representaba cerca del 1,7% de la población ocupada en el sector privado brasileño (aproximadamente 1,49 millón de trabajadores plataformizados). De ese porcentaje, un 52,2%

[181] ROSENBAUM CARLI, p. 263.

correspondía a trabajadores ocupados en aplicaciones de transporte de pasajeros y un 38,3%, a trabajadores que actuaban en actividades de reparto de mercaderías. El ingreso promedio de los trabajadores de las plataformas fue superior (en un 5,4%) al de los demás trabajadores, llegando a un 30% entre los trabajadores con menor escolaridad, lo que no significa una remuneración mayor, ya que los trabajadores en plataformas tendían a tener jornadas de trabajo más extensas (desreguladas): en promedio, trabajaban 6,5 horas semanales más que los demás trabajadores.[182] Esos datos indican, de hecho, un estándar remuneratorio inferior que, además, demanda un mayor número de horas trabajadas.

En cuanto a la relación entre escolaridad e ingreso, esta denota que, cuanto más alto es el nivel de escolaridad, menor es el patrón remuneratorio: en efecto, la investigación arrojó que el ingreso de los trabajadores plataformizados con nivel superior completo era un 19,2% inferior con relación a los demás trabajadores. Esto indica que se trata de un trabajo realizado mayoritariamente por personas con niveles de escolaridad más bajos, a las cuales se les ofrece una oportunidad de ingreso más significativo; tanto es así que la mayoría de los trabajadores en plataformas cuentan con enseñanza media completa o superior incompleta (61,3%). Por último, la investigación revela una elevada tasa de informalidad en ese sector, pues más del 60% de los trabajadores de las plataformas no realizan aportes para la previsión social, quedando desprotegidos en términos de derechos laborales y sociales, perpetuándose, así, el ciclo de informalidad.[183]

Aunque Eurostat realizó una encuesta piloto (preliminar, a pequeña escala) sobre plataformas digitales en 2022, que abarcó 17 países[184], España no participó de la recogida de datos, resultando en la ausencia de esta estadística. No obstante, la encuesta detectó un predominio de trabajadores varones, de hasta 30 años y con mayor propensión a estudios de nivel superior, con más de la mitad de los trabajadores declarando unos ingresos -provenientes de la plataforma- inferiores a la cuarta parte del total de sus ingresos personales y que no estaban cubiertos en situaciones de desempleo, enfermedad o accidente.[185]

---

[182] Mientras la Constitución brasileña establece una jornada máxima de 44 horas semanales, los trabajadores en plataformas cumplirían, en promedio, jornadas superiores a las 50 horas semanales.

[183] IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA)**.** *Teletrabalho e trabalho por meio de plataformas digitais: pesquisa realizada por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)*. 4º trimestre de 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponible en: https://www.ibge.gov.br. Consultado el 11 oct 2024.

[184] Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Francia, Italia, Chipre, Letonia, Hungría, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Finlandia.

[185] EUROSTAT. *Employment statistics - digital platform workers.* Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?oldid=605562**.** Consultado el: 11 out. 2024.

CARELLI y OLIVEIRA sintetizan acertadamente los elementos que diferencian las plataformas de prestación de determinados servicios (específicamente, las plataformas de transporte de pasajeros) de los modelos de mera intermediación digital (*marketplace*). Los autores sostienen que, en el primer modelo, existe un vínculo, ya que en él se promueve la disciplina y el control de toda la prestación de servicios y la gestión automatizada de los trabajadores:

> Por ejemplo, con respecto a las plataformas de transporte de pasajeros, no hay cómo considerar como "marketplace" una empresa que: 1) realizaun estricto control de los automóviles que realizan el servicio final, no solo en puntos relacionados con sus requisitos, sino también realizando inspecciones en los vehículos; 2) realiza un rígido control de los conductores que prestan los servicios de transporte, incluso ofreciéndoles entrenamiento y capacitaciones de actualización y obligándolos a someterse a pruebas toxicológicas; 3) impone unilateralmente el precio del servicio de transporte, teniendo como abordaje de negocio ofrecer servicios de transporte más baratos; 4) monitorea todo el tiempo la prestación de los servicios de transporte por medio de geolocalización; 5) exige autorización previa para la prestación de servicios por parte de los choferes, como en el caso de largas distancias; 6) determina el trayecto que realizará el conductor; 7) mantiene sectores creados para la calidad y seguridad en la prestación del servicio de transporte; 8) ofrece un servicio de transporte corporativo a empresas y no a clientes individuales directos, vendiendo su servicio como de transporte y permitiendo a los clientes empresariales el monitoreo de los viajes; 9) proporciona directamente insumos para la prestación de servicios de transporte, como botellas de agua personalizadas con la logomarca de la empresa; 10) realiza un rígido control de la calidad de la prestación de servicios por medio de los conductores, sirviéndose de las evaluaciones unilaterales realizadas por sus clientes. (traducción propria)[186]

El mismo planteamiento ha sido adoptado por la Unión Europea al establecer la presunción legal de relación laboral en el trabajo en plataformas digitales, cuando existan indicios de dirección y control, correspondiendo a la plataforma la prueba en contrario, según dispone el artículo 5 de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024. Esta misma norma impone el deber de garantizar la correcta identificación del estatuto profesional, basándose en los hechos relacionados con la ejecución efectiva del trabajo, en especial el uso de sistemas automatizados de control y toma de decisiones en la organización del trabajo (art. 4).

El contrapunto esgrimido por quienes defienden que ese trabajo tendría una naturaleza autónoma parte de la premisa de un encuadramiento de la actividad como de auténtica intermediación (de bienes o servicios) o como proveedora tecnológica, centrada en la creación de la tecnología y prestación de servicios informáticos. Superada esa premisa, o aun cuando se reconoce la naturaleza de la actividad de la plataforma correspondiente a los servicios

[186] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 56-8.

realizados por los prestadores, se suelen abordar aspectos como los de la libertad de horario y de activación y desactivación en la aplicación, sin necesidad de justificar ausencias, además de la posibilidad de rechazar pedidos, lo que se traduciría en autonomía del trabajador, o sea, en una libertad para definir cómo, cuándo y dónde trabajar (véase *Sentencia 715/2019, de 19 de septiembre de 2019, del TSJ de Madrid).*[187] También se encuentran argumentaciones que apuntan la ausencia de habitualidad en la prestación del servicio y el carácter personal de la realización del trabajo, que involucra la utilización de los medios materiales (titularidad de algunos instrumentos) y la asunción de costos y riesgos por parte del trabajador, la remuneración por servicio y la no exclusividad.

Sin duda, la tecnología y estos nuevos modelos de negocio —y formas de organizar el trabajo— presentan, a nivel individual, algunas características (especialmente en términos de libertad y autodeterminación) tradicionalmente vinculadas al trabajo autónomo, desafiando la comprensión de los elementos de la relación laboral, bajo las directrices clásicas del siglo XX.

No obstante, a nuestro juicio, esos argumentos son insuficientes para confirmar el trabajo por cuenta propia, habida cuenta de las referidas características de funcionamiento de las plataformas digitales de servicios, que actúan en los mercados específicos de cada actividad y mantienen un control riguroso sobre todo el proceso productivo, como se ha mostrado a lo largo de esta sección. Empezando por la alegación sofística de suministro de servicio tecnológico, puesto que, sin trabajadores, las aplicaciones simplemente no funcionan; inactivas, se vuelven inútiles. Microsoft, al poner a disposición sistemas como Windows y softwares como Word y Excel, proveen productos y servicios de tecnología que se prestan y funcionan (e incluso se cobran) por sí mismos, sin depender de un trabajador intermediario en la relación con el usuario de la tecnología ni siquiera para concretar el servicio, no importando el uso que se le dé a la tecnología ni si se la usa para fines personales, residenciales o profesionales.

Por lo tanto, se trata de situación diversa de la existente en las plataformas digitales de servicios, que dependen de trabajadores para su existencia y funcionamiento; sin la intervención de los trabajadores, la aplicación (y la tecnología) pierde toda su utilidad. Se puede adoptar un raciocinio similar con respecto a la mencionada libertad de trabajo, en especial en cuanto al tiempo y al espacio, ya que existe una libertad condicionada en virtud de diversos elementos establecidos por la empresa que reflejan el direccionamiento, control y la supervisión

[187] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia 715/2019, de 19 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0fedce5dcc805f51/20191106

de la prestación laboral —generalmente a través de sistemas automatizados—, como la definición de las condiciones de los servicios prestados (vehículo, rutas), la fijación dinámica del precio, la administración de los pagos, el control por parte de los usuarios (sistemas de evaluación), el poder disciplinario (disminución de la demanda o incluso suspensión y exclusión unilateral de la plataforma), en una situación en la cual todos los actores se relacionan exclusiva y directamente con la propia plataforma.

No se comparte la visión de que la ausencia de jornadas fijas o predeterminadas conduce a una falta de habitualidad, pues se trata de una subsunción teórica que no corresponde a la realidad, puesto que quienes trabajan para plataformas lo hacen diaria o semanalmente, o sea, habitualmente. Ningún trabajador, después de enfrentar todo el proceso de registro en la plataforma y obtener los equipos necesarios, ejecutará una única prestación de servicios y, en seguida, suspenderá sus actividades durante un largo período, realizándola de manera esporádica, ocasional y aislada. Cabe recordar que la habitualidad no es un criterio cuantitativo (número de horas o días, o actividad ininterrumpida), sino que resulta de la realización regular y frecuente de determinado trabajo. Se ahondará en estos puntos en el próximo capítulo, cuando se aborden los elementos de la relación de empleo en el contexto de las transformaciones tecnológicas y nuevas formas (digitalizadas) de trabajo.

En términos generales, hablamos de empresas que logran prestar servicios a precios más bajos que los practicados en el mercado existente hasta el momento en el que ingresan a él (con lo cual obtienen una adhesión masiva de consumidores), no solo en virtud de la tecnología, sino, sobre todo, por externalizar costes y estructuras (sobre todo, los de plantilla, tributos, sedes y equipos) y maximizar su propia retribución, eliminando la posibilidad de competencia fuera de ese modelo de negocio.

Como lo señalan CARELLI y OLIVEIRA, "(...) la gran cantidad de trabajadores a disposición de las plataformas permitió la mayor eficiencia del servicio prestado y su abaratamiento en función de la competencia de todos contra todos en régimen de explotación directa y desprotegida", que se sirve de "(...) una masa de desempleados que obtienen algún ingreso en el subempleo en plataforma" (traducción propria).[188] La tecnología y la automatización en esas empresas ha generado una concentración de control sobre todos los aspectos del trabajo, pero con difusión de la responsabilidad. Por todos esos elementos, el modelo de plataforma se expande de modo exponencial, habiéndose quintuplicado en la última

[188] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 22.

década, a pesar de mantener matrices en pocos países, de forma concentrada, lo que también sucede con respecto a los ingresos.[189]

Resulta oportuno recordar la noción de tecnologías extractivas de TODOLÍ SIGNES, anteriormente abordada. El autor destaca que, a medida que se multiplican y se toleran empresas que triunfan en el mercado por medio del uso de tecnologías extractivas, disminuyen tanto la existencia como los incentivos para el surgimiento de empresas que inviertan en tecnologías productivas o generadoras de valor, concluyendo así su argumentación:

> Si las empresas ineficientes pueden sobrevivir en el mercado gracias a la explotación de trabajadores mediante algoritmos extractivos, los incentivos para que otras empresas inviertan en tecnologías creadoras de valor serán nulos. Esto es, debido a que las empresas no podrán sacar los réditos merecidos de su inversión al tener que competir con otras empresas que han reducido los precios de sus productos no por ser eficientes, sino por externalizar sus costes (a la sociedad o sobre el propio trabajador).[190]

En el preámbulo de la Directiva (UE) 2024/2831 se hace la misma observación:

> En particular, el trabajo en plataformas puede provocar la imprevisibilidad de las horas de trabajo y puede difuminar los límites entre una relación laboral y una actividad por cuenta propia así como las responsabilidades de los empleadores y las de los trabajadores. La clasificación errónea de la situación laboral tiene consecuencias para las personas afectadas, pues es probable que restrinja su acceso a los derechos laborales y sociales vigentes. También genera desigualdad de condiciones con respecto a las empresas que clasifican correctamente a sus trabajadores, y tiene implicaciones para los sistemas de relaciones laborales, la base imponible, y la cobertura y sostenibilidad de los sistemas de protección social de los Estados miembros. Aunque esos desafíos cubren más aspectos que el trabajo en plataformas, son especialmente graves y apremiantes en la economía de las plataformas.

Las preocupaciones van más allá del campo laboral, puesto que el modelo de las plataformas digitales impone desafíos económicos, éticos y sociales, como el acentuado consumo digital, la creación de monopolios digitales, la influencia sobre los comportamientos sociales, la diseminación de noticias falsas y desinformación, las burbujas sociales y digitales, la influencia política y electoral, la exclusión —e inclusión— digital, la transparencia, el acceso a la información y la protección de datos, la regulación y los estándares de conformidad, la responsabilidad social y ambiental, entre tantos otros.

No obstante, a pesar de los impactos y desafíos impuestos por esos nuevos modelos (disruptivos) de negocios amparados en las nuevas tecnologías, especialmente con

---

[189] OIT. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: el papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Ginebra: OIT, 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--pt/index.htm

[190] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p.27.

respecto al Derecho del Trabajo, se mantiene la premisa establecida en el primer capítulo en cuanto a que las nuevas tecnologías constituyen, en general, una transformación positiva para la sociedad, con potencial para mejorar las condiciones de vida de las personas, habiendo nuevas oportunidades y aspectos positivos en esos modelos de plataformas digitales, siempre en función de su forma de utilización.

A título ilustrativo, es posible destacar: el acceso facilitado (y rápido) a productos y servicios —incluso por la reducción del precio y del coste—, los cuales abarcan a una gama mayor de consumidores que, en otras circunstancias, no tendrían condiciones de disfrutarlos; la modificación del mercado y de sectores tradicionales, que exigen de los competidores (empresas convencionales) una adaptación en el sentido de cualificar el producto o servicio que ofrecen y reducir los márgenes de ganancia; la posibilidad de conciliación de la vida personal y profesional de los trabajadores a partir de la posibilidad de una mayor autonomía temporal y espacial en la actividad laboral; el incentivo a la innovación tecnológica y a la creación de nuevas soluciones para problemas históricos y actuales; la sostenibilidad y el consumo consciente, cuando las plataformas aprovechan recursos y activos infrautilizados (como aplicaciones de transporte compartido o reventa de productos usados); el desarrollo de nuevas habilidades digitales por parte de las personas a partir del uso constante de dichas herramientas y dispositivos; entre otros.

Incluso con respecto al trabajo, la tecnología utilizada por las plataformas permite ampliar el acceso al trabajo a determinados grupos históricamente segregados o marginados (excluidos, minorías, personas con discapacidad) o, aun, residentes en determinadas zonas geográficas más remotas (descentralización y diversificación de la economía).[191] Todo eso, no obstante, no elimina —sino que refuerza— la necesidad de una adecuación del tratamiento dado a los trabajadores en esta realidad digital, en aras de un trabajo protegido y decente.

Estas transformaciones y nuevas formas de trabajo, especialmente el trabajo digital, ponen de manifiesto el desafío apremiante de conciliar la libertad y flexibilidad exigidas por las empresas y por el mercado globalizado (pero a menudo utilizadas para generar incertidumbre sobre la cualificación jurídica del trabajo) con la necesidad de seguridad y claridad de la situación laboral de los trabajadores, especialmente en lo que se refiere a sus derechos y protección social. La convergencia entre la infraestructura de las plataformas y la gestión por algoritmos ha desafiado las normas y el sistema de protección laboral, exigiendo

[191] ROSENBAUM CARLI, p. 45.

una adecuación de los paradigmas tradicionales con vistas a conciliar la innovación tecnológica y el Derecho del Trabajo. A fin de cuentas, la complejidad resultante del universo de realidades heterogéneas, incluso dentro de la misma plataforma digital, no puede servir como excusa para la desregulación o el estancamiento. Al mismo tiempo, es necesario reconocer que ninguna de las figuras tradicionales (una división binaria y rígida entre trabajadores autónomos o empleados), concebidas en otra época y contexto, atenderán adecuadamente a estas nuevas realidades laborales. La solución pasa por nuevas regulaciones o comprensiones que adapten las normas laborales a esa coyuntura, con garantía de derechos.

5. ASPECTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DEL TRABAJO EN LA ERA TECNOLÓGICA

A pesar de que se lo suele tratar como un beneficio para el trabajador, en la medida en que fomenta el equilibrio entre la vida personal y la profesional, el trabajo digital en sentido amplio presenta aspectos positivos y negativos o ventajas y preocupaciones para los trabajadores, empleados y para la sociedad como un todo.

Como aspectos positivos o ventajas, se suelen mencionar:

- la disminución de tiempo y de los gastos con desplazamientos y lugares de trabajo, como también de los impactos ambientales, especialmente en lo que se refiere a las fuentes energéticas y a la menor contaminación, además de la consiguiente reducción del tránsito y del número de accidentes correlacionados;
- la reducción de los costos empresariales relacionados con el lugar de trabajo e instalaciones, como el alquiler, los gastos comunes, las tasas inmobiliarias, la energía eléctrica, la seguridad, el mobiliario, el mantenimiento, los desplazamientos, equipos de infraestructura, materiales, estacionamiento, etc.
- la accesibilidad para personas con alguna limitación y la ampliación general del acceso al mercado;
- las nuevas oportunidades de trabajo promovidas por lo irrelevante de la dirección física de la empresa o del trabajador, así como las facilidades en la gestión empresarial;
- la flexibilidad horaria y la autonomía organizativa;

- el aumento de la calidad de vida de los trabajadores, que pasan a tener más motivación y tiempo para la familia, el cuidado de los hijos o la realización de tareas personales, lo cual reduce los niveles de estrés;
- la mayor comodidad en el trabajo, tanto por el lugar (propio y personalizado) como por la vestimenta que usa el trabajador, de su elección;
- el aumento de la productividad y de la innovación: esta organización productiva más racional permite generar más y mejores productos y servicios, promoviendo, al mismo tiempo, menor distracción y estrés de los trabajadores y una mejoría en sus condiciones de trabajo y de vida;
- la reducción del absentismo, especialmente en los casos de flexibilidad horaria, y de los conflictos en el ambiente laboral;
- la retención de talentos (o, aun, de mano de obra en general), en situaciones personales o familiares que demanden del trabajador una mudanza de ciudad o región;
- la descentralización geográfica, la cual permite amenizar la intensa aglomeración en centros urbanos (e, incluso, reducir los costos con vivienda en esos lugares) y promover un nuevo equilibrio demográfico mediante el poblamiento de zonas rurales o comunitarias, las cuales pasan a recibir nuevas inversiones y a tener mejor infraestructura ante la posibilidad de realizar diversos trabajos a partir de esas zonas (tanto que la *Ley nº 10/2021*, en su exposición de motivos, alude al teletrabajo como oportunidad para favorecer zonas rurales); y
- la reducción de los impactos resultantes de elementos externos o de situaciones de emergencia, especialmente de naturaleza climática, como temporales o inundaciones, o de movilizaciones sociales, como protestas, marchas y huelgas; entre otros.

Y, más recientemente, tras la experiencia de la pandemia de la Covid-19, no se puede ignorar el relevante papel del teletrabajo como medida de enfrentamiento de endemias, pandemias y crisis sanitarias siempre que sea necesario. En el mismo sentido, cabe puntualizar que, durante la elaboración de esta tesis en 2024, la zona de Brasil en la que vive el autor (Provincia del Rio Grande do Sul) pasó por una de las más graves y severas inundaciones, clasificada como una de las catástrofes climáticas más grandes de la historia del estado, la cual

resultó en más de un centenar de muertos y cientos de miles de personas evacuadas, afectó el acceso y dejó diversas ciudades aisladas (por ejemplo, la capital del estado quedó sin aeropuerto, que se inundó también). El enfrentamiento de esta crisis dependió, también, de un imprescindible y eficiente trabajo remoto y del uso de herramientas digitales por parte de diversas instituciones, órganos, empresa y gobierno. En octubre de ese mismo año se produjo un episodio similar en España, que asoló grave y tristemente pueblos de Valencia. Junto a tantos otros acontecimientos, la influencia e importancia del cambio climático en la transformación digital es evidente, y se requiere que las nuevas tecnologías desempeñen un papel vital en la mitigación de los efectos del cambio energético y climático y en la adaptación a una economía descarbonizada.

Por otro lado, existen preocupaciones o aspectos negativos del trabajo digital, como:

- la intensificación y sobrecarga de trabajo, que se vuelve omnipresente, lo que hace que las personas trabajen más horas por día y permite que se las monitoree más y se les exija productividad y resultados;
- la vigilancia permanente y los controles virtuales invisibles, los que conllevan un acentuado riesgo de invasión de la privacidad y de la intimidad;
- la no distinción entre la vida personal y la profesional, lo que produce una agudización de los conflictos familiares y también problemas derivados de la hiperconexión y de la no desconexión;
- el aumento de los gastos domésticos (energía eléctrica, agua, muebles, equipos, climatizadores, materiales de oficina, agua, café, refrigerios, etc.), no siempre fácilmente medibles y resarcidos;
- el deterioro del ambiente y de las condiciones de trabajo, por la falta de estructura y dificultad en la organización de ambientes tan fragmentados;
- las interrupciones inusitadas derivadas del ambiente familiar o de cortes eléctricos o de internet;
- la ampliación de los riesgos laborales, en especial de los aspectos ergonómicos y de salud mental, la cual promueve el surgimiento o agravamiento de nuevas enfermedades profesionales;
- las dificultades relativas a la protección de datos, que se vuelven más accesibles en sistemas y dispositivos fragmentados;

- el aislamiento del trabajador, que conlleva pérdidas de oportunidades en la carrera y del sentido de colectividad o cohesión, incluso del vínculo y de la identidad empresarial, además de dificultades para el trabajo en equipo, relativas a la sinergia y para actividades que demanden contacto personal;
- el sedentarismo y la falta de ejercicios físicos;
- la carencia de comunicación, de vínculos y de la convivencia profesional;
- la fragmentación y la desmovilización sindical y colectiva;
- la sustitución del vínculo de empleo por el falso estatus de trabajadores autónomos y la precarización del régimen de empleo y de las condiciones de trabajo, lo que implica una mayor dificultad de fiscalización laboral debido al carácter difuso de los ambientes laborales;
- la necesidad de inversiones en formación profesional para el enfrentamiento de una realidad aun presente de analfabetismo digital, así como inversiones en equipos tecnológicos e infraestructura telemática;
- la inseguridad digital (en el tratamiento de datos e información) y dificultades para la seguridad y el mantenimiento del buen estado de los equipos y sistemas informáticos de la empresa y para la preservación de datos e información sigilosa o confidencial, visto que estos circulan de forma más abierta y accesible;
- la pérdida de derechos históricamente conquistados (licencias, limitación de la jornada y descansos, etc.)
- la falta de accesibilidad a toda la infraestructura tecnológica o su carencia en determinadas zonas geográficas más lejanas o económicamente menos favorecidas; entre otros.

Un buen ejemplo de la complejidad y ambivalencia de las cuestiones inherentes al trabajo digital radica en la figura creciente del nomadismo digital. El trabajador nómada digital, como lo sugiere la propia expresión, es aquel que no posee un lugar fijo para trabajar, prestando sus servicios desde cualquier lugar que él elija, fuera del lugar del empleador, dada esa posibilidad por la realización del trabajo por medios telemáticos y digitales. También se considera nómada digital el trabajador que, por opción propia, está en

constante desplazamiento.[192] Esta figura retrata bien una tendencia del mundo globalizado y digitalizado en el cual la movilidad internacional se ha vuelto no solo posible, sino también atractiva para muchos trabajadores, debido a los más diversos intereses (personal, familiar, financiero, social, educativo…). La ley española, incluso, atendiendo al marco europeo, prevé una visa de residencia para teletrabajadores internacionales.[193]

Esa versatilidad en cuanto a la elección del lugar (o lugares) de residencia o, aun, a la posibilidad de no tener un lugar fijo, independientemente del establecimiento de la empresa contratante, ha sido buscada o exigida por algunos trabajadores. Por otro lado, ese modelo plantea una serie de dudas, incluso por la parca regulación, empezando por la legislación aplicable a ese contrato de trabajo desterritorializado (o "multiterritorializado"), en virtud de que el trabajo se puede realizar en diversos países, chocando con las normas actuales de Derecho internacional privado sobre la ley aplicable a los contratos de trabajo, basadas en la territorialidad. Esto ha aumentado la inseguridad jurídica con respecto a las normas laborales incidentes y ampliado los riesgos de una menor protección laboral (y de la práctica de *dumping social*), como se verá más adelante, en el tercer capítulo de esta investigación, cuando se aborde el tema de la territorialidad en el trabajo a distancia. De cualquier manera, la propia OIT ya ha advertido: el teletrabajo aumenta la intensidad del trabajo, la probabilidad de conflictos entre el trabajador y su familia y los niveles de estrés, pudiendo afectar el bienestar de los trabajadores.[194]

Es necesario sopesar que la cualificación de esas características del trabajo digital como ventajosas o desventajosas no debe ser estanca, sino analizada de modo dinámico y contextualizado. Algo que puede representar una ventaja para el trabajador puede significar una desventaja para el empleador y viceversa; o un desafío para la sociedad y los gobiernos. Además, ese encuadramiento como ventajoso o no también varía de acuerdo con la modalidad de teletrabajo y con algunos factores relacionados a la forma de organización del trabajo o a las condiciones de la prestación (a distancia) de los servicios.

Existe un mayor potencial de trabajo remoto para determinadas actividades y puestos de trabajo, como cargos directivos, profesiones de carácter técnico, científico e intelectual, ocupaciones administrativas y aquellas realizadas en oficinas. Por otro lado, hay

---

[192] *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. Disponible en: https://dle.rae.es/. Consulta el 6 may. 2022.
[193] GÓMEZ, Teresa. *Teletrabajo internacional: los nómadas digitales*. XII Edición Premio Jóvenes Laboralistas de Forelab. 2023. p. 3-4. Disponible en: https://forelab.com/home/premios-forelab/xii-premio-jovenes-laboralistas-2023-finalistas/
[194] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

menor potencial de teletrabajo en la industria (como la de la construcción, la de extracción de recursos naturales o logística) y también para trabajadores artesanales.[195] En contrapartida, el teletrabajo es más común para determinadas ocupaciones, como las de periodistas, escritores, contadores, abogados, traductores, intérpretes, programadores y desarrolladores de tecnología; mientras es menos probable para actividades que exigen la presencia física y que son preponderantemente manuales, como las de profesionales de la salud, policías, bomberos, agricultores, camareros, cocineros, conserjes, conductores, peluqueros y así sucesivamente.

Sin embargo, en este estudio no se pretende debatir acerca de la pertinencia del trabajo digital; al contrario, dado que se parte de la premisa de que se trata de una realidad inevitable, con todas sus cualidades y dificultades, se destaca que esa realidad exige una regulación adecuada que permita proteger y promover el trabajo decente en esa modalidad laboral.

Son diversos los temas relevantes relacionados con la nueva realidad sociolaboral, como también lo son las adaptaciones necesarias y los desafíos que plantea, que abarcan desde —y sobre todo— la caracterización de la relación de empleo hasta aspectos de la vida diaria laboral. Es necesario asegurar la igualdad de condiciones con respecto al trabajo presencial (isonomía normativa), la protección de datos, la infraestructura y los equipos necesarios, las condiciones saludables del medio ambiente laboral (salud y seguridad laboral), los límites de la jornada, la desconexión digital, la formación y cualificación del trabajador y el respeto por sus derechos colectivos y sindicales. ¡Manos a la obra!

[195] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José. *Derecho del trabajo digital*: *trabajo a distancia y teletrabajo*. Albacete: Bomarzo; 2022. p. 25.

CAPÍTULO II. LA DIGITALIZACIÓN Y LAS NOTAS DE LA RELACIÓN LABORAL

1. MARCO LEGAL

En el mundo entero se hacen referencias cotidianas a la expresión "empleo", generalmente en referencia al trabajo subordinado o dependiente. Sin embargo, no se trata de un concepto unísono, puesto que existen variaciones significativas dependiendo de cada cultura y orden jurídico, más allá de la dimensión global de la cuestión.

En el plano internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no sistematiza un concepto de relación de empleo ni tiene una convención específica sobre la materia, remitiendo la tarea de esa definición a las legislaciones nacionales. A pesar de eso, en 2006, adoptó la *Recomendación n.º 198*[196] sobre la relación de trabajo, centrada en las relaciones encubiertas y en la necesidad de garantizar a los trabajadores la debida protección legal.[197] Así, ese instrumento promocional representa una importante respuesta internacional y un hito en el debate sobre el ámbito y la aplicación de la relación de trabajo, estimulando a los países a la creación progresiva de políticas nacionales para el enfrentamiento de la materia de acuerdo con cada realidad.

La *Recomendación n.º 198* de la OIT orienta a los Estados miembros en la elaboración de un concepto adecuado de relación de trabajo. Por ejemplo, refuerza la presunción legal de existencia de la relación de empleo (apartado 11) y menciona algunos factores indicativos de esa relación jurídica (apartado 13). El preámbulo de la *Recomendación* destaca que la legislación laboral ofrece una protección vinculada a la existencia de una relación de empleo, cuyos parámetros deben ser claros y estar bien definidos con vistas a superar las dificultades relacionadas con las dudas acerca de los derechos y obligaciones de las partes y también los intentos de ocultar la relación de trabajo. La norma resalta, además, la necesidad de que esa protección sea accesible a todos, en especial a los trabajadores más vulnerables, enfatizando que las dudas relativas a la definición de la relación de trabajo se deben dirimir de una forma que permita garantizar la competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de empleo, cuestión que se vuelve aun más crucial en el marco de la prestación de servicios transnacionales.

---

[196] Cabe recordar que este tipo de instrumento no tiene naturaleza de tratado internacional ni obliga a los Estados miembros; solo sirve de orientación e inspiración para los países, complementando los Convenios.

[197] OIT. *Recomendación nº 198*, de 2006. Relativa a la Relación de Trabajo. Disponible en: https://normlex.ilo.org. Consultado el: 06 jun. 2022.

La sección II de la *Recomendación nº 198* de la OIT aborda los criterios para determinar la existencia de una relación de empleo. Aunque no presente un concepto de relación de empleo —ni tampoco pretendiera hacerlo, puesto que esa es una materia de ámbito nacional—, su finalidad fue la de aportar orientaciones para los Estados miembros que los pudieran ayudar en la elaboración de un concepto adecuado de relación de trabajo en las legislaciones nacionales, motivo por el cual la norma analiza la cuestión en términos generales y menciona algunos indicadores en la identificación de la relación de empleo. Así, la norma recomienda que se establezca una presunción legal de la existencia de la relación de empleo cuando estén presentes algunos indicios; y, también, que se determine que trabajadores con ciertas características se consideren empleados o autónomos (apartado 11). Además, la *Recomendación* apunta indicios de la existencia de la relación de trabajo (apartado 13), como el trabajo realizado según las instrucciones y bajo el control de otra persona; la integración del trabajador en la organización de la empresa; el trabajo efectuado únicamente o en su mayor parte en beneficio de otra persona; la actividad ejecutada personalmente por el trabajador en horario determinado o lugar definido por quien contrata el servicio; el trabajo que tenga cierta duración y continuidad o que demande la disponibilidad del trabajador; la concesión, por el contratante, de las herramientas, materiales y máquinas para la realización de la actividad; el pago de una remuneración periódica que constituya la única o principal fuente de ingreso del trabajador; la ausencia de riesgos financieros para el trabajador.

Los estudios realizados con ocasión de la elaboración de la *Recomendación nº 198* de la OIT señalaron que el ámbito de aplicación de la relación de trabajo constituye un problema dinámico y con diversas facetas, un fenómeno complejo y creciente, con la posibilidad de soluciones diversas y la necesidad de evolución constante, aunque se constate la presencia de muchos elementos y tendencias comunes en los distintos países y regiones.[198]

Además de la *Recomendación nº 198*, existen Convenios de la OIT que tratan sobre la protección y promoción del empleo, pero sin detenerse en el concepto de relación de empleo. Es el caso, por ejemplo, del *Convenio nº 122* (1964), que trata de la política de empleo[199]; del *Convenio nº 168* (1988), que trata da promoción del empleo y la protección

[198] OIT. *La relación del trabajo.* Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. p. 55. Disponible en: https://www.ilo.org.
[199] Ratificada por España (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 1972) y por Brasil (*Decreto n. 66.499*, de 27 de abril de 1970).

contra el desempleo[200]; y del *Convenio nº 158* (1982), que trata de la protección contra el despido arbitrario.[201]

Lo mismo se verifica con respecto a las declaraciones sobre el trabajo decente, siendo especialmente relevante la *Declaración de la OIT Sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de 1988 (libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil; y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación), modificada en 2022 para añadir un quinto principio correspondiente a un entorno de trabajo seguro y saludable. Además, la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019), al actualizar y complementar la Declaración de 1998, aborda los retos que plantean las transformaciones en la esfera del trabajo, en particular en el contexto del cambio tecnológico, demográfico y climático. La Declaración aborda la cuestión del trabajo decente en un mundo digital, reafirmando el compromiso global de moldear el futuro del trabajo con vistas a promover la justicia social, la paz y el trabajo decente para todos.[202] Por último, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), al reconocer los efectos ambivalentes de la globalización -que ha impulsado el progreso económico y la innovación, pero ha aumentado las desigualdades, el desempleo y la informalidad-, institucionalizó el concepto de trabajo decente, estructurado en torno a cuatro pilares fundamentales: la promoción del empleo, la ampliación de la protección social, la promoción del diálogo social y el tripartismo, y el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.[203]

No obstante, en un estudio elaborado por la OIT, la relación de trabajo es definida de esta manera:

> En términos generales, la relación de trabajo establece un vínculo jurídico entre una persona que realiza un trabajo y la persona en cuyo beneficio es realizado ese trabajo a cambio de una remuneración, bajo ciertas condiciones establecidas en la legislación y la práctica nacionales.[204]

---

[200] Ratificada por Brasil (*Decreto Presidencial n. 2.682*, de 21 de julho de 1988), pero no ratificada por España (https://normlex.ilo.org).

[201] Ratificada por España (BOE, núm. 155, de 29 de junio de 1985), y, a pesar de haber sido ratificada en un primer momento, fue denunciada por Brasil en 1996.

[202] OIT. *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf. Consultado el: 11 sep. 2024.

[203] OIT. *Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa.* Ginebra: OIT, 2008. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf. Acceso en: 11 dic. 2024.

[204] OIT. *La relación del trabajo.* Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. p. 19. Disponible en: https://www.ilo.org.

Esta acepción permanece genérica, como se constata en los instrumentos normativos internacionales, remitiendo a las legislaciones nacionales la tarea de establecer los parámetros definidores de la relación de trabajo.

En el ámbito de la Unión Europea (UE), desde los tratados constitutivos las competencias de la UE abarcan disposiciones relacionadas con el trabajo y el empleo, como las que se encuentran en los artículos 2º y 3.2 del *Tratado de la Unión Europea* (TUE) y en los artículos 45 a 48 (sobre libre circulación de personas, servicios y capitales), 145 a 150 (sobre empleo), 151 a 161 (sobre política social) y 166 (sobre educación, formación profesional, juventud y deporte) del *Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE). Sin embargo, son disposiciones limitadas a la regulación de las competencias normativas europeas en materia laboral (Derecho originario), dejando a cargo del Tribunal de Justicia (TJUE) la definición de la relación laboral, a partir del Derecho derivado (directivas de la UE), además de la propia responsabilidad de los Estados miembros de legislar sobre la materia.

Por lo tanto, a semejanza de lo que sucede en el plano internacional, los instrumentos comunitarios europeos establecen protecciones para los trabajadores sin tratar específicamente sobre los elementos o la caracterización de la relación de empleo. Por ejemplo, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE) de 2000, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 del TUE) y eficacia jurídica vinculante (a partir de 2009), constituye un verdadero hito en la protección de los derechos humanos —civiles, políticos, económicos y sociales— en la Unión Europea, abarcando, también, el ámbito laboral.[205] En efecto, en ella se promueven los derechos y principios fundamentales de una relación de empleo justa y digna, como la no discriminación (arts. 21 a 23), la protección contra el despido arbitrario (art. 30), la negociación y la acción colectiva (art. 28), las condiciones equitativas de trabajo (art. 31) y la conciliación de la vida familiar y profesional (art. 33), entre otros, como forma de contribuir a la definición y a la protección de la relación de empleo. En el mismo contexto, aunque menos amplia y con diferente *status* jurídico, la *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* (1989), adoptada por el Consejo Europeo el 9 de diciembre de 1989, al tratar de empleo y remuneración (apartados 4 a 9),

[205] UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/charter-of-fundamental-rights-of-the-european-union.html. Consultado el: 26 ago. 2022.

garantiza la libertad de ejercicio y elección de una profesión, así como que todos los empleados sean remunerados de forma justa como modo de permitir un estándar de vida decente.[206]

Además, del proprio análisis del derecho fundamental a la libertad profesional (y del derecho a trabajar) y a la libertad de empresa (capacidad de organización y dirección de la actividad) —previstos en los arts. 49 y 56 del TFUE, respectivamente, en la *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* y en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*— se termina desprendiendo el examen, aunque reflejo, sobre la caracterización de la relación de empleo, puesto que son aspectos intrínsecamente relacionados que forman parte de una definición más amplia de derechos y limitaciones que rigen las relaciones de trabajo, reforzando la dimensión y la relevancia de la regulación comunitaria sobre el tema.

Las directivas europeas en materia laboral versan básicamente sobre la igualdad de tratamiento (igualdad salarial, de género y racial, no discriminación, sobre todo en razón de edad, discapacidad, religión u orientación sexual), la regulación de las condiciones de trabajo y de empleo (protección del crédito laboral, ordenación de la jornada de trabajo, seguridad y salud laboral, protección contra despido colectivo, contratos a plazo determinado, sucesión empresarial, etc.) y la participación de los trabajadores en la empresa (comité de empresa, derechos de información y consulta a los trabajadores, entre otros).[207] Ninguna de esas fuentes aborda específicamente la caracterización de la relación de empleo, la cual es definida internamente por cada Estado miembro, presentado variaciones significativas entre los países, lo cual reafirma su carácter heterogéneo y predominantemente nacional. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria resalta que las normas internas no se deben utilizar para impedir o frustrar la aplicación de las directrices europeas, haciendo que la caracterización de la relación de empleo (y la de sus elementos) se vuelva una cuestión perjudicial que se suscita a menudo en casos relacionados con la aplicación de las directivas en materia laboral.[208]

Entre las normas de ámbito europeo, cabe destacar la *Directiva 2003/88/CE*, del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a la duración del trabajo, que establece derechos mínimos sobre la organización de la jornada de trabajo, como

[206] CONSEJO EUROPEO. *Carta Comunitária de los Derechos Sociales Fundamentales de losTrabajadores.* Disponible en: https://on.eapn.pt/wp-content/uploads/Carta-comunitária-Direitos-Sociais-Fundamentais-Trabalhadores.pdf Consultado el: 26 ago. 2022.
[207] MARTÍN VALVERDE, Antonio; GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo.* 32. Ed. Madrid: Tecnos, 2023. p. 115-116.
[208] Idem, p.180.

la duración máxima y los períodos de descansos diarios, semanales y anuales.[209] Aunque no aborde un concepto ni los elementos de la relación de empleo, al versar sobre los límites y condiciones de la jornada de trabajo, esa directiva pone de manifiesto la organización y el control del tiempo de trabajo por parte del empleador, así como la continuidad y estabilidad de la relación —que debe protegerse—, parámetros tradicionales históricamente relevantes en la configuración del trabajo subordinado.

También es importante la *Directiva nº 91/533/CEE*, de 14 de octubre 1991 (aunque actualmente ya no está en vigor, derogada por la Directiva 2019/1152/UE), o simplemente, directiva de la información, que establece los deberes de transparencia en la relación laboral, imponiendo al empleador el deber de informar al trabajador sobre las condiciones esenciales del contrato y de la relación de trabajo.[210] Al imponer que se detallen y comuniquen, de forma clara y por escrito, las principales condiciones (como la identidad de las partes, el puesto de trabajo, la remuneración, la duración y la frecuencia, etc.) y las eventuales modificaciones, la *Directiva* contribuye a la identificación de los elementos de la relación de empleo, definidos en cada legislación nacional, además de reforzar la presunción de *laboralidad* y colaborar en la propia toma de conciencia, por parte de los trabajadores, acerca de sus derechos y deberes.

En la misma línea, la *Directiva nº 2019/1152/UE*, de 20 de junio de 2019, relativa a condiciones de trabajo transparentes y previsibles, que sustituyó a la Directiva 91/533/CEE (ya derogada), reforzó y amplío los deberes de transparencia y claridad establecidos en la *Directiva nº 91/533/CEE*, siendo especialmente digna de nota, en esta directiva, la protección de los trabajadores frente a contratos atípicos y prácticas laborales precarias.[211] La directiva innova al incluir aspectos como la previsibilidad de las condiciones de trabajo, especialmente en lo que concierne a la jornada de trabajo (art. 10º), a los derechos de formación gratuita y obligatoria (art. 13) y a la posibilidad de que el trabajador mantenga empleos paralelos, o a la prohibición de la exclusividad (art. 9º). Así como la normativa precedente, esta directiva refuerza y consolida las garantías de transparencia, estabilidad y

[209] UNIÓN EUROPEA. Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0088. Consultado el: 25 ago. 2022.
[210] UNIÓN EUROPEA. *Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991,* relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31991L0533. Consultado el: 25 ago. 2022.
[211] UNIÓN EUROPEA. *Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la Unión Europea*. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152. Consultado el: 25 ago. 2022.

previsibilidad de las condiciones de trabajo, contribuyendo a la consagración de los elementos típicos de la relación de empleo.

En general, las normas europeas utilizan, en sus instrumentos, expresiones como "trabajo asalariado", "contrato de trabajo", "relación de trabajo" y "trabajador por cuenta ajena", pero sin definirlas o establecer parámetros, dejando a cargo del TJUE definir el concepto de trabajador, además de lo dispuesto en las legislaciones nacionales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al interpretar y aplicar el derecho de la Unión Europea, ha cumplido un papel relevante en la elucidación y pormenorización de los elementos y de la propia naturaleza de la relación de empleo.

A título ilustrativo, el TJUE, al interpretar la *Directiva nº 2003/88/CE* en despacho sobre una cuestión perjudicial (despacho de 22 de abril de 2020, B/Yodel Delivery Network Ltd, C-692/19), abordó los aspectos de la cualificación jurídica de una relación de trabajo que involucraba a un transportador contratado. Al analizar el caso, el Tribunal estableció estos requisitos para considerar un trabajador como independiente: poder recurrir a subcontratados o a suplentes para realizar el servicio; poder rechazar tareas ofrecidas por el contratante; prestar servicios a terceros, incluso a competidores del contratante; y fijar su propia jornada y horario de trabajo de acuerdo a su conveniencia y no solo por interés del contratante. Y, lo que es más importante, el TJUE hizo la salvedad de que no habrá trabajo independiente cuando la independencia del trabajador parezca ficticia o sea posible establecer una relación de subordinación.[212]

Asimismo, el TJUE (sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15) había rechazado el argumento de que la empresa Uber realiza una mera actividad de intermediación, reconociendo que la empresa ejecuta una actividad inherente al transporte, organizada y dirigida en su propio beneficio. En suma, el Tribunal concluyó que Uber no se limita a acercar a conductores y pasajeros, sino que ejerce una influencia decisiva en las condiciones de la prestación de los servicios de transporte, aplicando un control de calidad sobre los conductores y los vehículos utilizados. Sin la plataforma, ni los conductores estarían en condiciones de prestar los servicios ni los pasajeros podrían recurrir a esos conductores.[213]

---

[212] UNIÓN EUROPEIA. TJUE (despacho de 22 de abril de 2020, B/Yodel Delivery Network Ltd, C-692/19). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62019CO0692. Consultado el: 13 set. 2023.

[213] UNIÓN EUROPEA. TJUE (sentencia de 20 de diciembre 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15). Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7171399. Consultado el: 13 set. 2023.

Asumiendo la misma postura, el TJUE (sentencia de 26 de marzo de 2015, Gérard Fenoll, C-316/13), estableció que las normas europeas deben alcanzar a todos los que prestan servicios en condiciones propias de trabajo asalariado, en un juicio que, al examinar una cuestión perjudicial, abordó la interpretación del concepto de trabajador bajo la égida de la *Directiva 2003/88/CE*, y dictaminó que ese concepto debe ser unísono, más allá de la divergencia entre legislaciones nacionales. Se subraya este trecho:

> De ello se deduce que, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el concepto de «trabajador» no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión (sentencia Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, apartado 28).
> Pues bien, como ha subrayado el Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones, esa apreciación es obligada igualmente para la interpretación del concepto de «trabajador» en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del artículo 31, apartado 2, de la Carta, con el fin de garantizar la uniformidad del ámbito de aplicación ratione personae del derecho a vacaciones retribuidas de los trabajadores.
> En ese contexto es oportuno recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «trabajador» en el contexto de la Directiva 2003/88 debe definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas. Se ha de considerar «trabajador» a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (véanse en ese sentido las sentencias Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, apartado 28 y Neidel, C-377/10, EU:C:2012:263, apartado 23).
> (...)
> En efecto, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha afirmado en ese sentido que la naturaleza jurídica sui generis de una relación laboral a la luz del Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión (véase la sentencia Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, apartado 26 y la jurisprudencia citada).[214]

Por último, en otro juicio, el TJUE reforzó la definición y los elementos caracterizadores de la relación de empleo, especialmente en lo relacionado a la subordinación existente en la prestación de servicios, distinguiéndola de otras figuras contractuales (sentencia de 10 de septiembre de 2015, Holterman Ferho Exploitatie BV, C-47/14). Resultan de especial interés estos trechos de la sentencia:

> 34 Para empezar, debe indicarse que la posibilidad de aplicación de las reglas especiales de atribución de la competencia judicial previstas en la referida sección del Reglamento nº 44/2001 sólo se plantea, en este caso, si se considera que el Sr. Spies estaba ligado por un «contrato individual de trabajo», en el sentido del artículo 18,

[214] UNIÓN EUROPEA. TFUE (sentencia de 26 de marzo de 2015, Gérard Fenoll, C-316/13). Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=153601&doclang=ES. Consultado el: 13 set. 2023.

apartado 1, del Reglamento, a la sociedad de la que fue director y administrador y que, por lo tanto, puede ser calificado como «trabajador», en el sentido del apartado 2 del mismo artículo.

35 Por una parte, debe admitirse que el Reglamento nº 44/2001 no define ni el concepto de «contrato individual de trabajo» ni el de «trabajador».

36 Por otra parte, la calificación del vínculo entre el Sr. Spies von Büllesheim y la citada sociedad no puede resolverse sobre la base del Derecho nacional (véase, por analogía, la sentencia Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, apartado 26).

37 Y es que, para garantizar la plena eficacia del Reglamento nº 44/2001 y en especial del citado artículo 18, los conceptos jurídicos que figuran en éste deben interpretarse de una manera autónoma que sea común a todos los Estados miembros (sentencia Mahamdia, C-154/11, EU:C:2012:491, apartado 42). (...)

39 En cuanto al artículo 5, punto 1, del Convenio de Bruselas, disposición que sirvió de base para la adopción de los artículos 18 a 21 del Reglamento nº 44/2001, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los contratos de trabajo presentan ciertas particularidades, en el sentido de que crean una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario y en el sentido de que se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos (sentencia Shenavai, 266/85, EU:C:1987:11, apartado 16). (...)

41 En cuanto al concepto de «trabajador», el Tribunal de Justicia ha declarado, en la interpretación del artículo 45 TFUE y de varios actos legislativos de la Unión, como la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE**)** (DO L 348, p. 1), que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (véase, en el contexto de la libre circulación de trabajadores, la sentencia Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:284, apartados 16 y 17, y, en el contexto de la Directiva 92/85, la sentencia Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, apartado 39). (...)

46 Con respecto más precisamente a la relación de subordinación, la existencia de semejante relación debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes (sentencia Balkaya, C-229/14, EU:C:2015:455, apartado 37).

47 Incumbe al tribunal remitente examinar en qué medida el Sr. Spies von Büllesheim estaba, en su condición de socio de Holterman Ferho Exploitatie, en situación de influir en la voluntad del órgano de administración de esta sociedad, de la que era administrador. En ese supuesto, deberá determinarse quién era competente para darle instrucciones y para controlar la observancia de éstas. Si resultase que la capacidad de influencia del Sr. Spies von Büllesheim en el referido órgano no era insignificante, deberá concluirse que no existe relación de subordinación en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de trabajador.

48 Si, tras el examen del conjunto de elementos mencionados *supra*, el tribunal remitente observase que el Sr. Spies von Büllesheim, en su condición de director y administrador, estaba ligado a Holterman Ferho Exploitatie por un «contrato individual de trabajo», en el sentido del artículo 18, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001, deberá aplicar las reglas de competencia establecidas en el capítulo II, sección 5, del Reglamento nº 44/2001.

49 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que, en una situación como la del litigio principal, en la que una sociedad demanda a una persona que ha desempeñado las funciones de director y administrador de dicha sociedad con el fin de que quede constancia de las faltas cometidas por dicha persona en el desempeño de sus funciones y de obtener resarcimiento, las disposiciones del capítulo II, sección 5 (artículos 18 a 21), del Reglamento nº 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación del artículo 5, puntos 1 y 3, de ese Reglamento siempre que la persona, en su condición de director y de administrador, haya realizado durante cierto tiempo, en

> favor de dicha sociedad y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibía una retribución, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente.[215]

Por lo tanto, desde esa perspectiva, la relación de trabajo está caracterizada por la circunstancia de que una persona realice prestaciones por un tiempo determinado en beneficio y bajo la dirección de otra, mediante remuneración.

En las legislaciones nacionales, muchos países adoptan un concepto legal sustantivo de relación de trabajo al establecer los elementos que caracterizan esa relación con más detalles y claridad, como se verifica en los modelos francés y alemán. En contraposición, hay países que adoptan una definición legal más concisa, un concepto funcional con respecto al cual la ley establece una estructura básica, dejando a cargo de la jurisprudencia el papel de especificar esos elementos basándose en precedentes judiciales. Es el caso típico de sistemas jurídicos como el *common law*, que rige en Estados Unidos y Reino Unido, por ejemplo. Entre las fronteras delineadas por esos dos paradigmas, hay variaciones que combinan los elementos de cada uno, clasificados como modelos híbridos o mixtos, como, por ejemplo, sistemas sustantivos que establecen una estructura legal detallada, pero con algunos aspectos remitidos a la jurisprudencia (es el caso de Brasil); o sistemas que adoptan los principios del *common law*, pero con algunos reglamentos y especificaciones regionales o locales.

En Brasil, la relación de empleo está definida en los artículos 2º y 3º de la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT), los cuales establecen los conceptos de empleador y empleado, respetivamente:

> Art. 2º - Se considera empleador la empresa, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, asalaria y dirige la prestación personal de servicio. (...)
> Art. 3º - Se considera empleado a toda persona física que preste servicios de naturaleza no eventual a empleador, bajo la dependencia de este y mediante salario.
> Párrafo único - No habrá distinciones relativas a la especie de empleo y a la condición de trabajador, ni entre el trabajo intelectual, técnico y manual.[216] (traducción propia)

Resulta evidente que el legislador brasileño se sirvió de la técnica de establecer elementos abiertos y abstractos para la caracterización del vínculo de empleo, como la dependencia y la no eventualidad, de tal forma que permite una constante adaptación y

[215] UNIÓN EUROPEA. TJUE (sentencia de 10 de septiembre de 2015, Holterman Ferho Exploitatie BV, C-47/14). Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167281&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7191301. Consultado el: 13 set. 2023.

[216] BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452* (CLT), de 1º de maio de 1943. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

reformulación de esos conceptos, lo que, a su vez, posibilita ajustarlos a los casos concretos y a la cambiante realidad social. Un ejemplo de esa dinámica evolutiva se encuentra en el elemento de la subordinación, que, a lo largo de los años, ha incorporado nuevas dimensiones, como la subordinación objetiva, estructural y algorítmica (que se analizarán más adelante), fundamentales en la adaptación del significado de ese relevante elemento al contexto de las transformaciones digitales y nuevas formas de trabajo. Debido a esas características, el sistema brasileño se puede clasificar como híbrido, pues define con precisión los elementos de la relación de empleo, pero permite un amplio margen para la interpretación judicial.

Además del concepto que consta en la CLT, los mismos elementos se encuentran replicados en normas especiales de trabajo, como la *Ley nº 5.889*/85[217] (que regula el trabajo rural) y la *Ley Complementaria nº 150*/2015[218] (que regula el trabajo doméstico), más allá de algunas distinciones introducidas en esta última ley (como la relativa a la previsión del elemento de la continuidad en lugar del de la no eventualidad), algunas de las cuales se abordarán más adelante. También cabe destacar el artículo 6, párrafo único, de la CLT, que profundiza el concepto de subordinación en el contexto tecnológico al equiparar los medios telemáticos e informáticos de mando, control y supervisión con los medios personales y directos de mando, control y supervisión del trabajo.

Basándose en esas normas, la doctrina brasileña menciona, como requisitos de la relación de empleo, el trabajo realizado por *persona física*, el *carácter personal*, la *no eventualidad*, la *subordinación* y la *onerosidad*. DELGADO califica esos requisitos como elementos *fácticos-jurídicos* componentes de la relación de empleo, refiriéndose a elementos que ocurren en el mundo de los hechos —o realidades fácticas relevantes—, pero que, por su relevancia sociojurídica, son captados por el Derecho, que les confiere determinados efectos.[219]

Además de esa norma específica, existen otras leyes que abordan las nociones de trabajador y empleado. Por ejemplo, la *Ley nº 6.019*/74, al disponer sobre el trabajo temporal, establece como trabajo temporal "(…) aquel prestado por persona física contratada por una empresa de trabajo temporal que la pone a disposición de una empresa que contrata servicios para atender a la necesidad de reemplazo transitorio de personal permanente o a la demanda

[217] Art. 2º Empleado rural es toda persona física que, en propiedad rural o predio rústico, presta servicios de naturaleza no eventual a empleador rural, bajo la dependencia de este y mediante salario. (traducción propia)
Art. 3º - Se considera empleador rural, a efectos de esta Ley, la persona física o jurídica, propietario o no, que explote actividad agroeconómica, en carácter permanente o temporal, directamente o por medio de capataces [*prepostos*, en el original] y con la ayuda de empleados. (traducción propia)
[218] Art. 1º Al empleado doméstico, así considerado aquel que presta servicios de forma continua, subordinada, onerosa y personal y de finalidad no lucrativa a persona o familia, en el ámbito residencial de estas, por más de 2 (dos) días por semana, se aplica lo dispuesto en esta Ley. (...) (traducción propia)
[219] DELGADO, op. cit., p. 339.

complementaria de servicios" (traducción propia).[220] También la *Ley nº 8.213*/91 (que dispone sobre los beneficios de la previsión social), al establecer quiénes son los asegurados obligatorios del régimen previsional, incluye y define al empleado (art. 11. I, *a*) como "aquel que presta servicio de naturaleza urbana o rural a la empresa, en carácter no eventual, bajo su subordinación y mediante remuneración, incluso como director empleado" (traducción propia).[221] Por último, la *Ley nº 12.690*/2012, que regula las cooperativas de trabajo, establece que esas sociedades serán constituidas "(...) por trabajadores para el ejercicio de sus actividades laborales o profesionales con provecho común, autonomía y autogestión para obtener una mejor cualificación, ingreso, situación socioeconómica y condiciones generales de trabajo" (traducción propia).[222]

En España, atendiendo al mandamiento constitucional establecido en el art. 35.2 de la CE[223], la relación individual de trabajo está definida en el art. 1º de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores* (ET), cuyos apartados 1 (que trata de los trabajadores) y 2 (que define al empleador o empresario) establecen los elementos abstractos también a efectos de permitir una constante adaptación y redefinición de ese concepto. Esta es la redacción del precepto legal:

> Artículo 1. Ámbito de aplicación.
> 1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.
> 2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. (...)[224]

Así, la relación de empleo se establece cuando una persona física, el trabajador, presta servicios remunerados por cuenta de otra persona, el empleador, bajo su dirección y organización, lo que genera, incluso, una presunción de laboralidad (art. 8.1 del

---

[220] BRASIL. *Lei nº 6.019*, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Consultado el: 09 nov. 2023.

[221] BRASIL. *Lei nº 8.213*/91, de 24 de julho. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Consultado el: 09 nov. 2023.

[222] BRASIL. *Lei nº 12.690*, de 19 de julho de 2012. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho e institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm. Consultado el: 09 nov. 2023.

[223] Artículo 35
1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.
2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.

[224] ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con

E.T). En ese concepto, descolan como elementos típicos de la relación de trabajo la voluntariedad, el carácter personal, la remuneración, la subordinación (o dependencia) y la ajenidad.

A diferencia de la norma brasileña, que instituye un concepto de empleado, la legislación española establece un concepto (sustantivo) de la relación individual de trabajo —y de contrato de trabajo—, sin definir al sujeto (trabajador). Para MERCADER UGUINA, el legislador español formuló tanto una delimitación positiva de trabajador asalariado, al establecer las notas características de la relación de empleo (art. 1.1 del ET), como negativa, al indicar un rol de relaciones excluidas de ese ámbito de aplicación (art. 1.3 del ET).[225]

Justamente, en el art. 1.3 del ET, hay una lista complementaria de exclusión del ámbito de aplicación del Estatuto del Trabajador, que incluye los servicios de empleados públicos, las prestaciones personales obligatorias, las actividades de consejero o miembro de órganos de administración de las empresas, los trabajos familiares y los realizados por amistad o vecindad, los servicios de operaciones comerciales por cuenta de uno o más empresarios, además de todo el trabajo llevado a cabo sin la presencia de los requisitos establecidos en el primer apartado, como el trabajo autónomo o cooperado. En términos generales, esa exclusión del régimen laboral tiene como presupuesto la naturaleza (distinta) del trabajo y un régimen (vínculo) jurídico específico que regula la respectiva actividad de forma más adecuada a sus especificidades.

De la misma forma, el artículo 2º del ET establece las denominadas relaciones de empleo de carácter especial, que, aunque compartan sus elementos generales con las demás, presentan particularidades y características propias que demandan un régimen normativo específico, adaptado a sus circunstancias. Comprenden situaciones profesionales taxativas que, debido a las condiciones únicas de trabajo, difieren significativamente de las relaciones laborales ordinarias, exigiendo una modulación en los derechos y obligaciones aplicables, sobre todo en lo que concierne a la duración del contrato, flexibilidad de la jornada, horario de trabajo y aspectos relativos a la extinción contractual. Es el caso, por ejemplo, del trabajo del individuo que cumple pena en instituciones penitenciarias y de menores infractores internados, de los agentes comerciales (operaciones mercantiles), de los artistas en espectáculos públicos, de los abogados, de la residencia médica, de los cargos de alta dirección, del trabajo doméstico, de los deportistas profesionales y de los trabajadores con discapacidad que actúen en centros especiales de empleo.

[225] MERCADER UGUINA, Jesús R. *Lecciones de Derecho del Trabajo.* 14.ed. Valencia: Tirant lo branch, 2021. p. 140.

Al analizar esos preceptos iniciales del Estatuto del Trabajador, CRUZ VILLALÓN afirma que el legislador utilizó una técnica jurídica triple, compuesta de, primero, una definición abstracta y positiva de los elementos componentes de la relación laboral (art. 1.1 del ET); segundo, la concreción de esa definición en una amplia lista de situaciones y de relaciones excluidas de la legislación laboral (art. 1.3 do ET); y, tercero, la previsión de una categoría de relaciones laborales especiales, situada entre la exclusión y la inclusión en el ámbito de la incidencia de la legislación laboral (art. 2º del ET).[226]

Por otro lado, el art. 1º de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores Autónomos* (en adelante, LETA) define al trabajador autónomo —al cual se aplican algunas normas laborales[227]— con estos presupuestos:

> Artículo 1. Supuestos incluidos.
>
> 1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.
>
> También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. (...)[228]

Así, constituyen elementos del trabajo autónomo su realización por cuenta propia, con independencia (organización de los medios, tiempos y métodos), asunción de riesgos (y beneficios) económicos, carácter profesional (realización habitual y organizada de una actividad económica, bajo responsabilidad propia) y finalidad lucrativa. La referida ley prevé, además, la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (cuando al menos el 75% de su ingreso proviene de un único cliente o contratante), figura que se abordará más adelante. Se observa, de ese modo, que el ordenamiento jurídico español contempla una pluralidad de leyes que definen el ámbito de aplicación de las leyes laborales, aunque muchas de ellas tengan elementos en común y entrelazados.

Por lo tanto, en términos generales, la ley española establece como requisitos de la relación de empleo la voluntariedad, la ajenidad, la retribución y la subordinación (o dependencia funcional), las cuales deben concurrir de forma simultánea, además de exigir un

---

[226] CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de derecho del trabajo*. 14. ed. – Madrid: Tecnos, 2021. p. 29.
[227] Como, por ejemplo, normas de salud y seguridad laboral y no discriminación (art. 4º) o de libertad sindical (art. 3º de la *Ley Orgánica nº 11*/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical).
[228] ESPAÑA. *Ley nº 20*/2007, de 11 de julio. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/11/20/con

soporte jurisprudencial en la interpretación y concreción de esos elementos, dado el grado de generalidad y abstracción que presentan.[229,230] Por otro lado, se considera como autónomo el trabajo realizado por personas físicas de forma habitual, por cuenta propia, fuera de la organización de otros, en el ámbito de una actividad económica y profesional.

En la diferenciación práctica entre la relación de empleo y las demás modalidades contractuales se utilizan dos importantes factores: la prevalencia de la realidad fáctica sobre el instrumento formal o *nomen iuris,* consagrada en el principio del primado de la realidad, como lo enseña Américo Plá Rodriguez;[231] y la presunción de laboralidad, que, a su vez, establece una presunción legal (*iuris tantum*) de existencia de la relación de empleo para quienes prestan servicios a cuenta ajena y de forma remunerada (art. 8.1 del ET[232]).

Solo a fines comparativos y buscando una referencia distinta, incluso en lo concerniente al sistema y tradición jurídica, se hace una breve alusión a la regulación del tema en Estados Unidos. Aunque los estados gocen de una considerable autonomía regulatoria, en un sistema formado por diversas fuentes normativas (federal, estadual y de agencias administrativas), con un notable énfasis en la jurisprudencia, la *Federal Labor Standarts Act* (FLSA), que regula materias como el salario mínimo y las horas extras en ámbito nacional, aporta una definición vaga y funcional de la relación de empleo a partir de la definición de los sujetos, a saber:

> §203. Definiciones
> (…)
> (d) "Empleador" incluye a cualquier persona que actúe directa o indirectamente en interés de un empleador con relación a un empleado, abarcando a los órganos públicos, pero incluyendo a ninguna organización de trabajadores (excepto cuando esté actuando como empleadora) ni a ninguna persona que actúe en calidad de oficial o agente de dicha organización.
> (e)(1) Excepto en los casos previstos en los párrafos (2), (3) y (4), el término "empleado" significa cualquier individuo empleado por un empleador. (…) (traducción propia)[233]

---

[229] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 177.
[230] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 142-44.
[231] PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 217.
[232] Artículo 8. *Forma del contrato.*- 1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.
[233] ESTADOS UNIDOS. *Fair Labor Standards Act* of 1938. Disponible en: https://uscode.house.gov/. Consultado el: 18 nov. 2023. En el original: §203. Definitions (…) (d) "Employer" includes any person acting directly or indirectly in the interest of an employer in relation to an employee and includes a public agency, but does not include any labor organization (other than when acting as an employer) or anyone acting in the capacity of officer or agent of such labor organization.
(e)(1) Except as provided in paragraphs (2), (3), and (4), the term "employee" means any individual employed by an employer. (…)"

Partiendo de esa definición, la jurisprudencia pasó a establecer los parámetros para examinar la naturaleza de la relación de trabajo, incluso mediante el desarrollo de pruebas para la clasificación de la relación de empleo, en especial para la verificación y definición del trabajo subordinado o autónomo e independiente. Por ejemplo, muchos estados utilizan el denominado *ABC Test*, el cual, más allá de los distintos abordajes, se puede sintetizar como una presunción del trabajador como empleado, excepto si el trabajador *(a)* está libre del control y dirección del contratante en la ejecución de la actividad, *(b)* realiza tareas fuera del negocio principal (escopo) y habitual de la empresa contratante y *(c)* actúa de forma independiente o posee un negocio propio (elemento empresa), cabiendo a quien contrata los servicios la carga de probar la concurrencia simultánea de esas condiciones.

Otra prueba ampliamente utilizada (complementaria o incluso aplicada en sustitución del *ABC test*), sobre todo en cuestiones relacionadas a la FLSA, es el llamado *six factors test* (prueba de los seis factores). Como lo sugiere el nombre, se toman en cuenta seis factores para identificar la relación de empleo, en un análisis realizado a partir de la realidad económica (*economic realities doctrine***)**, con vistas a evaluar si el trabajador es económicamente dependiente de aquel negocio, lo que representa un elemento central para la caracterización del empleo en el sistema norteamericano. La conclusión depende del examen de estos (seis) factores: el grado y la extensión del control ejercido por el empleador sobre la prestación del trabajo; las oportunidades de ganancia o pérdida del trabajador, dependiendo de sus habilidades profesionales; el nivel de inversión realizada en equipos y materiales y la eventual contratación de otros trabajadores; el grado de habilidad y especialidad necesarios para realizar el trabajo; la duración y permanencia de la relación de trabajo; y, por último, un análisis de la naturaleza de las tareas y del grado de integración y relevancia de los servicios para el negocio del empleador.

En realidad, esos factores terminan reflejando, con las debidas adaptaciones, los requisitos legales previstos en otros ordenamientos jurídicos, especialmente en aquellos de tradición de *civil law*, como la continuidad, el control y la subordinación, la onerosidad y la asunción de riesgos. Se recuerda que la regulación directa de las condiciones de trabajo en ámbito federal en Estados Unidos termina restringiéndose a temas como la no discriminación, la seguridad laboral, el salario mínimo, los límites de la jornada y compensaciones en el caso de desempleo, remitiendo a la negociación colectiva, en sus múltiples niveles, la regulación de

los aspectos contractuales no obstante se venga verificando una disminución constante de la cantidad de empleados sindicalizados.[234]

Aunque los elementos de la relación de empleo estén previstos en las legislaciones nacionales y sean históricamente reconocidos y consagrados, su aplicación práctica se ha cuestionado cada vez más, presentando líneas divisorias tenues y cierto casuismo, especialmente en virtud de las transformaciones sociales, en el proceso productivo y en la organización del trabajo resultantes del avance tecnológico. Así, los impactos de la digitalización en la definición de empleo deben examinarse a partir del análisis específico de cada elemento constitutivo de esa relación jurídica, lo que se examinará a continuación.

2. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL

Una de las grandes indagaciones en el Derecho del Trabajo a lo largo de su jornada histórica y evolutiva es la relativa a la definición precisa de los elementos que caracterizan una prestación de servicios como relación de empleo —categoría central y esencial de esta rama especializada—, atrayendo, así, la incidencia de la legislación laboral y la protección social asociada a ella.

Aunque la caracterización de la relación de empleo, sus elementos y dinámicas, sean propios de la modernidad y de las sociedades capitalistas contemporáneas[235], ese debate asumió nuevos contornos y complejidad en el contexto de la cuarta revolución tecnológica y de la presente Era Digital.

El avance tecnológico ha modificado profundamente el trabajo y acentuado el contraste entre los elementos formales de la relación de empleo y la realidad, la cual presenta nuevos formatos de trabajo y de organización de la actividad productiva (vistos en el primer capítulo), que crecen exponencialmente y reflejan una tendencia para diversos sectores y segmentos económicos aun cuando coexistan con los modelos tradicionales de organización industrial. La digitalización en el trabajo ha puesto en jaque los elementos clásicos de la relación de empleo, dificultando su delimitación y la aplicación práctica en los diversos y heterogéneos ambientes laborales digitales, desafiando las fronteras que separan las modalidades laborales, especialmente la línea que separa el trabajo subordinado del autónomo, un terreno tradicionalmente indefinido y ambiguo. Si la regulación del trabajo desentona de la realidad

[234] BAMBER, op. cit., p. 64.
[235] DELGADO, op. cit., p. 339.

(digital) de las relaciones de trabajo, es necesario adaptar sus elementos al contexto laboral contemporáneo, lo que se explorará en el presente capítulo.

A fines didácticos, a partir de la combinación de los elementos consagrados en los sistemas brasileño y español, se analiza la relación de empleo a partir de cinco elementos nucleares: el carácter personal, la onerosidad, la no eventualidad, la subordinación (o dependencia) y la alteridad (y ajenidad). También se dará una atención prioritaria al elemento de la subordinación, puesto que constituye el aspecto notoriamente más utilizado y cuestionado en la caracterización de una relación de trabajo moderna, especialmente cuando realizado por medios digitales.

2.1 Carácter personal

El primer requisito elemental de la relación de empleo es su carácter personal, que expresa el carácter *intuitu personae* y no fungible inherente al trabajo y a la figura del trabajador. En efecto, ese trabajo debe ser prestado por determinada persona (natural), siendo, además, irreemplazable e intransferible. Como lo señala la *Recomendación nº 198* de la OIT en su art. 13, letra *a*, el trabajo debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, de lo cual resulta la imposibilidad de delegación de las tareas a otras personas.

La prueba del carácter personal se da por la repetición del mismo trabajador, o sea, en virtud de la asignación específica de una persona natural que presta el servicio. Por otro lado, no habrá carácter personal en las hipótesis de reemplazo constante e intermitente de la persona trabajadora, lo que denota una prestación impersonal y fungible del trabajo. Ese elemento se deberá verificar en el examen concreto, basado en la realidad del trabajo, la cual prevalecerá frente a eventuales fraudes o a la utilización disimulada, por exigencia patronal, de titularidad de persona jurídica por parte del trabajador. Además de ser un requisito de la relación de empleo, el carácter personal también genera efectos durante la ejecución y la extinción contractual, ya que la eventual imposibilidad o incapacidad de la persona para trabajar acarreará la suspensión o la extinción de aquel contrato, sin posibilidad de reemplazo de los sujetos ni la transmisión a los herederos.[236]

Algunos autores distinguen el carácter personal del trabajo prestado por persona natural, pues, en definitiva, el trabajo puede ser prestado por una persona natural sin el requisito del carácter personal. A pesar de que, técnicamente, esa distinción sea correcta, se

[236] DELGADO, op. cit., p. 340-2.

considera redundante la expresión "trabajo prestado por persona natural", ya que el trabajo, por definición, constituye una labor humana, necesariamente realizada por una persona natural. Incluso, los bienes jurídicos tutelados por el Derecho del Trabajo son fundamentalmente inherentes a la persona humana (física), como la vida, la salud, la integridad (física y psíquica) y el bienestar.[237] Por lo tanto, a fines de caracterización de la relación de empleo, se exige el carácter personalísimo, o sea, la ejecución repetida del trabajo por persona cierta y determinada, con la salvedad de la posibilidad de reemplazos esporádicos —de corta o larga duración—, consentidos por el empleador o autorizados por ley.

La legislación española no contempla expresamente el carácter personal, aunque, en la caracterización de la prestación laboral, ese esté integrado en la noción de dependencia o subordinación.[238] CRUZ VILLALÓN considera la ejecución personal como presupuesto implícito de la relación de trabajo porque se trata de una obligación personalísima por parte del trabajador, esto es, un deber de actividad (no de resultado) que él mismo debe realizar, no admitiéndose la ejecución parcial o temporal por un tercero a no ser en el caso de reemplazos esporádicos a lo largo del período contractual.[239]

En contrapartida, la ley española establece expresamente el elemento de la *voluntariedad* en el sentido de que el trabajo sea acordado (por un contrato de trabajo) y realizado por libre consentimiento de las partes, excluyéndose de ese encuadramiento las situaciones de trabajo forzado u obligatorio (art. 1º, apartados 1 y 3, del ET).[240] Así, el trabajo debe ser voluntariamente prestado por el sujeto (que decide poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador), sin imposiciones externas, lo que, además de cohibir la posibilidad de todo y cualquier trabajo forzado o realizado bajo coacción, sirve para excluir del ámbito laboral las actividades obligatorias, como el servicio militar y el trabajo de colaboración social.[241] Este elemento también extiende su alcance durante toda la ejecución contractual y no solo en la etapa inicial de la contratación, lo que permite al trabajador, incluso, solicitar la rescisión contractual en cualquier momento e independientemente de motivo, sin posibilidad de rechazo por parte del empleador.[242]

En la ley brasileña (CLT) no hay previsión expresa de la voluntariedad, aunque también corresponda a un requisito de la relación (y del contrato) de trabajo como

[237] DELGADO, op. cit., p. 340.
[238] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 143.
[239] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 33.
[240] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 178.
[241] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 142.
[242] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 34.

elemento fundamental de la teoría general de los contratos. A fin de cuentas, todo contrato presupone la voluntariedad, puesto que su validez justamente deriva del consenso libre y consciente entre las partes. CRUZ VILLALÓN recuerda, además, que la voluntariedad es expresión de la libertad en el corazón de una sociedad moderna basada en el Estado de Derecho, puesto que la concepción de ciudadanos libres se extiende a todas las esferas de la vida, incluyéndose el ámbito profesional.[243] No obstante, a pesar de la relevancia jurídica de esa previsión que consagra el principio constitucional de la libertad de trabajo y cohíbe formas de trabajo forzado, termina no presentando contornos prácticos suficientes en el debate sobre la caracterización de la relación de empleo, puesto que, en la enorme mayoría de los casos, el trabajo se acuerda y realiza por libre voluntad de las partes.

La distancia física y el uso de medios digitales en la realización del trabajo producen escasos efectos en el elemento del carácter personal, ya que la actividad suele ser realizada por el trabajador, aunque sea a distancia e independientemente de la presencia física del empleador, exigiéndose solo una adaptación en el modo de verificación de quien está trabajando a fin de identificar al trabajador. O sea, en vez de la presencia física y repetida de la misma persona en el lugar de trabajo (y, de esa forma, sometida a las órdenes y fiscalización directa y presencial por parte del empleador), el carácter personal se verifica mediante registros digitales o *login* en los sistemas —de carácter personal e intransferible— utilizados por el empleador, o, aun, mediante activaciones por otros medios digitales, como plataformas de mensajería instantánea, videollamadas o llamadas telefónicas. Estos sistemas terminan deshaciendo la impresión —ilusoria— de la falta de carácter personal causada a menudo por el distanciamiento físico entre las partes.

Además, el carácter personal en el ambiente digital se refuerza a partir del control directo y del monitoreo en general, por medios digitales, de las actividades del trabajador, de forma individual. Para eso, se utilizan herramientas de monitoreo del tiempo y de rastreo digital de las actividades y proyectos, como, por ejemplo, capturas de pantalla, control sobre la navegación o uso de aplicaciones, clics (ratón y teclado), registro de conversaciones, instrumentos de verificación de presencia, software de *compliance*, reuniones telepresenciales, etc. En suma, el carácter personal persiste, pero con una nueva faceta: el trabajador es identificado por registros digitales que consignan toda interacción y actividades desarrolladas.

[243] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 33.

Incluso las plataformas digitales, que no reconocen el vínculo de empleo de los prestadores basándose en la alegación de que se trata de un trabajo autónomo, suele exigir, aun así, la prestación personal da la actividad correlativa o prohibir su ejecución por otro trabajador, lo que, en la realidad, resulta en el cumplimiento directo de la actividad por parte de un trabajador específico. En cada demanda, las plataformas digitales de prestación de servicios vinculan la actividad a determinado prestador —incluso basándose en un perfil personal y exclusivo que tienen de cada trabajador—, prohibiendo la posibilidad de delegación de la tarea (típica del trabajo autónomo). Muchas veces, la plataforma proporciona algunos datos del registro del prestador a los usuarios en el momento de la contratación para que estos realicen la verificación e identificación del prestador antes del comienzo de la prestación de los servicios. Además, las plataformas realizan un monitoreo digital constante de la persona que realiza la actividad, sirviéndose de herramientas como el reconocimiento facial y otros instrumentos de autenticidad, en un control que se intensifica en situaciones de sospecha de delegación de la actividad (e incumplimiento de los términos de uso), lo que confirma la exigencia de cumplimiento directo de la tarea por parte de un trabajador específico, o sea, el carácter personal del trabajo.

A diferencia del trabajo presencial, es posible, al menos en teoría, que las actividades realizadas por medios digitales las preste una persona distinta a la contratada, si el empleado transfiere clandestinamente sus actividades a un tercero, proporcionándole sus datos y contraseñas de acceso. En estos casos, no obstante, es equivocado descartar el carácter personal, puesto que se trata de casos en los que se constata una situación de fraude y mala fe que, incluso, pueden ser motivo de sanciones por parte del empleador, además de la correspondiente investigación penal. De cualquier manera, el trabajo realizado por medios digitales exige mayor atención y fiscalización por parte del empleador para que el trabajo sea prestado de forma personal y directa por el empleado contratado. Con el avance de las tecnologías y, por ende, de los métodos de verificación, que incluyen la utilización de biometrías, reconocimientos faciales y factores dobles de autenticación, es cada vez más difícil burlar un sistema de forma tal que viabilice el trabajo de un tercero extraño y no autorizado.

En ese escenario digital, se constata, además, una transformación en el elemento del carácter personal, ahora intermediado por la tecnología, al incluir una nueva dimensión que consiste en la relación de confianza y responsabilidad mutua entre las partes. O sea, cuando el trabajo se realiza a distancia (lejos de la presencia física del empleador), por medios digitales, el carácter personal presupone una confianza mutua entre las partes involucradas en cuanto a que la tarea la realizará el trabajador, más allá de los mecanismos de

control que se utilicen. Así, el trabajador asume esa responsabilidad ante el empleador, garantizando la realización personal del trabajo señalado como presupuesto de todo y cualquier trabajo digital. Esta concepción se vuelve especialmente relevante en trabajos realizados *offline* o con flexibilidad horaria, sin un monitoreo constante o en tiempo real de la actividad, en las cuales, por otro lado, el carácter personal se impone en el momento de la entrega y evaluación del trabajo, respondiendo el trabajador por el resultado final.

Por último, en un contexto digital, es necesario repensar la noción que vincula el elemento del carácter personal a la posibilidad de reemplazo del trabajador. Como lo hemos visto, la prestación personal del trabajo constituye un elemento esencial y presente en el trabajo, incluso cuando realizado a distancia y por medios digitales. Sin embargo, no se la debe analizar desde la óptica de la posibilidad de reemplazo (teórica y retórica), pero sí por el hecho de que el trabajador participa directamente en la actividad sin recurrir a terceros bajo sus órdenes para realizar las tareas de forma ordinaria, tareas que, incluso, son programadas y ordenadas tomando como base un perfil personal, único y exclusivo de cada trabajador, construido a partir de métricas individuales (y, por lo tanto, personales). En otras palabras, la labor personal queda caracterizada cuando el trabajo (servicio) no se disocia de la persona que se compromete a realizarlo, como premisa recíproca establecida, aunque sea implícitamente, por las partes a partir de una relación de confianza.

2.2 Onerosidad

Tanto la legislación española como la brasileña establecen el salario (carácter oneroso) como elemento de la relación de empleo. La norma brasileña determina, como presupuesto del régimen de empleo, la prestación de servicio "mediante salario" (art. 3º de la CLT). La onerosidad deriva del objetivo del trabajador de obtener una contraprestación (ventaja) económica por el trabajo prestado, materializada en el conjunto salarial, que consiste en el complejo de montos pagos debido al trabajo prestado y de la relación jurídica existente. Así, la relación de empleo constituye una relación de fondo económico caracterizada por una retribución, contraponiéndose, de esa forma, a otras modalidades laborales —no caracterizadas como empleo— en las que se realiza un trabajo gratuito o meramente colaborativo, como el trabajo voluntario, comunitario, religioso, filantrópico, político (en determinados contextos), familiar doméstico, etc.[244]

[244] DELGADO, op. cit., p.347.

La onerosidad no se confunde con el pago, ya que es posible que el empleador no pague. DELGADO afirma que la onerosidad debe ser analizada desde la perspectiva del trabajador y que comprende dos dimensiones: la objetiva, manifestada por el pago de la remuneración; y la subjetiva, manifestada por la intención de percibir ganancia, especialmente desde la óptica del prestador del servicio. La falta de estipulación del valor o el pago efectuado de forma indirecta no elimina la onerosidad. Incluso, la legislación brasileña prevé que, en caso de falta de estipulación, el empleado tendrá derecho al salario pago en la empresa para servicio equivalente o al que se pague habitualmente para servicio similar (art. 460 de la CLT).[245]

A pesar de esta previsión, son poco frecuentes los casos prácticos en los que no está presente esa dimensión objetiva —pago de la contraprestación—, ya que es difícil ocultar la onerosidad de un trabajo prestado en una sociedad capitalista y mercantilizada, incluso por la posibilidad de que la contraprestación asuma variadas formas (en dinero o utilidades; fija o variable) y periodicidades (día, semana, quincena, mes).[246] Las afirmaciones hechas en procedimientos judiciales de que una persona ha trabajado durante un largo periodo (meses o años) sin recibir pago alguno son poco comunes -y bastante sospechosas-, ya que los trabajadores suelen suspender o cesar sus servicios (onerosos) sin más cuando no hay pago alguno por el trabajo hecho.

De la misma forma, la ley española establece la retribución como presupuesto del trabajo asalariado ("trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos", en la forma del art. 1.1 del ET), en el sentido de que se realiza con la intención de generar ganancia, para obtener una contraprestación económica. En esencia, corresponde a la búsqueda de un ingreso y de medios de sustento. Incluso cuando no existe una retribución, es necesario evaluar el motivo por el cual se trabaja —generalmente la búsqueda de percepción de un salario— más allá del efectivo pago de una retribución. Por otro lado, no se consideran asalariados los que trabajan por amistad, buena vecindad, benevolencia, becas de estudio, etc.[247]

En general, esa retribución se caracteriza por la periodicidad del pago y la uniformidad, aunque relativa, de los valores. Aun así, puede revestirse de diversas cantidades y distintas modalidades (como el salario por unidad de tiempo, comisión, obra o resultado, o mixto), además de abarcar otras prestaciones complementarias y gratificaciones sin modificar la cualificación jurídica de la relación como empleo.

---

[245] CLT. Art. 460 - En caso de ausencia de estipulación del salario o no habiendo prueba sobre el importe acordado, el empleado tendrá derecho a percibir salario igual al de quienes, en la misma empresa, realicen un trabajo equivalente o a lo que se pague habitualmente para un trabajo semejante. (traducción propia)
[246] DELGADO, op. cit., p. 347-8.
[247] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 182-83.

En ese contexto de la naturaleza retributiva y onerosa del trabajo, CRUZ VILLALÓN menciona otro requisito característico de la relación de trabajo: la *profesionalidad*. Extraído de las locuciones "presten sus servicios" y "trabajador" presentes en el art. 1.1 del ET, este requisito impone la realización de un trabajo productivo cuya finalidad esencial de la actividad es la percepción de un salario a cambio del trabajo prestado, distinguiéndolo de las situaciones en las que existan otras finalidades, como en la formación profesional o en el aprendizaje, cuyo objetivo es la adquisición de conocimientos, habilidades y competencias para el ejercicio futuro de una profesión.[248]

En materia salarial, no suele haber una diferenciación real y significativa entre el trabajo presencial y el realizado por medios digitales, incluso por la dificultad, ya señalada, de ocultar la retribución y el carácter oneroso del trabajo prestado en una sociedad capitalista y mercantilizada, más allá de que esa contraprestación pueda asumir varias formas. En casos más extremos, la retribución —o parte de ella— puede ser virtualizada, efectuada mediante créditos digitales en vez de en la moneda oficial, pero que, en el fondo, preserva el carácter oneroso del intercambio del trabajo por un beneficio económico (salario).

El problema, no obstante, ha sido una confusión frecuente en las hipótesis de acuerdo de un salario variable —y fragmentado— en trabajos digitales, lo cual, muchas veces, se termina usando como argumento para fundamentar o reforzar un encuadramiento del trabajo como autónomo. Esto porque, así como ocurre en determinados segmentos y funciones (como vendedores y representantes comerciales), es común en el trabajo a distancia —y en los trabajadores realizados por medios digitales— que los empleadores opten por una remuneración variable, por tarea, meta o producción. Esta circunstancia ocurre, especialmente, en regímenes de flexibilidad horaria o con mayor autonomía en la gestión —característicos de esa modalidad de trabajo—, en las cuales se utiliza este tipo de remuneración como mecanismo para ayudar en la dirección y control de la actividad laboral, así como para aumentar la productividad y la eficiencia en la prestación laboral.

Sin embargo, el salario variable constituye solo una forma más de estipulación del salario —así como el salario por unidad de tiempo—, siendo plenamente compatible e inherente al régimen de empleo, como ya decidió el Tribunal Supremo español (STS 9177/2002, de 19 de julio de 2002).[249] El salario variable, en sus diversas modalidades (por obra, tarea, pieza o resultado) recibe amplio respaldo y reconocimiento en las legislaciones

[248] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 31.
[249] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social, a 19 de julio de 2002. Recurso n.º 2869/2001. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/66e86a3af7e46864/20040204

laborales —como lo ejemplifican el art. 26 del ET y los arts. 457 y 483, *g*, de la CLT—, reflejando una adaptabilidad y versatilidad normativa frente a las distintas realidades y dinámicas laborales, en los más variados segmentos económicos, ramos de actividad o profesiones, sin, no obstante, modificar la naturaleza del vínculo de empleo que se mantiene.

Como lo aclara MERCADER UGUINA al abordar la *ajenidad en los riesgos*, el hecho de que se fije una remuneración variable en función del resultado del trabajo, que implica la posibilidad de que el trabajador gane más o menos al final de mes —siempre garantizado el salario mínimo— no significa que él esté asumiendo los riesgos del negocio, lo que presupone la posibilidad de que el trabajador sufra pérdidas, más allá del valor económico del trabajo, capaces de afectar su patrimonio del trabajador.[250] MARTÍN VALVERDE y GARCÍA MURCIA resaltan que el carácter lucrativo no es exclusivo del trabajo asalariado, pues también existe en otras formas de trabajo, con la diferencia de que en estas cabrá al prestador fijar el valor de su contraprestación (precio u honorario), a diferencia del trabajador asalariado, que no podrá disponer, unilateralmente, de la retribución de su labor, lo que dependerá también de la parte que recibe los frutos de ese trabajo.[251]

Históricamente, la remuneración fija y periódica fue considerada un indicio de laboralidad por corresponder al patrón frecuentemente utilizado en el modelo industrial vigente en la época. Sin embargo, ese parámetro es cada vez menos expresivo para la cualificación jurídica del trabajo asalariado en el contexto de las relaciones de trabajo modernas (y digitales), puesto que la conjetura de un mundo globalizado, digitalizado y altamente competitivo —luego, ansioso por productividad—, sumado al aumento del trabajo en la modalidad digital (realizado desde cualquier lugar, en cualquier momento, por medios digitales) ha conducido a la tendencia de que se establezca una remuneración por resultado, pieza o tarea. Por lo tanto, la remuneración variable, vinculada al resultado del trabajo (productividad, demanda, tarea o metas), corresponde a un elemento necesario para la propia organización del trabajo contemporánea, sobre todo cuando fundada en el trabajo digital y remoto (dado el distanciamiento físico entre las partes y la mayor libertad y autonomía del trabajador en el cumplimiento de su actividad, que pasa a ser conducida y controlada de forma finalística, por resultado y productividad) y no a un parámetro de cualificación jurídica de la relación de empleo.

En realidad, no se trata solo de un salario establecido por pieza o unidad, sino de una tendencia que se verifica con respecto al trabajo en sí mismo, ahora contratado por pieza

[250] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 145.
[251] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 182.

o demanda (*on demand*), lo que resultará, de la misma forma, en el pago fragmentado y dinámico. Esto ocurre, por ejemplo, en el modelo de las plataformas digitales de prestación de servicios (visto anteriormente), estructurado como un trabajo altamente fragmentado en microtareas (*microtasks*), generando, como resultado, una remuneración granular y dispersa (micropagos).

En este sistema, la remuneración a destajo es fundamental para preservar el control y la gestión del trabajo en un régimen de mayor autonomía horaria para el trabajador. Así, se transfiere una parte importante de la organización del trabajo (días, horarios, lugares, productividad…) al trabajador, pero utilizándose otros mecanismos de dirección, control y gestión de la fuerza de trabajo, entre los cuales se encuentra el trabajo (y el salario) a destajo[252], sin garantía de valores mínimos o fijos, exigiéndose, así, una mayor activación y permanencia en la plataforma para alcanzar niveles mínimos remuneratorios. Este modelo, incluso, ha sido criticado por inducir a un efecto psicológico de autoexplotación en virtud del cual el trabajador siente la necesidad de estar en actividad constante e ininterrumpida para asegurar su subsistencia. Al mismo tiempo, la plataforma utiliza esa misma lógica, por ella misma establecida, para afirmar que se trata de un trabajo de naturaleza autónoma.

De esa forma, se percibe la fragilidad del argumento de que la remuneración por pieza o resultado —y la consecuente fluctuación salarial— reforzaría el encuadramiento del trabajo como autónomo, cuando, en realidad, ocurre lo opuesto: la imposición de esa modalidad remuneratoria —y de la cuantificación dinámica de valores y beneficios— como herramienta imprescindible para el control y la gestión del trabajo en ese modelo de organización productiva. Incluso porque, aun en modelos caracterizados por un elevado grado de fragmentación y dispersión remuneratoria, se observa, al final de cada período (día, semana, mes) una acumulación de micropagos (pequeñas transacciones) que expone la onerosidad, cuya intensidad y dimensión varía en la proporción del a necesidad del trabajador de asegurar su subsistencia y la de su familia.

Ese aspecto debe ser enfatizado, puesto que ha sido bastante común la argumentación empresarial de que, en su modelo (digital) de negocio, el trabajador (a menudo tachado de "colaborador") solo cobra si hay trabajo, aduciéndose una flexibilidad y autonomía incompatible (supuestamente) con el régimen de empleo. Sin embargo, se trata de argumentación falaz, pues no implica ni afecta el carácter oneroso y retributivo de la relación; a fin de cuentas, el propio argumento indica que el trabajador siempre trabaja a cambio de una

[252] VIDIGAL, op. cit., p. 230.

contraprestación económica, sin ningún aspecto altruista o gratuito en la actividad. En realidad, el argumento comporta otra cuestión relevante: la garantía del salario mínimo.

La garantía de un salario mínimo no constituye un elemento de la relación de empleo; representa, al contrario, una consecuencia de esa relación: el salario mínimo es debido en todo trabajo subordinado (esto es, cuando esté presente el carácter oneroso del trabajo prestado, además de los otros elementos constitutivos), independientemente de si, en el plano fáctico, el empleador efectivamente garantizó o no ese valor. Se trata de una garantía legal que asegura tanto la función de subsistencia del trabajador (y, en consecuencia, su dignidad y la protección de otros derechos fundamentales) como el reconocimiento social y colectivo del trabajo, el cual debe ser adecuadamente remunerado, como medida de justicia, equilibrio y dignidad de las relaciones de trabajo.

Así, una decisión empresarial, unilateral, de no garantizar el salario mínimo (en contratos con remuneración variable) constituye solo un incumplimiento de las normas legales y no un indicio de la naturaleza autónoma del trabajo. De lo contrario, la cualificación de la relación de empleo estaría condicionada a una simple decisión empresarial (reitero: unilateral), en un verdadero razonamiento retórico circular (petición de principio), puesto que la conclusión está asumida implícitamente en la premisa, haciendo que el argumento termine siendo aprobado por sí mismo: la empresa decide no garantizar al trabajador un salario mínimo (premisa) para, posteriormente, invocar esa característica del trabajo —resultante de su propia decisión— como elemento para descartar el vínculo de empleo.

Por lo tanto, en esas situaciones, la remuneración establecida de forma variable e a destajo, por más dinámica y volátil que pueda presentarse, no elimina el carácter oneroso de la relación jurídica ni pone de manifiesto ningún rasgo de trabajo altruista o gratuito, siendo, de esa forma, considerada como un trabajo asalariado. Tampoco implicará la asunción de riesgos, aspecto en el cual se ahondará más adelante, cuando se analice la ajenidad.

Además, otro aspecto de cuño económico que implica el trabajo realizado a distancia consiste en el pago, abono o compensación de los gastos relacionados a equipos e infraestructura para el trabajo remoto, valores que no tienen naturaleza salarial ni se pueden considerar retribución por el trabajo prestado, como se tratará en el último capítulo de este estudio, cuando se aborden los derechos de naturaleza económica en el trabajo digital.

2.3 No eventualidad

La legislación brasileña adopta el criterio de la no eventualidad como presupuesto de la relación de empleo —elemento no contemplado en el Derecho español—, al prever la prestación de "(...) servicios de naturaleza no eventual (...)" en el art. 3º de la CLT (traducción propia). Se trata del carácter de permanencia, regularidad y habitualidad, contrapuesto al trabajo esporádico, efímero, excepcional. La definición del concepto de "no eventual" constituye un tema de considerable controversia, incluso porque la ley no definió el objeto de la no eventualidad, que puede ser relacionada al trabajo, al trabajador, al empleador, a la actividad y así sucesivamente. ¿Como cuestiona CATARINO, con respecto a qué o a quién debe ser eventual?[253] El criterio más utilizado en la doctrina y en la jurisprudencia es el relativo a la necesidad permanente del trabajo en cuestión en la empresa, o sea, consiste en definir su naturaleza en función de la actividad empresarial.

Para MARANHÃO, se configura prestación no eventual cuando la utilización de la fuerza de trabajo, como factor de producción, corresponde a las necesidades normales de la actividad económica, independientemente del tiempo de duración del trabajo. En ese contexto, sería eventual el servicio excepcional o transitorio con respecto a la actividad de la empresa. Se trata, por ende, de la distinción entre la necesidad permanente o provisoria, habida cuenta de los fines normales de la empresa, y no entre una continuidad y una discontinuidad.[254] MARTINEZ menciona que el rasgo característico del trabajo eventual es la imprevisibilidad de la repetición de aquel servicio.[255]

DELGADO propone el examen combinado basado en cuatro teorías, de acuerdo con las peculiaridades del caso concreto. Esas teorías son: *(a)* la teoría de la discontinuidad, para el trabajo de carácter fragmentado o disperso en el tiempo, no permanente dentro de determinada organización; *(b)* la teoría de la fijación jurídica, fundada en la pluralidad de contratantes del servicio, o sea, la fijación a diversas fuentes de trabajo y no a una única fuente de trabajo (contratante de los servicios); *(c)* la teoría del evento, que considera de corta duración el trabajo oriundo de determinado evento o hecho específico y de concreción incierta, que da lugar a determinada obra o servicio de corto plazo, sin posibilidad de prórroga; y *(d)* la teoría de los fines del emprendimiento, que reputa eventual el trabajo de corta duración y excepcional en lo concerniente a las necesidades normales del emprendimiento, comprendiendo tareas que no forman parte de los fines normales de la empresa. Esta concepción doctrinaria es

[253] CATARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho.* 3.ed. rev. atual. E aum. – São Paulo: Saraiva, 1982. p. 157.
[254] MARANHÃO, Délio [et.al]. *Instituições do direito o trabalho*. 19. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. p. 315.
[255] MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*– 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 237.

ampliamente acogida en la jurisprudencia, destacándose, entre las mencionadas, la teoría de los fines de la empresa como la más prestigiosa, siendo la que considera eventual al trabajador contratado para realizar tareas esporádicas y de corta duración que no forman parte de los fines ordinarios de la empresa.[256]

Además, en cuanto al trabajo doméstico, la ley brasileña (*Ley nº 5.859*/72) adoptó un criterio distinto, ya que, en vez de utilizar el de la no eventualidad, cualificó el trabajo doméstico como de "naturaleza continua", optando, así, por el criterio de la continuidad. Esa diferenciación terminológica dio lugar a cuestionamientos, en su momento, sobre si serían expresiones sinónimas o no, habiendo prevalecido la tesis de que se trata de un criterio distinto. Continuo es el trabajo no fraccionado e ininterrumpido, mientras la no eventualidad dice respecto al carácter permanente y definitivo del trabajo en una determinada actividad económica. Esa distinción fue reafirmada por la *Ley Complementaria nº 150*/2015 (actual ley que regula el trabajo doméstico en Brasil), que utilizó el número de días trabajados como criterio para la caracterización del empleado doméstico (art. 1º)[257], distinto del criterio utilizado por la CLT.

Ese examen del carácter regular y perene —aun en un contrato con duración determinada— esperado de una relación de empleo acaba revelando un indicio importante de integración del trabajador en la actividad (y estructura) empresarial y en su organización productiva, reflejando una necesidad permanente del empleador, lo que autoriza a agregar un componente de estabilidad a la cualificación jurídica de esa relación.

A pesar de los debates conceptuales, la no eventualidad suele ser más fácilmente identificable en la práctica, ya que las modalidades de trabajo eventual son excepcionales, incluso porque corresponde a un trabajo subordinado apartado del régimen de empleo.[258]

A su vez, el Derecho español no contempla el requisito de la *no eventualidad;* todo lo contrario, pues si se dan los requisitos supuestos del art. 1.1 del ET, habrá laboralidad, a despecho de la eventualidad, admitiéndose los contratos de trabajo eventuales y temporales, incluso en el empleo público. A este respecto, cabe señalar la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, que, si bien supone la duración

[256] DELGADO, op. cit., p.342-46.
[257] Art. 1º Al empleado doméstico, así considerado aquel que presta servicios de forma continua, subordinada, onerosa y personal y de finalidad no lucrativa a la persona o a la familia, en el ámbito residencial de estas, por más de 2 (dos) días por semana, se aplica lo dispuesto en esta Ley. [negritas nuestras] (traducción propia)
[258] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p. 194.

indefinida como estándar de las relaciones laborales, también reconoce la importancia del trabajo de duración determinada en determinados contextos específicos, de forma regulada y bajo un control metódico.[259] La noción más cercana, aunque distinta, de este requisito consagrado en el Derecho brasileño serían las características de habitualidad o continuidad, a menudo invocadas en la distinción práctica entre la relación laboral y otras figuras, como el trabajo autónomo, a partir de una interpretación sistemática de los arts. 1.1, 15 y 16 del ET.

Además, la permanencia y la habitualidad del trabajo están expresamente consagradas como criterio para definir la duración del contrato de trabajo y del tipo contractual, en el cual el *contrato por tiempo indefinido* asume posición de destaque como el paradigma en las contrataciones laborales, siendo, incluso, presumido (art. 15.1 del ET). La norma también prevé algunas hipótesis de contrataciones temporales, basadas en circunstancias de la producción (consideradas como el incremento ocasional o imprevisible y las oscilaciones de la actividad normal) o para sustituir a un trabajador (art. 15.1 del ET), como en el caso de bajas por enfermedad o maternidad.

También consta la previsión del contrato *fijo-discontinuo* (art. 16 del ET), que permite el fraccionamiento o interrupciones en el ritmo y frecuencia del trabajo, que se desarrollará de forma cíclica, intermitente y discontinua. Aunque prevista desde la creación del ET, esta figura contractual se convirtió en una herramienta central tras la reforma laboral de 2021, que potenció su uso como alternativa a los contratos temporales, muchos de los cuales fueron entonces derogados. No obstante, aun cuando exista la prescripción legal de contratos a plazo o temporales, su utilización reiterada (más allá de los límites legales) o abusiva puede configurar fraude a la ley, por poner de manifiesto funciones duraderas, permanentes y constantes, transformándose, así, en un vínculo definitivo y por tiempo indeterminado, justamente amparado en la idea de continuidad y permanencia de la relación de empleo.

Sin embargo, el avance tecnológico ha generado nuevas modalidades laborales —impulsadas por modelos flexibles de plataformas digitales por demanda, por la creciente automatización y por la consolidación del teletrabajo ordinario, como se analizó en el primer capítulo— transformadoras de la relación de empleo y que producen impactos significativos en la continuidad del trabajo, ahora sostenida por conexiones digitales y una disponibilidad intermitente.

[259] UNIÓN EUROPEA. *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre los contratos de duración determinada*. Luxemburgo, 10 jul. 1999. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31999L0070. Consultado el: 12 dic. 2024.

En la era del trabajo digital, la mayor libertad en la realización del trabajo se ha utilizado para declarar un carácter eventual o discontinuo del trabajo a partir del intento de fraccionar la prestación laboral en cada pausa, descanso, proyecto o segmento, sobre todo en regímenes de flexibilidad o autonomía horaria. Sin embargo, a pesar de esa transformación de una presencia anteriormente regular y fija en una presencia digital (y remota) que permite la realización de las actividades con libertad horaria o incluso de forma intermitente, aun así habrá una regularidad —incluso de conexión al sistema—, frecuencia y necesidad constante de realización de ese trabajo, lo que pone en evidencia la permanencia de las funciones, esenciales para el mantenimiento continuo de la actividad económica y productiva, lo que descarta cualquier aspecto esporádico o de excepcionalidad.

Asimismo, con la creciente fragmentación de la propia actividad en pequeñas y microtareas, se considera equivocado el análisis puntual, individual y disperso de cada prestación (atomizada) cuando el examen debe comprender la actividad como un todo, de forma lineal y secuencial. Eso implica no solo la presencia constante y el conjunto de atribuciones y tareas continuamente realizadas en aquella actividad económica (y profesional), como también los períodos de disponibilidad continua (o disponibilidad conectada) en el sistema, independientemente de interrupciones, pausas o de la ausencia de jornadas fijas o predeterminadas. En esa línea, CARELLI y OLIVEIRA abordan la cuestión de la pluralidad de activaciones en las plataformas digitales y la distinción entre el tiempo efectivo de trabajo y el tiempo de espera (a disposición de demandas) para reconocer la no eventualidad del trabajo en las plataformas de servicios, así discurriendo:

> Esta cuestión del tiempo de activación remite (sic) a las críticas vinculadas a la eventualidad del trabajo en plataformas. Siguiendo la distinción presentada anteriormente entre tiempo efectivo de trabajo y tiempo de espera a disposición de las demandas, es indispensable considerar no solo el tiempo de ejecución de la terea, microtarea o actividad, sino la totalidad del tiempo que el trabajador vive esperando por trabajo, a fines de configuración del elemento legal de no eventualidad, lo que no se confunde con el tiempo de remuneración por el tiempo a disposición. Vale decir, la habitualidad en el trabajo en plataformas no se debe medir por la duración de la tarea ejecutada, sino por la continuidad del registro del trabajador en aquel ambiente (...).[260] (traducción propia)

Así, en esta realidad digital, el carácter permanente del trabajo se debe definir tanto por la frecuencia de la conexión (activa y regular) como por su necesidad y finalidad ante la empresa a efectos de viabilizar su continuidad operativa, revistiéndose de la fluidez y dinamismo característicos de esa modalidad de trabajo digital y no por aspectos subjetivos,

[260] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 101.

como la intención, contratos o medios de control de la ejecución. Así, según el Derecho brasileño, no eventual es el trabajo que permanece, estable, definitivo, independientemente de los períodos específicos de activación en la actividad (diaria o semanal), contraponiéndose a trabajos breves, efímeros, excepcionales o temporales dentro de una organización.

Por último, no se debe confundir la permanencia del trabajo con el carácter provisorio de algunas actividades económicas, estacionales. Incluso en estas, mientras se esté en la temporada o en época de zafra, el trabajo será permanente y cíclico, puesto que es imprescindible durante el período en el que se desarrolla aquella actividad económica, aunque sea temporal o esté definido su término en un determinado lapso temporal o evento —que podrá durar días, semanas o meses— por la propia naturaleza de los servicios ofrecidos.

2.4 Subordinación

Uno de los principales debates en el Derecho del Trabajo gira en torno al concepto de subordinación, el elemento más importante en la caracterización del empleo, llegando a ser considerado el carácter vertebral de la relación de trabajo.[261] Muchos teóricos dividen el trabajo profesional en solo dos grandes modalidades: el trabajo subordinado y el autónomo.[262] Desde su conceptualización, ese elemento ha pasado por diversas variantes, las cuales lo asociaban a la dependencia económica, técnica, social e incluso moral. Actualmente, en los países democráticos, prevalece el concepto de subordinación jurídica como elemento definidor de la relación de trabajo.

La idea basilar es la de que toda organización o grupo social demanda cierto grado de jerarquía, la cual presupone una autoridad y, del lado opuesto, la subordinación, o sea, estar bajo órdenes. En la relación de trabajo, el poder directivo permite al empleador especificar las obligaciones del trabajador, lo que implica dirigir, organizar y controlar el trabajo, lo que, por otro lado, pone al trabajador en una situación de subordinación, visto que le impone el cumplimiento de las órdenes y orientaciones emitidas por el empleador. Como lo observa DELGADO, "la subordinación jurídica es el polo reflejo y combinado del poder de dirección empresarial, también de matriz jurídica" (traducción propia)[263].

Las legislaciones nacionales varían de nomenclatura, ora utilizando el término "subordinación" (como en Francia), ora "dependencia" (como en Brasil y Argentina),

[261] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo,* p. 142.
[262] LEITE, op. cit., 194.
[263] DELGADO, op. cit., p. 351.

ora ambas (como en Chile). En algunos casos, se utilizan como sinónimos; en otros, se utilizan expresiones distintas, como "dirección", "supervisión" y "control" (España y Portugal)[264]. En la *common law*, predomina la noción de control —poder de dirigir, fiscalizar y disciplinar el trabajo— como elemento determinante de la relación de empleo, a diferencia de lo que ocurre en la tradición de la *civil law,* que prioriza el concepto de subordinación.[265] De cualquier manera, constituyen dos caras de una misma moneda. La *Recomendación nº 198* de la OIT (sobre la relación de trabajo) hace referencia expresa a la subordinación o dependencia como elemento nuclear para la configuración de una relación de empleo (art. 12).[266] Más allá de eso, el significado de trabajo subordinado suele ser similar en la mayoría de los países democráticos, aun de diferentes tradiciones jurídicas y regiones del planeta.

2.4.1 Marco conceptual y estructura dogmática

En la legislación brasileña, el elemento de la subordinación está presente en las definiciones de empleador (aquel que "admite, asalaria y dirige la prestación personal de servicio", según definición del art. 2º de la CLT) y de empleado (aquel que presta servicio a empleador "bajo dependencia", de acuerdo al art. 3º de la CLT). Así, el legislador brasileño optó por una definición expansiva, admitiéndose más de un criterio calificador, no excluyentes, construidos por la hermenéutica jurídica. A pesar del término legal "bajo dependencia", DELGADO resalta que la subordinación se debe examinar desde el prisma objetivo, o sea, teniendo en cuenta el modo de realización de la prestación del trabajo y no de acuerdo a un matiz personal o subjetivo relacionado con la persona del trabajador, lo que conduciría a un estado de sujeción.[267]

El ET español prevé el requisito de la subordinación al exigir el trabajo "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona" (art. 1.1). Como nos los enseña MERCADER UGUINA, el término *dependencia* hace referencia al modo de prestación de servicios por cuenta ajena, expresando la integración del trabajador a una organización ajena y, por lo tanto, una "mediatización" del trabajo por un tercero.[268] Una noción íntimamente

[264] OIT. *La relación del trabajo.* Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. p.20. Disponible en: https://www.ilo.org.
[265] DE STEFANO, Valerio. Automação, inteligência artificial e proteção laboral: patrões algorítmicos e o que fazer com eles. *In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 36.
[266] Se recuerda que estos instrumentos no poseen naturaleza de tratado internacional ni obligan a los Estados miembros, sirviendo únicamente como orientación e inspiración para los países, en complemento a los Convenios.
[267] DELGADO, op. cit., p. 350-2.
[268] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 142

imbricada al elemento de la subordinación —e incluso integrada a su contenido— dice respecto a la voluntariedad, expresamente prevista en la ley española, como se vio anteriormente. Esa noción se traduce en la libre y voluntaria aceptación y realización del trabajo, bajo el comando de otra persona, implicando, así, la sumisión (voluntaria) a las órdenes y directrices del empleador.

Así, "subordinación jurídica" significa la obligación libre y voluntaria de trabajar para otro, bajo su comando, a cambio de remuneración, verificada a partir del contenido concreto de la negociación y de la relación jurídica establecida por las partes, independientemente de la estructura o del tipo contractual formalmente utilizado. Para MARANHÃO, la subordinación es jurídica porque resulta de un contrato y en él encuentra sus fundamentos y límites.[269] Aunque la comprensión moderna examine el elemento de la subordinación desde una perspectiva esencialmente jurídica, eso no elimina los aspectos económicos y técnicos de dependencia del trabajador de cara al empleador, que servirán como elementos indicativos relevantes en la conformación de una relación de empleo.[270]

Desde la perspectiva tradicional[271], la subordinación implica, por un lado, la facultad del empleador de utilizar la fuerza de trabajo del empleado (como factor de producción) en el interés del emprendimiento cuyos riesgos asumió; y, por otro lado, la obligación del trabajador de dejarse dirigir por el empleador, según los fines que busca alcanzar en la actividad económica, lo que supone cierta determinación del contenido de la prestación, definible en el curso de la relación y en los límites del contrato.[272] Como nos lo enseña MARANHÃO, de la subordinación derivan derechos para el empleador, especialmente el de dirección y comando (determinar las condiciones para la utilización y aplicación concreta de la fuerza de trabajo), de control (verificar el cumplimiento de la prestación del trabajo) y de aplicar sanciones disciplinarias.[273]

DELGADO menciona tres dimensiones evolutivas del fenómeno de la subordinación: la clásica, la objetiva y la estructural. La subordinación clásica o tradicional se manifiesta por la intensidad de órdenes del empleador hacia el empleado, lo que revela la acogida, por parte del trabajador, del poder de dirección empresarial en el modo de la prestación

[269] MARANHÃO, op. cit., p. 248.
[270] MORAES, GAIA, op. cit., p. 56-7.
[271] La subordinación jurídica típica resulta de modelos organizacionales que consideran a los trabajadores un engranaje del sistema productivo, sin necesidad de conocimiento especializado, con uniformidad de ritmo y estandarización (fordismo y taylorismo), y, por eso, se funda en el ejercicio directo y continuo del poder directivo por parte del empleador, situación bastante distinta a la de las actuaciones organizacionales y relaciones de trabajo.
[272] MARANHÃO, op. cit., p. 247.
[273] Idem, p. 248.

del trabajo. La subordinación objetiva corresponde a la integración del trabajo a los fines empresariales, revelando una coordinación e integración de la actividad del trabajador con las actividades y objetivos empresariales. Por último, la subordinación estructural significa que el trabajador está estructuralmente vinculado a la dinámica del empleador, independientemente de órdenes directas o de su integración a los objetivos empresariales, noción bastante asociada al tema de la tercerización creciente y a su proceso de horizontalización de la actividad económica. El doctrinador concluye que las tres dimensiones son complementarias, no excluyentes ni y multidimensionales, que se deben examinar en los casos concretos, en una realidad cada vez más intrincada en la cual se debe prestigiar el histórico carácter expansionista del Derecho del Trabajo en el sentido de ampliar su incidencia y su ámbito de aplicación de forma tal que alcance y proteja a cada vez más trabajadores.[274]

DELGADO también incorpora una cuarta dimensión llamada *subordinación algorítmica*, fruto de la Cuarta Revolución Tecnológica del Capitalismo y del respectivo contexto notablemente tecnológico en el cual máquinas y algoritmos transmiten la cadena de comandos empresariales. En las palabras del autor:

> (...) esas innovaciones tecnológicas han propiciado, en otros ejemplos, el uso intensivo de la fuerza de trabajo en el emprendimiento capitalista; esa colectividad de trabajadores pasó a ser administrada cuidadosamente mediante los nuevos e imprescindibles instrumentos de control, supervisión y evaluación de las personas involucradas mediante los medios digitales informatizados de la inteligencia artificial concentrada —los denominados algoritmos—, consustanciados en ágiles, minuciosos y sagaces gestores del poder empresarial sobre los trabajadores. (traducción propia)[275]

En este contexto —y como se vio en el primer capítulo—, habrá un riguroso control (individual y colectivo) de los trabajadores por medio de la programación y de los algoritmos, los cuales sustituyen las órdenes del empleador por comandos programados y reglas preestablecidas con objetivos, metas y premios, cuyos parámetros pueden ser ajustados por el programador en cualquier momento de acuerdo con la necesidad y criterio de la organización, todo mediante interacciones automatizadas que suelen ocurrir en tiempo real. Más allá de su carácter innovador, esta subordinación algorítmica termina reflejando las demás dimensiones de la subordinación, diferenciándose tan solo por la utilización de nuevas herramientas y medios de comando, virtuales y desterritorializados. Sin embargo, ha recibido una atención especial y una nomenclatura propia a efectos de contextualizar mejor ese importante elemento en la Sociedad Digital. Cabe señalar que este concepto está contemplado en la legislación

[274] DELGADO, op. cit., p. 352-54.
[275] Idem, p. 355-56.

brasileña, que iguala los medios telemáticos e informáticos de mando, control y supervisión a los medios personales y directos de mando, control y supervisión del trabajo (art. 6, párrafo único, de la CLT), tema que se profundizará en el último capítulo.

En la misma línea se sitúa la propuesta denominada *subordinación disruptiva*, expresión utilizada para destacar una ruptura con respecto al concepto y parámetros tradicionales de la subordinación construido a lo largo del tiempo, congregando, de forma fluida, las vertientes subjetiva – con sus mecanismos de control directo – y objetiva, noción muy relacionada al trabajo en plataformas digitales. En las palabras de MORAES y GAIA:

> Se conceptualiza la subordinación jurídica disruptiva como siendo el lazo jurídico, oriundo del uso de aparatos tecnológicos en el proceso productivo, que vincula el empleado al empleador, por medio del cual este, en razón de la dependencia funcional del uso de la fuerza de trabajo para el desarrollo de la actividad productiva, ejerce la gestión, el control y el poder disciplinario sobre la fuerza de trabajo contratada. (traducción propia)[276]

Pasando al examen del ordenamiento jurídico español, se observa que la dependencia y la ajenidad constituyen elementos nucleares en la definición de la relación de empleo, manifestados de diversas formas debido a su carácter abstracto. La jurisprudencia española aborda esos elementos en variados contextos de acuerdo con la actividad, la organización y el modo de ejecución del trabajo. Se destaca el siguiente trecho de la *STS 2924/2020, de 25 de septiembre*, sobre la evolución del requisito subordinación-dependencia:

> (...) 2. Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil). En la práctica, debido a la dificultad que conlleva valorar la presencia de los elementos definitorios de la relación laboral en los supuestos dudosos, para determinar si concurren se utiliza la técnica indiciaria, identificando los indicios favorables y contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso concreto concurre o no la relación laboral. Este Tribunal ha afirmado que «La calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio» (sentencia del TS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014).[277]

[276] MORAES, GAIA, op. cit., p.61.

[277] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia n.º 805/2020, de 25 de septiembre de 2020. *Recurso n.º 4746/*2019. Procedente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp. Consultado el: 20 mar. 2022.

En la misma sentencia, el Tribunal Supremo resaltó su jurisprudencia, que considera dependencia o subordinación la integración de los trabajadores en el ámbito de la organización y dirección empresarial, enfatizando que la mera autonomía profesional no excluye la dependencia, puesto que es compatible con las formas flexibles de trabajo, siempre y cuando la actividad integre la esfera organicista y orientativa de la empresa. Se recuerda, en cuanto a ese aspecto, que la *Ley nº 12/2021, de 28 de septiembre* (que estableció la presunción de empleo en las plataformas digitales de reparto), procedente del *Real Decreto-ley 9/2021,* fue editada justamente tomándose como base esa sentencia y los parámetros jurisprudenciales adoptados por la Corte, aunque persistan las resistencias y dificultades en su aplicación práctica.

Para MARTIN VALVERDE y GARCÍA MURCIA, la subordinación —en el sentido funcional y jurídico— significa el desarrollo de la prestación de servicios dentro del ámbito de organización y dirección por otra persona y bajo órdenes e instrucciones. Dice respecto a la interferencia en la realización del trabajo, especialmente la sumisión a órdenes, lo que puede ocurrir en todos los aspectos y circunstancias (tiempo, modo y lugar) de la prestación de trabajo —típico en el taylorismo— o en la adaptación de la actividad laboral a criterios organizacionales del empleador. En la evolución del concepto, se superó la idea estricta de sujeción a órdenes de otros, abarcándose también la inserción del trabajo —y del trabajador— en el círculo directivo y organizativo del empresario de forma tal que caracterice la subordinación aun cuando el trabajador tenga mayor independencia técnica o cierto grado de autonomía en la ejecución de su trabajo.[278] Esta última noción resulta fundamental en el trabajo realizado por medios digitales, como veremos más adelante.

CRUZ VILLALÓN resalta que la subordinación se manifiesta cuando el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, cuya prestación laboral estará sometida a los poderes organizacional y directivo (poder de mando) del empresario. A pesar de eso, el autor sopesa las dificultades prácticas en la delimitación del significado de la subordinación, especialmente en un contexto de mayor complejidad económica en una sociedad posindustrial, el cual determina la existencia de zonas grises. Para él, la solución está en apartarse de cualquier concepción restrictiva o rigurosa de subordinación, lo que la jurisprudencia ha observado al adoptar un concepto abierto, amplio y flexible de subordinación, sirviéndose de elementos indicativos en los casos más intrincados. El doctrinador concluye:

[278] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 43 y 180.

"La subordinación puede tener sus grados, pero lo decisivo es la situación de puesta a disposición de la fuerza de trabajo para integrarla en una organización ajena."[279]

En la misma línea de razonamiento, MARTIN VALVERDE y GARCÍA MURCIA también advierten el carácter graduable y los grados de intensidad presentes en la noción de subordinación:

> La subordinación o dependencia (en sentido funcional y jurídico) es en todo caso un concepto graduable, que puede mostrar distinta fuerza o intensidad en función de circunstancias de diverso tipo, unas veces atinentes al trabajador (cualificación, experiencia, etc.), otras veces a la empresa (sistema de producción, criterios de organización del trabajo, etc.), y otras veces a las características del trabajo o del ámbito en el que se presta el trabajo (por ejemplo, el sector de actividad).[280]

La antítesis de la subordinación es el trabajo autónomo, tradicionalmente considerado como aquel que dirige su propio trabajo o ejerce una actividad por cuenta propia, como los profesionales liberales.[281] MARTINEZ menciona que la autonomía "(...) indica un estado según el cual el propio trabajador establece las reglas para el ofrecimiento de su servicio", siendo responsable por la "(...) definición del tiempo y del modo de ejecución de lo que le contrataron" (traducción propia).[282] MARTIN VALVERDE y GARCÍA MURCIA definen el trabajo autónomo como "(...) aquel en que no existe intervención ajena que determine su modo de ejecución".[283] Para esos autores, habrá autonomía cuando el trabajador disponga plenamente sobre el modo de ejecución del trabajo, tratándose de un concepto rígido, sin graduaciones, a diferencia de la subordinación y sus niveles de intensidad.

El *Estatuto de los Trabajadores Autónomos* (ETA) español define al trabajador autónomo como la persona física que realiza, de forma habitual, personal, directa y por cuenta propia una actividad económica o profesional con fines lucrativos. En el ordenamiento jurídico brasileño, el concepto de trabajador autónomo está previsto en la legislación previsional (*Ley nº 8.212*/91), que contempla diversas modalidades, como el pequeño productor rural, el minero, el ministro de confesión religiosa y el trabajador eventual. El art. 12, inc. V, letra "h", de la *Ley nº 8.212*/91, prevé como autónomo a "la persona física que ejerce, por cuenta propia, actividad económica de naturaleza urbana, con fines lucrativos o no" (traducción propia).

[279] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 36.
[280] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 180.
[281] CATARINO, op.cit., p. 155.
[282] MARTINEZ, op.cit., p. 234.
[283] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 43-44.

La legislación española también prevé la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, figura intermediaria —que no existe en Brasil— que comprende el trabajo por cuenta de determinado cliente, incluso cuando la organización, la infraestructura y los materiales sean del propio trabajador. Sobre la caracterización del trabajador autónomo económicamente dependiente, dispone el art. 11 del ETA español:

> Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo.
>
> 1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.
>
> 2. Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:
>
> a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes. (...)
>
> b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
>
> c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
>
> d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
>
> e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

En este contexto, MARTIN VALVERDE y GARCÍA MURCIA resaltan que, a partir de esta norma, se pasó a distinguir la dependencia funcional y jurídica (típica del trabajo asalariado) de la dependencia económica, que puede darse tanto en el trabajo asalariado como en el trabajo autónomo. La dependencia económica consiste en la situación en que el trabajador tiene un único cliente como fuente predominante de ingreso —la norma considera el porcentaje del 75%—, lo que lo hace económicamente dependiente de ese cliente. Fue así que el trabajador autónomo económicamente dependiente pasó a gozar de un régimen intermedio de protección laboral, situado entre el trabajo asalariado y el autónomo.[284]

La mayoría de las legislaciones nacionales utilizan determinados factores (cualitativos) para demostrar la relación de empleo —en especial, la subordinación—, como el nivel de integración en la organización y la supervisión de las condiciones de trabajo o el

[284] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 45 y 180.

suministro de materiales y equipos. También es común la previsión, legal o jurisprudencial, de indicadores para el reconocimiento de esos factores.[285]

El Tribunal Supremo español estableció indicios de dependencia (indicadores relevantes, pero no únicos) como, por ejemplo: la comparecencia al establecimiento del empleador o lugar por él designado, la sumisión al horario, el control sobre el trabajo realizado, la realización de la actividad en carácter personal, la inserción del trabajador en la organización de trabajo de la empresa —que programa sus actividades—, la titularidad de las herramientas y del lugar de trabajo por el empresario, entre otros. La Corte española considera como indicio de ajenidad la situación en la que los frutos del trabajo se transfieren, desde el comienzo, a la empresa (la utilidad patrimonial de los frutos del trabajo ingresa directamente al patrimonio de la empresa), la cual asume la obligación de remunerar el trabajo, aunque sea por unidad de obra; la no asunción de cualquier tipo de riesgo empresarial por parte del trabajador; y la ausencia de inversión relevante en bienes de capital (*STS 2924/2020, de 25 de septiembre*).

2.4.2 La subordinación en la Era Digital

De todos esos, el elemento de la subordinación es el que sufre el mayor impacto a raíz de la digitalización.

El trabajo realizado por medios digitales hizo posible, por ejemplo, la contratación a distancia de un trabajador para ejecutar los servicios también a distancia —servicios que se pagan mediante transferencias bancarias— sin que nunca tenga que comparecer al establecimiento o a la oficina empresarial. La tecnología también permite el trabajo remoto, sin horarios ni días predefinidos, controlado por metas y productividad (control descentralizado) o mediante sistemas digitales automatizados de control y monitoreo, el cual puede ser incluso más riguroso que el control presencial. Por otro lado, en el trabajo digital es bastante común la utilización de modelos contractuales civiles y comerciales de trabajo autónomo para camuflar un auténtico trabajo subordinado, realizado o entregado virtualmente (ya sea en virtud del trabajo propiamente dicho y/o por la relación establecida con el empleador). Se trata de una nueva presentación de un viejo problema, el del *falso autónomo*.

La nueva realidad laboral ha ampliado la llamada zona gris del empleo, esto es, aquella línea que distingue al trabajador asalariado del autónomo, puesto que se constata cada vez más una autonomía y autodeterminación en el trabajo subordinado (asalariado) y una

[285] OIT. *La relación del trabajo.* Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, Ginebra, 2006. p.8. Disponible en: https://www.ilo.org. Consultado el: 18 mayo 2020.

lealtad y vinculación en el trabajo autónomo e independiente.[286] La subordinación se va volviendo cada vez más fluida, desterritorializada u despersonalizada (control por sistemas digitales), lo que dificulta cada vez más su comprensión y caracterización a partir de criterios estáticos, rígidos o territorializados. Es una consecuencia de la sociedad posmoderna y digital, marcada también por el avance significativo del sector de servicios sobre el industrial, que transformó el contexto fáctico sobre el cual se concibió el concepto tradicional de subordinación, imponiendo, así, su relectura.[287]

Esas transformaciones se vuelven evidentes cuando se intenta determinar el elemento de la subordinación jurídica en las relaciones de trabajo intermediadas por plataformas digitales, como lo resaltan MORAES y GAIA. Estos autores atribuyen la dificultad que implica esa operación a la ineptitud del concepto clásico de subordinación para lidiar con las nuevas formas de trabajo, ya que tal concepto está vinculado a una relación directa (no intermediada) entre los sujetos de la relación de empleo, fuertemente marcada por la heterodirección de la actividad laboral por el contratante de los servicios y realizada presencialmente al interior de una estructura de producción que corresponde al lugar de trabajo (esto es, presencia *in loco* del poder directivo, centralizado). Por otro lado, ninguno de esos elementos están presentes en los modelos de plataformas digitales, en los cuales se verificará un trabajo realizado fuera del ambiente empresarial, con mayor espacio para la autodeterminación del trabajador, aunque integrado en la estructura productiva de la empresa y fuertemente dirigido y controlado por las posibles configuraciones del algoritmo (y no directamente por personas), incluyéndose las evaluaciones realizadas por los consumidores de los servicios ofrecidos por la aplicación.[288]

En la búsqueda de acepciones funcionales de subordinación, compatibles con el fenómeno de la digitalización, se recuerda la decisión del TJUE, que, al interpretar la *Directiva nº 2003*/88/CE, consideró caracterizada la relación de trabajo por la circunstancia de que una persona realice prestaciones por un tiempo determinado en beneficio y bajo la dirección de otra, mediante remuneración.[289] Resulta oportuno recordar, asimismo, el concepto

---

[286] AZAÏS, Christian; DIEUAIDE, Patrick; KESSELMAN, Donna. Zona cinzenta do emprego, poder do empregador e espaço público. *In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 449.
[287] MORAES, GAIA, op. cit., p. 58.
[288] Ibidem.
[289] UNIÃO EUROPEIA. TJUE (sentencia de 20 de diciembre 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15). Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7171399. Consultado el: 13 Sep. 2023.

formulado por CATARINO, que define "empleado" como la persona humana que se obliga a trabajar para otra persona, quedando subordinado a esta.[290]

Así, la relación de empleo debería estar configurada por la simple prestación de servicios remunerados por una persona en beneficio de otra, de forma permanente. De esa forma se amplía el ámbito de la relación de empleo al restringirse la noción de trabajo autónomo, también conocido como trabajo independiente en algunos países. Luego, exceptuando a los profesionales liberales (que, en general, gozan de amplia autonomía con respecto a sus clientes[291]) o de legítimos propietarios de negocios (con empleados, gestión de la empresa y exposición absoluta al riesgo financiero), los demás trabajadores que prestan servicios remunerados a otros de forma permanente deben ser clasificados como empleados, incluso debido a la presunción de laboralidad. Esta presunción ejerce un papel relevante en la materia, puesto que se debe invertir la lógica de que cabrá al trabajador demostrar la presencia del vínculo de empleo, cabiendo, por su parte, a la empresa, al alegar la naturaleza autónoma del trabajo, demostrar los elementos de una auténtica autonomía en la gestión y prestación laboral o de la condición de empresario del prestador de servicios, lo que no se limita a un mero análisis de la libertad horaria o espacial.

Durante mucho tiempo la atención estuvo fijada, de manera casi miope, exclusivamente en la comprensión de la subordinación (jurídica) —su contenido, elementos e indicios—, olvidándose la observación, con la misma atención y detalle, del otro lado de esa misma realidad y problema: los elementos, características y requisitos para la comprobación de un trabajo autónomo genuino. Aunque el examen de uno implique el análisis del otro, dada la concepción binaria (autónomo *versus* subordinado) y por el simple hecho de que ambos representan los dos lados de la misma moneda, se cuestiona el motivo por el cual el foco siempre se pone sobre el trabajo subordinado y no sobre los elementos del autónomo.

De hecho, el trabajo autónomo se suele reconocer por exclusión, a partir de la ausencia de los numerosos elementos e indicios de la subordinación, pero lo contrario no se verifica (o sea, el reconocimiento de la subordinación a partir de la ausencia de los elementos del trabajo autónomo). Aunque el resultado pueda ser parecido, cuando no idéntico, el proceso para alcanzarlo es totalmente diferente, constituyendo, incluso, uno de los enfoques de esta tesis: el análisis crítico y restrictivo del encuadramiento como trabajador autónomo, en el que una no comprobación cabal y elemental de esa condición resultará en un trabajo subordinado

[290] CATARINO, op. cit., p. 161.
[291] Autonomía en sentido amplio, puesto que la mera autonomía técnica, por sí sola, no es incompatible con el trabajo subordinado

más allá de las consideraciones sobre una mayor libertad o autodeterminación del empleado en el ejercicio de sus actividades, sobre todo en la actual realidad del trabajo digital.

Como nos lo enseña MARANHÃO, se configura trabajo autónomo cuando el propio trabajador ejerce una actividad económica, lo que presupone establecer las reglas del servicio ofrecido, en contraposición al trabajo subordinado, que consiste en permitir que la fuerza de trabajo propia se utilice como factor de producción en la actividad económica ejercida por otro. CARELLI resalta dos dimensiones centrales del trabajo autónomo: *(i)* el trabajador organiza y administra su propio negocio (decide para quiénes prestará servicios, tiene una clientela, determina el precio, las condiciones y los medios por los cuales prestará el servicio); y *(ii)* organiza y administra el trabajo dentro de su propio negocio (dirección y distribución, para otras personas, del trabajo necesario para la prestación de los servicios y la consecución de su negocio).[292] El autor también advierte de que organizar y dirigir una empresa (establecer la dirección del negocio, la dimensión territorial de las operaciones, fijar el precio y ser propietario de los resultados del trabajo) es diferente de limitarse a dirigir los servicios, es decir, estructurar y organizar los servicios, lo que puede hacerse mediante un control continuo del desempeño del trabajador o incluso sin una dirección reiterada, como en el trabajo por objetivos y resultados. [293]

La existencia de una estructura empresarial presupone elementos materiales (establecimiento, maquinaria) e inmateriales (marca, fondo de comercio, etc.), así como una organización que no se limita a la prestación de servicios, sino que abarca, además, la efectiva gestión del negocio.[294] En el mismo sentido, ROSENBAUM CARLI defiende la necesidad de comprobación de una auténtica autonomía de la condición de empresario del prestador a fines de concreción del trabajo autónomo en las plataformas digitales, lo que presupone independencia técnica, económica, organizativa, productiva y de marca, es decir, la presencia de ajenidad en sus distintas dimensiones.[295]

Así, salvo en la hipótesis de quienes dirigen un emprendimiento propio o en la situación especial de los profesionales liberales (categorías profesionales con leyes específicas y actividades compatibles al trabajo autónomo), la fuerza de trabajo será vertida a una actividad económica ajena, independientemente de los medios de control (directos o

[292] CARELLI, op. cit., p. 75-6.
[293] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p.108.
[294] TODOLÍ SIGNES, Adrián; MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela; SALA FRANCO, Tomás. *El teletrabajo*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
[295] ROSENBAUM CARLI, op. cit., p. 263-4.

indirectos, presenciales o virtuales, manuales o automatizados), caracterizándose típico trabajo subordinado.[296]

Incluso porque el trabajo autónomo implica una libertad real de elección del trabajo que se hará y sobre el objeto, cuándo, dónde y de qué forma se lo hará, definiendo también su valor. Habrá autonomía cuando el trabajador disponga, integralmente, de los modos de ejecución y comercialización del trabajo. Para esa evaluación, no es relevante el instrumento utilizado para dirigir el trabajo, si por comando personal directo o inmediato o mediante herramientas tecnológicas que permitan un control remoto, directo o indirecto, inmediato o finalístico. Es necesario deshacer la equivocada idea, común en los tiempos que corren, de que el trabajo instrumentalizado por medios digitales sería sinónimo de trabajo autónomo, confundiendo autonomía organizativa con la figura del trabajador independiente, como si fueran supuestos, cuando la realidad ha mostrado que el uso intensivo de herramientas tecnológicas y a distancia no modifican la naturaleza subordinada del trabajo, como se puede observar en las legislaciones que regulan el teletrabajo (ver tercer capítulo).

En ese sentido, el Tribunal Supremo español, al juzgar el caso que involucraba a la plataforma digital Glovo (*STS 2924/2020, de 25 de septiembre*), dejó claro que no se trataba de trabajo autónomo, aduciendo estos presupuestos:

> Glovo no se limitaba a encomendar al repartidor la realización de un determinado servicio sino que precisaba cómo debía prestarse, controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación. Así, se establecía que el repartidor debía realizar el servicio en el plazo máximo acordado; se especificaba cómo debía dirigirse al usuario final; se le prohibía utilizar distintivos corporativos tales como camisetas, gorros, etc. Por consiguiente, Glovo estableció instrucciones dirigidas a los repartidores relativas a cómo realizar la prestación del servicio. El actor se limitaba a recibir las órdenes de Glovo en virtud de las cuales debía recoger cada pedido de un comercio y llevarlo al domicilio de un cliente final. La realización de esta tarea estaba sujeta a las reglas precisas impuestas por la empresa.

En definitiva, si el Derecho del Trabajo surgió para compensar las desigualdades económicas y no permitir la explotación de la parte en desventaja (la que cuenta con menos recursos), esa finalidad se está desvirtuando a diario, con elementos jurídicos imprecisos para enfrentar una realidad compleja. Diversos parámetros acaban por dificultar el encuadramiento del empleo —y su respectiva protección social— en vez de incentivarlo, especialmente en la actualidad, con modelos cada vez más híbridos. Para hacer frente a esa realidad, es necesario evitar tipologías que dificultan la comprensión y priorizar nociones

[296] MARANHÃO, op. cit., p. 314.

simplificadas y abarcadoras, capaces de acompañar la acelerada dinámica de los hechos y acoger la infinidad de múltiples situaciones existentes.

La propuesta de división del trabajo en categorías intermedias entre la modalidad autónoma y la subordinada, ya contemplada en diversas tesis y figuras (como la parasubordinación, el trabajo coordinado, el trabajador autónomo económicamente dependiente, etc.), son perjudiciales al régimen de empleo y dificultan aun más la comprensión de sus elementos. Aunque el objetivo positivo de esas propuestas sea el de garantizar derechos sin enfrentar el arduo debate sobre la definición de empleo, se entiende que se debe utilizar la premisa opuesta, a saber, la de debatir y afinar la definición de empleo ante la nueva realidad que vivimos. En este sentido, consideramos relevantes las palabras de DOCKÈS:

> El trabajo organizado por plataforma digital, designado con un nombre u outro, estará, por ende, ampliamente sujeto al Derecho del Trabajo. Por su originalidad, pondrá a prueba el Derecho del Trabajo, convocándolo a mostrar que es capaz de proteger a esos trabajadores, de evitar la creación de trabajadores de segunda categoría, más débiles y menos protegidos que los empleados comunes, y también a mostrar que es capaz de permitir que esas nuevas organizaciones de trabajo sobrevivan a partir de lo que tienen de positivo, de liberador, en especial la libertad que conceden a los trabajadores en cuanto a la fijación de sus horarios de trabajo. (traducción propia)[297]

El Derecho del Trabajo debe acoger el fenómeno digital y ampliar la caracterización del empleo para abarcar esas categorías intermedias, exceptuándose solo el trabajo eminentemente autónomo, que se deberá analizar rigurosamente en cada caso concreto. En vez de ir descartando gradualmente el empleo y extender algunos derechos, es necesario reconocer el empleo como figura central, sin menospreciar la posibilidad de discutir, en el ámbito de la relación de empleo, la incidencia de determinados derechos, dependiendo del grado de libertad y autodeterminación en la realización del trabajo.

Partiéndose de la premisa de que hay relación de empleo y de que incide, entonces, la legislación laboral, es posible discutir aspectos específicos y puntuales de cada actividad o, aun, la compatibilidad y el modo de concreción de esos derechos, incluso resaltándose el importante papel de la negociación colectiva en esa adaptación. Eso ya se ha hecho con respecto al teletrabajo y al trabajo a distancia, en los cuales la conversión al ambiente digital no apartó el régimen de empleo, sino que dio lugar a un debate sobre la incidencia de los derechos laborales en esa modalidad.

Se observa, a título ilustrativo, que, en España, la *Ley nº 10/2021* (Ley del Trabajo a Distancia - LTD) justamente garantizó la aplicación de los derechos laborales en el

[297] DOCKÈS, op. cit., p. 178.

trabajo a distancia, modulándolos a partir de las peculiaridades y flexibilidad de ese régimen, así como reservó diversos temas a la negociación colectiva, considerando la necesidad de adaptación y no la de una mera supresión de derechos. Sobre esa misma ley, refiere CASAS BAAMONDE: "La regulación legal revela la utilidad y la necesidad de la negociación colectiva como técnica de cooperación para su complementación y flexibilización adaptadora a las necesidades de actividades concretas y de empresas concretas". La autora concluye señalando que "Realmente los aspectos más innovadores de la nueva regulación legal del teletrabajo se confían a la negociación colectiva."[298]

De hecho, existiendo un sistema sindical adecuado y equilibrado, la negociación colectiva se convierte en un instrumento necesario, apropiado y efectivo para regular el trabajo digital, con el dinamismo y la flexibilidad exigidos por los avances tecnológicos, de forma tal que complemente la norma legal y adapte esas relaciones a los distintos modelos y a peculiaridades sectoriales y locales, siempre con el propósito de promover y concretar la protección laboral de acuerdo con cada contexto.

En lo que atañe a las plataformas digitales, afirma DOCKÈS: "La aplicación del Derecho del Trabajo exigirá adaptaciones significativas a las plataformas que contratan empleados, especialmente en cuanto a las condiciones generales de un contrato de trabajo que se deberá concluir, en pocos clics, con los trabajadores de esas plataformas" (traducción propia).[299] Es de hecho imprescindible introducir adaptaciones en el contrato de trabajo de cara a las nuevas realidades laborales, sobre todo cuando se tiene en cuenta la supresión del ambiente físico y una relación formada y desarrollada solo por medios digitales pero teniendo al empleo como punto de partida.

No tiene sentido defender un régimen jurídico menos protectivo como solución para las transformaciones económicas y sociales: eso ha ampliado la desigualdad en vez de preservar el régimen jurídico más protectivo y beneficioso, adaptándolo a las características de las nuevas formas de organización del trabajo. El Derecho del Trabajo se creó y desarrolló para compensar —jurídicamente— la desigualdad económica y proteger a los económicamente débiles en la proporción de esa desigualdad.[300] En ese contexto, el empleo es el presupuesto y el instrumento esencial —utilizado en los países democráticos— para la reducción de las desigualdades, ya que garantiza una remuneración adecuada y el sustento de las familias, además de preservar el acceso a la seguridad social (salud, previsión social y

[298] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[299] DOCKÈS, op. cit., p. 186.
[300] CATARINO, op. cit., p. 152.

asistencia social). No tiene sentido remitir al Derecho Civil, más precario en materia de amparo social, la tutela de esas nuevas formas de trabajo intermediado en ambiente digital, especialmente cuando prestado de forma personal, remunerada, por cuenta ajena y dentro de una organización y con control empresarial[301], lo que lamentablemente ha ocurrido en muchos casos y juicios, agudizando la desigualdad existente.

Como nos lo recuerda CRUZ VILLALÓN, "(...) el Derecho del Trabajo presenta una orientación o finalidad básicamente de protección de la posición jurídica del trabajador, a la vista de la desigualdad contractual manifiesta en la situación de poder de éste respecto del empresariado".[302] Y, una vez más, citando a DOCKÈS, "(…) la aplicación del Derecho Social también permite ganancias, sobre todo la productividad de los trabajadores, limita las desigualdades que devastan las sociedades y permite la reducción de acumulaciones improductivas".[303]

La adaptación al trabajo digital debe partir de esa premisa, de afirmar la protección jurídica del trabajador, sobre todo para ese nuevo y amplio segmento de trabajadores digitales —con perfil distinto al tradicional de relación de trabajo (industrial, presencial, uniforme y visible)—, cuya identificación es más dificultosa debido al carácter y tratamiento difuso que se le confiere. Y muchas de esas dificultades derivan de una rigidez en el análisis de la subordinación, fundada en pilares clásicos construidos en el último siglo e incompatibles con la realidad más compleja y fluida del trabajo en el siglo XXI. CARELLI y OLIVEIRA destacan los cambios desde el control típicamente fabril, externo y de disciplina corporal de la primera mitad del siglo XX, a las nuevas formas de control tecnológico, algorítmico, individualizado y subjetivizado, concluyendo: "Frente a organizaciones de producción tan dispersas —como las actuales redes empresariales y sus cadenas de valor—, el control sobre el trabajo está cada vez más desterritorializado geográficamente e internalizado subjetivamente" (traducción propia).[304] De este modo, el trabajo se flexibiliza, pero la subordinación no —o por lo menos no en la misma proporción—, lo que resulta en obsolescencia y distopía. En suma, "la cuenta no cierra".

El momento es de cambio.

Como lo recuerda MARTIN VALVERDE y GARCÍA MURCIA, en ciertos momentos históricos la legislación laboral se basó en la noción de contrato de trabajo y luego evolucionó hacia el trabajo asalariado y de la persona que trabaja, aunque sean dimensiones de

[301] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 50.
[302] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 25.
[303] DOCKÈS, op. cit., p. 186.
[304] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p.105.

una misma realidad institucional.[305] TODOLÍ SIGNES afirma que la inteligencia artificial no extinguirá el trabajo en el mundo, pero revolucionará por completo (o mejor dicho, ya está revolucionando) la forma de trabajar de las personas, para lo cual las instituciones tradicionales son insuficientes e incapaces de responder adecuadamente a los retos que plantean las nuevas tecnologías y de prevenir las violaciones de los derechos laborales.[306] Justamente, nociones utilizadas en las últimas décadas desentonan con respecto a la realidad, lo que impone la necesidad de otra perspectiva que examine los elementos de la relación de empleo a partir de la situación del empleador, su actividad económica, proceso productivo y organización del trabajo y no restringida a aspectos subjetivos relacionados al trabajador, como el lugar de trabajo, la jornada, los equipos que usa y el tipo de remuneración.

No se trata de una idea nueva, pues la doctrina y la jurisprudencia ya adoptan esos parámetros en el análisis en concreto de los elementos de la relación de empleo, incluso cuando se encuentran expresamente consagrados en el art. 1.1 del ET español ("[...] dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona[...]). Sin embargo, es necesario atribuir centralidad y mayor peso a esos criterios objetivos centrados en el empleador, que deben servir de punto de partida para la identificación de una relación de empleo.

Hay una costumbre de priorizar el análisis de los aspectos subjetivos del trabajador, especialmente la sujeción a órdenes e instrucciones y el control espaciotemporal, para, después, examinar su inserción en la organización de la actividad económica. Ese orden, no obstante, debe ser el inverso. Son los aspectos relacionados a la estructuración de la empresa (organización de servicios y productos, evaluaciones estratégicas del mercado y de la comercialización, propiedad de los resultados globales del trabajo, etc.) y la organización del trabajo (distribución y coordinación de las actividades y cargas necesarias para el desarrollo de un producto o servicio y la definición de responsabilidades) los que deben identificar y cualificar el trabajo y no algunos elementos del entorno laboral, como jornadas, horarios, lugar, equipos, medios de comunicación e interacción, etc.

La integración del trabajador en la organización empresarial —o sea, su inserción funcional en una estructura productiva organizacional planeada y dirigida por otro— constituye el elemento central y primero, verificado a partir de las características objetivas de la actividad económica y de la empresa, lo cual implica apartarse de una lógica inductiva apoyada en determinadas condiciones laborales. El primero y más básico cuestionamiento que se debe hacer es el relativo a la posibilidad de realizar la actividad económica sin aquellos

[305] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 177.
[306] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p.328.

trabajadores y viceversa. En las palabras de CARELLI y OLIVEIRA, "el trabajador es dependiente porque su fuerza de trabajo no funciona por sí misma, ya que pertenece estructuralmente a la empresa, formando parte de ella y, como posible consecuencia, puede estar subordinada" (traducción propia).[307]

Buena parte de las empresas-plataformas de prestación de determinados servicios están estructuradas en la disponibilidad permanente de una fuerza de trabajo (encuadrada como "autónomos") indispensable para el funcionamiento de la plataforma (y para la prestación de los servicios correlatos), sin la cual la tecnología no produce nada, perdiendo cualquier tipo de utilidad o valor económico. Esto pone de manifiesto que el valor (del negocio y de la empresa) resulta primariamente del trabajo, sin desmerecer la importancia de la tecnología en la facilitación y organización eficiente del trabajo y de la mano de obra. Se recuerda que, histórica y ontológicamente, la inserción del trabajador en la actividad económica es el elemento que distingue el trabajo subordinado (incorporado en negocio ajeno) del autónomo (negocio propio),[308] aunque haya una constante necesidad de revisar el significado y el alcance de esa integración de cara a las nuevas realidades sociales.

Volviendo al ejemplo paradigmático de las plataformas digitales, entre los diversos modelos existentes, es necesario verificar el tipo de bien o servicio ofrecido. Cuando la empresa-plataforma se dedica a ofrecer bienes o servicios determinados, se dará la integración de los respectivos trabajadores (e interferencia en la realización del trabajo, aunque sea automatizada), pues la plataforma desarrolla y controla aquella actividad económica principal (el bien o servicio ofrecido) de forma tal que la intermediación tecnológica constituye solo una parte de la operación total. En las plataformas de reparto, por ejemplo, es inviable realizar la actividad económica sin los repartidores (*riders*), por lo cual la empresa-plataforma necesita a personas que repartan pedidos, pues, sin ellas, no existe el emprendimiento.[309] De la misma forma, las empresas-plataforma son las únicas que tienen toda la información esencial y necesaria —y relativa a todos los actores involucrados— para aquella prestación de servicio, como se vio en el primer capítulo.

En cambio, una plataforma que agregue la oferta y la demanda de múltiples bienes o servicios de variadas categorías tiende a desconocer cada ramo y a no interferir en la realización de la actividad, centrándose efectivamente en la intermediación tecnológica (con

[307] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p.108.
[308] CARELLI, op. cit., p. 74.
[309] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social, Sentencia 1/2020, de 17 de enero. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/43845c2d2d7444a7/20200212.

empleados abocados a esta actividad) y en conectar a los respectivos actores, difícilmente habiendo integración a la empresa de los diferentes prestadores de servicios que actúan en ella. En esa línea de razonamiento, CARELLI afirma que algunas empresas realmente funcionan como *marketplace* (espacio de compra, lugar de negocios), construyendo un ambiente para la realización de negocios en el cual se ofrecen y distribuyen trabajos variados, sin injerencia en la ejecución.[310] Estas empresas "(...) conectan a los trabajadores autónomos con clientes para la realización de pequeñas tareas, como GetNinjas o Workana, sin ninguna interferencia en la prestación del servicio" (traducción propia)[311], no habiendo tampoco imposición de precio, calidad del producto o de condiciones del negocio.[312]

Por otro lado, CARELLI distingue ese modelo del patrón adoptado en algunas empresas-plataformas de prestación de servicios determinados que superan la mera actividad de intermediación:

> Sin embargo, no toda plataforma de trabajo es realmente un *marketplace*. De hecho, las plataformas mencionadas hasta aquí difieren mucho de otras que no se contentan con realizar la intermediación, sino que, además, toman providencias para la garantía de la calidad de la prestación del servicio, además de imponer precio y remuneración, acabando por ser protagonistas en el servicio y no meras intermediarias entre negociantes. Los propios sitios, propagandas y aplicaciones difieren substancialmente de las plataformas de intermediación de trabajadores, pues explícitamente ofrecen los servicios como suyos y garantizan los que prestan.
> (...)
> Así, se verifica que las plataformas de este tipo no tienen nada de *marketplace*: anuncian y prestan directamente determinados servicios, por lo cual no se adecuan al concepto, que solo se incorpora por motivos de retórica para la obtención de resultados prácticos. Lo mismo sucede con plataformas de entrega de comida, mercaderías o personas. Son plataformas específicas, que prestan y garantizan determinado servicio, no siendo meros *marketplaces*. Esas plataformas quedan vinculadas a la realización de intermediación electrónica, como un verdadero *marketplace*: interfieren decisiva e intensamente en el servicio prestado. (traducción propia)[313]

MARTIN VALVERDE y GARCÍA MURCIA realizan una importante puntualización con respecto a las distintas configuraciones de las plataformas digitales:

> La actividad de las empresas titulares de plataformas digitales de prestación de trabajo se limita a veces a la facilitación del contacto entre trabajadores y clientes. Pero es frecuente que tales entidades vayan más allá de esta labor de intermediación, impartiendo instrucciones de trabajo y controlando su cumplimiento por distintas vías, por ejemplo la baja del trabajador inscrito. Cuando se dan estas circunstancias nos encontramos no ante una empresa intermediaria en el mercado de servicios, sino ante una empresa del sector o rama de producción correspondiente.[314]

[310] CARELLI, op. cit, p. 68.
[311] CARELLI, op. cit., p. 68.
[312] Ibidem.
[313] Idem, p. 70-1.
[314] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 244-5.

El arquetipo contractual sirve como evidencia, pues en las plataformas de servicios las relaciones contractuales (términos de adhesión) se constituyen ante la empresa de tecnología y solo con ella, en una verdadera relación triangular, dispensándose cualquier ajuste entre el prestador y el consumidor. Por lo tanto, no se trata de acercar o de conectar a personas o de un actor instrumental al negocio, sino de la realización y ejecución integral del servicio, estandarizada, abarcando también estrategias de mercados, la titularidad de una amplia base de datos de clientes y prestadores y de otros elementos de la organización y dirección de la actividad productiva.

Tampoco se trata de un servicio informático o de tecnología, puesto que los trabajadores son indispensables para el funcionamiento de una empresa. Sin los trabajadores, la tecnología y la aplicación son inútiles, no funcionan. Por su parte, los casos de simple intermediación exigen algún acuerdo o detalle entre el prestador y el usuario, tras la confirmación realizada por medios digitales. Muchas veces, la propia forma de remuneración ya es indicativa de los diferentes modelos de negocios, pues las empresas que se limitan al servicio de tecnología tienden a establecer un valor por el uso de la plataforma o aplicación en sí, mientras las plataformas de prestación de servicios determinados fijan (unilateralmente) un precio sobre sobre el servicio ofrecido, realizando toda la gestión sobre ese cobro y pagos, además de responder por la mora, la falta de pago o fallas en los servicios, prestando atención, ayudas y soporte técnico a los clientes en caso de quejas o problemas con los servicios, y no solo los relacionados al funcionamiento de la plataforma o de la tecnología en sí.

Una intermediación real entre la oferta y la demanda de servicios es incompatible con la interferencia, por parte del intermediador, en aspectos de la propia prestación de los servicios, como la remuneración, estándares de calidad, la duración, los términos contractuales, etc. Basta con comparar con la actividad de las agencias de empleo, que efectivamente realizan esa intermediación, incluso en ambientes digitales. Y aun en estos casos, es importante resaltar la necesidad de regulación adecuada a efectos de evitar que el trabajo se convierta en mercadería.[315]

Existen diversas sentencias que reconocen a las empresas-plataformas como prestadoras de determinados servicios y no como intermediadoras tecnológicas. A título de ejemplo, el TJUE (sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15) aseveró, en cuestión perjudicial, que Uber presta servicio de transporte, siendo la intermediación tecnológica una parte de la actividad principal de oferta de los servicios de

[315] CARELLI, op. cit., p. 68.

transporte urbano. En dicho dictamen, se mencionan interferencias de la empresa en el servicio prestado, como en las condiciones del servicio, el margen de precio, los cobros, la conducta de los conductores y el control de cualidad, etc. Y concluye: sin Uber, los conductores no tendrían condiciones de prestar esos servicios de transporte ni las personas en busca de un desplazamiento podrían recurrir a esos servicios. Solo para tener una noción del potencial de control, Uber fue la primera empresa que utilizó los datos de *smartphones* para monitorear la aceleración y velocidad de sus choferes y, en consecuencia, el patrón de conducción (más suave o abrupto).[316]

En los tribunales de diversos países ya se han verificado contiendas acerca de la cualificación jurídica de trabajadores de plataformas digitales, reconociéndose la condición de empleado, como en las notables decisiones de la Corte de Casación de Francia (caso de la plataforma Take Eat Easy))[317], de la Suprema Corte del Reino Unido (caso Uber[318]) y en España (casos de las plataformas Glovo y Deliveroo).[319] En Brasil, tramita en el Supremo Tribunal Federal el *Recurso Extraordinario* (RE) *nº 1.446.336*/RJ, con repercusión general reconocida, que definirá el tema 1291 sobre la posibilidad de reconocimiento del vínculo de empleo entre conductores y la plataforma digital de prestación de los servicios de transporte.

Debate similar tramita con respecto a la alegada libertad de elección del prestador, o sea, sobre su posibilidad de activar o desactivar la aplicación y de aceptar o rechazar un servicio, así como sobre el deber de habitualidad. Sin embargo, en los términos de BRECHT-HEITZMANN, "(...) Si fácticamente la aceptación se presenta como una regla absoluta y el rechazo como una rara excepción, entonces no puede asignarse a este criterio ninguna importancia decisiva."[320] En general, en este modelo de plataforma, el rechazo a demandas conlleva restricciones de todo tipo, especialmente en cuanto al reparto de pedidos (cuantitativa o cualitativamente), e incluso la exclusión de la aplicación, tratándose, por lo tanto, de una libertad aparente. En otros casos, simplemente no hay suficientes datos e información (servicio, ubicación, valores, etc.) como para que el trabajador pueda analizarlos y rechazar efectivamente la demanda. Por tanto, es difícil apoyar la libertad del trabajador cuando, en realidad, sigue sujeto a la discrecionalidad del empresario en tantos aspectos relevantes.

---

[316] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 92.
[317] FRANCIA. Corte de Casación, Cámara Social, n. 17-20.079, de 28 de noviembre de 2018. *In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 172.
[318] REINO UNIDO. *Supreme Court. Case Id UKSC 2019/0029. Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents). July,* 2020. Disponible en: https://www.supremecourt.uk. Consultado el: 10 Sep. 2021.
[319] STS 2924/2020, de 25 de septiembre y Sentencia TSJ de Madrid 1/2020, de 17 de enero.
[320] BRECHT-HEITZMANN, Holger; MEYER, Uwe. *El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Alemania.* Trad. Jesús Martínez Girón. ACDCT. Vol. XII, p. 17-40. 2020. p. 27.

Así resolvió la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el caso de Roofoods Spain S.L. (aplicación Deliveroo): "Ahora bien, esta libertad del repartidor para no estar disponible no es tan amplia como se quiere aparentar, puesto que en caso de rechazar pedidos no se le garantizarán los pedidos mínimos, e incluso puede prescindirse de sus servicios". Y concluyó: "Así pues, la conclusión es que si existe deber de habitualidad, pues la ausencia de habitualidad se penaliza".[321] En el caso, el TSJ reconoció la existencia de relación laboral entre Roofoods y sus repartidores, dada la concurrencia de notas de habitualidad, retribución periódica, dependencia y sujeción a las órdenes e instrucciones empresariales, ajenidad de frutos y riesgos y carácter personalísimo de la prestación del servicio.

En el mismo sentido decidió el Tribunal Superior del Trabajo brasileño en un caso relacionado con una plataforma digital. En este se resaltó la gestión (y subordinación) por algoritmo y el ejercicio del poder directivo empresarial en este modelo de negocio, haciéndose una relectura de los elementos de la relación de empleo en el contexto de los nuevos arreglos productivos, priorizándose los vectores constitucionales de la dignidad humana y de la protección social del trabajo. A continuación, se cita trecho de la referida decisión:

> (...) 8. Además, el hecho de que, en teoría, el trabajador tiene la libertad de desconectarse cuando quiera se revela vacía ante el hecho, también corroborado por el marco fáctico inscrito en la decisión colegiada, de que el menor tiempo de conexión (cuando la parte reclamante desconectaba el aparato) y el rechazo de entregas implicaban restricción del flujo de demandas atribuidas al trabajador, como se constata en estos autos y en numerosas investigaciones científicas. 9. Se verifica, en el ámbito de la programación inscrita en el software de la aplicación, que el modelo de gestión del trabajo de las referidas empresas se orienta, en un proceso denominado gamificación, por la dinámica de los "sticks and carrots", en la cual se estimula e desestimula a los trabajadores a practicar conductas de acuerdo a los intereses de la empresa-plataforma a partir de la posibilidad de mejorar sus ganancias y de castigos indirectos que, respectivamente, refuerzan conductas consideradas positivas y reprimen conductas supuestas negativas para la empresa, en un repaginado ejercicio de subordinación jurídica (*Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego*: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos [Empresas de transporte, plataformas digitales y relación de empleo: un estudio del trabajo subordinado por aplicaciones]/ Juliana Carreiro Corbal Oitaven, Rodrigo de Lacerda Carelli, Cássio Luiz Casagrande. Brasília: MPT, 2018, p. 33). Surge, así, una nueva forma de subordinación por el algoritmo, construido y alimentado por la propia empresa a favor del ejercicio de su poder directivo. 10. Para trabajar, la parte reclamante tenía que permanecer conectada a la plataforma, siendo evaluada y recibiendo el volumen de viajes por precios y criterios estipulados unilateralmente por medio de algoritmos. O sea, la empresa, a discreción totalmente suya, decidía sobre la oferta de trabajo, el rendimiento y hasta por el mantenimiento o no de la parte reclamante en la plataforma, lo que pone de manifiesto su poder directivo. 11.

[321] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia n.º 40/2020, de 17 de enero de 2020. Proceso n.º 1323/2019. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/43845c2d2d7444a7/20200212. Consultado el: 20 mar. 2022.

> Resáltese que el Derecho del Trabajo y sus principios protectores deben abarcar a los repartidores de aplicaciones, visto que no hay nada de incongruente entre sus presupuestos y el modelo de negocios de las empresas que prestan servicios y que controlan a los trabajadores por medio de plataformas digitales, cabiendo al Poder Judicial la constante relectura de las normas laborales de cara a los nuevos arreglos productivos, pero siempre acompañando el horizonte constitucional de la dignidad humana y del trabajo protegido por un sistema público de protección social. 13. Al alejarse de ese horizonte, de cara a una concepción jurídica equivocada con respecto a la relación social establecida por las empresas que utilizan plataformas para contratar el trabajo, la Corte regional negó a la parte reclamante las garantías mínimas previstas en los arts. 1º, III, 6º y 7º de la Constitución Federal. Recurso de revisión conocido y provisto. (traducción propia)[322]

Esta vertiente, que busca la integración de la actividad del trabajador en la estructura productiva empresarial, consolidada al final del siglo XX, no es inmune a críticas, puesto que, por su carácter más abierto y generalista, puede tanto dificultar la identificación de un empleado con actividades marginales o que actúa fuera del establecimiento o eje empresarial, como resultar en la cualificación como empleado de cualquier trabajador que preste servicios de alguna forma asociados a la actividad empresarial.[323] Tampoco se puede confundir ni reducir esa noción de integración en la estructura productiva con o al criterio de la actividad finalística de la empresa[324], ya que incluso un trabajador auténticamente autónomo podrá prestar alguna actividad relacionada a los fines de la empresa sin que eso signifique tener el dominio sobre todos los aspectos (económicos, técnicos y estratégicos) del proceso productivo y de la estructura necesaria para tanto, a la cual nos referimos al defender ese parámetro. Por esas razones, la primacía de la integración de la actividad del trabajador en la estructura productiva y organizacional de la empresa, afirmada en esta investigación, no implica ni permite abandonar otros criterios, de cuño subjetivo, que serán importantes en las situaciones en las que ese primer análisis —objetivo— resulte insuficiente o dubio en el examen de los casos concretos.

En esa misma dirección apunta la doctrina de MORAES y GAIA cuando abordan el trabajo en plataformas digitales y la noción de la llamada subordinación disruptiva:

> La comprensión de las nuevas relaciones de trabajo exige del intérprete la congregación de los aspectos subjetivos y objetivos de la subordinación jurídica; por eso defendemos, para comprender las relaciones de trabajo por intermedio de aplicaciones, la existencia de una nueva perspectiva de subordinación que conjugue tanto aspectos relativos a la relación entre los sujetos de aquella relación como a

[322] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo RR-536-45.2021.5.09.0892*. Relatora: Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa. 2ª Turma. Data de publicação: Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 29 set. 2023. Disponible en: https://jurisprudencia.tst.jus.br

[323] MORAES, GAIA, op. cit., p. 60.

[324] En Brasil, la idea de actividad-fin y medio prevaleció durante mucho tiempo como parámetro para determinar la licitud de la tercerización (subcontratación) entre empresas (*Súmula nº 331* del TST), lo que, no obstante, fue modificado con la reforma legislativa de 2017.

> cuestiones de integración del trabajador en la estructura productiva de la empresa. (traducción propia)[325]

Más allá de eso, la evaluación de la vertiente subjetiva se debe actualizar para adaptarse al panorama digital, ya que, incluso en lo relacionado con aspectos subjetivos del empleado, se debe dejar a un lado las ideas de grados de subordinación o exigencias de un control directo o sobre todas las etapas del trabajo. Siempre que haya injerencia en el modo de ejecución de la actividad, el trabajo será subordinado, independientemente de la intensidad o de los medios utilizados (control humano o por instrumentos tecnológicos, directos o indirectos, presenciales o virtuales), ya que el trabajador no dispondrá totalmente ni podrá hacer y "vender" el trabajo como bien lo entienda. De hecho, el trabajo digital presupone, justamente, una amplia circulación de datos e información, concentrados, interconectados y accesibles desde cualquier lugar, que se utilizarán en los procesos productivos.

Los niveles de intensidad de la subordinación, por más distintos que sean, no excluyen el carácter subordinado del trabajo, generando efectos solo en determinados derechos y aspectos inherentes a la ejecución del contrato de trabajo. Así, se refieren a ciertas condiciones de trabajo que pueden producir impacto en algunos derechos laborales, pero jamás modificar la relación de empleo subyacente.

Por ejemplo, en el trabajo remoto, la mayor autonomía en la jornada laboral permite la flexibilización de las reglas de duración del trabajo, como el llamado horario flexible (art. 13 de la *Ley nº 10/2021*) o, aun, una jornada no controlada (art. 62, III, de la CLT), sin que eso descaracterice el vínculo ni deje sin efecto derechos laborales impositivos, como los límites de la jornada laboral, los descansos obligatorios y la desconexión. Sin embargo, aun es común la utilización del argumento de la libertad de horario y jornada para justificar el encuadramiento del trabajador como autónomo, sobre todo en las plataformas de tecnología, como si el empleo dependiera del control total de los horarios de la prestación de servicios o de cada etapa del trabajo; y, lo que es peor, eso supone ignorar la actual realidad creciente, en la enorme mayoría de los sectores y segmentos económicos, de trabajos que, cada vez más, se prestan fuera del lugar del empleador y sin jornadas uniformes, incluso en virtud de la remuneración por producción, lo que dispensa de la necesidad de controlar las horas o jornada de trabajo (unidad de tiempo), ya que se trata de criterios distintos.

[325] MORAES, GAIA, op. cit., p. 61.

Al tratar de los efectos de las nuevas tecnologías en la distribución del tiempo de trabajo, REY GUANTER subraya la incompatibilidad de compartimentar el trabajo en unidades fijas y regulares de la jornada laboral:

> (...) lo cierto es que se van reduciendo los colectivos y ocupaciones en los que es previsible y predecible una compartimentalización del trabajo en unidades fijas y regulares de tiempo de trabajo, tanto de cuantía de número de horas diaria, semanal o mensual, como de fijación horaria de inicio y término. Jornadas y horarios flexibles parecen que van a ser un requerimiento cada vez mayor en la organización tecnológicamente avanzada, y el marco regulatorio difícilmente va a poder volver – o mantenerse – en la fijación de un número fijo de horas al día o semana o a un horario con una hora exacta de entrada o salida.[326]

Llegados a este punto, es necesario llamar la atención sobre una incoherencia presente en el debate acerca del tema. Los importantes avances obtenidos en la regulación del trabajo a distancia resultaron en la adaptación y superación de obstáculos reales existentes en esa modalidad (como la ausencia de un lugar fijo, las jornadas libres, el control y la intermediación exclusivamente digital, el aislamiento de los trabajadores, las dificultades de supervisión del entorno laboral, etc.), ninguno de los cuales descaracteriza el vínculo de empleo. Sin embargo, para otros modelos de trabajo digital, los mismos elementos (y, por lo tanto, dificultades) superados en el régimen de *empleo digital*, se utilizan como fundamentos para anular el vínculo de empleo y crear organizaciones y modelos de negocios sin empleados, como si fuera una consecuencia lógica para el sector de tecnología. Se trata de una verdadera paradoja que nos remite al primer capítulo de este estudio, cuando se señala que esa postura es fruto de una decisión —sobre todo política— sobre el tratamiento jurídico y social que la sociedad desea dar al trabajo en el futuro, una decisión reveladora del tipo de sociedad al que aspiramos y no algo simplemente dado o impuesto.

Retomando la discusión, la libertad de jornada u horaria, cada vez más común en el trabajo moderno (digital), no es incompatible con el trabajo subordinado, como ya lo ha reconocido el Tribunal Supremo español:

> (...) la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas

[326] REY GUANTER, *Sobre el futuro del trabajo: Modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos*.

> urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.[327]

Aun más en el formato y configuración de las empresas-plataformas de prestación de servicios, como lo decidió el Tribunal Supremo en el caso Glovo (*STS 2924/2020, de 25 de septiembre)*:

> (...) los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos, que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución.

Con ese sistema, siempre habrá una abundancia de trabajadores disponibles, para todos los días y horarios, sin la necesidad del establecimiento de jornadas fijas, no siendo esta, por ende, un elemento excluyente de la relación de empleo. Al contrario, se trata de un modelo de negocio estructurado sin ninguna necesidad de jornadas u horarios fijos o predeterminados en virtud del cuantitativo de trabajadores disponibles, ya que la propia demanda se ajusta de forma constante, rápida y dinámica mediante algoritmos sofisticados que permiten una gestión automática y célere de diversos factores en tiempo real de forma tal que permita atender continuamente los pedidos. Hay una apariencia de autonomía, pero en realidad está sujeta a normas, comportamientos y rutinas previamente establecidos que son esenciales para que la actividad funcione. En todo caso, la expansión y retracción dinámica de trabajadores que operan (dentro del universo de trabajadores disponibles) a partir de activaciones y desactivaciones ágiles e instantáneas eliminan cualquier necesidad de previa fijación de jornadas o de turnos para mantener en funcionamiento la plataforma y los servicios prestados durante todos los días y franjas horarias.

Por más que sea concreta la libertad (individual) de jornada y la posibilidad de desactivación por parte del trabajador en cualquier momento (como se ha dicho, el pago a destajo elimina la necesidad de una fijación horaria individual), hay un complejo sistema proyectado para tener siempre a prestadores disponibles para atender las demandas. Eso determina que haya trabajadores que operan por cargas de trabajo extendidas, sin posibilidad material de rechazar demandas. De lo contrario, habría un colapso del sistema y del servicio, lo que no ocurre, pues eso frustraría la confianza de los usuarios y, en la práctica, inviabilizaría la actividad. Como refiere DUBAL, esas empresas ofrecen flexibilidad, pero los horarios de los

[327] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia n.º 365/2000, de 25 de enero de 2000. Recurso n.º 582/1999. Disponible en: https://www.poderjudicial.es. Consultado el: 20 mar. 2022.

trabajadores son “dirigidos por las estructuras de precio”, exigiéndose que el trabajador trabaje en horarios específicos y de alta demanda para tener una buena remuneración.[328] Así, son diversos los mecanismos utilizados (intenso control, incentivos para períodos de escasez, precificación dinámica, propagandas, promociones, planeamiento, monitoreo en tiempo real, etc.) para garantizar —y es esto lo que importa— la prestación continua del servicio por parte de la plataforma.

Como nos lo enseña QUINTANA, hay una ruptura o erosión en las tres unidades aristotélicas del denominado “derecho del trabajo clásico”, o sea, la unidad de profesional (un trabajo para toda la vida), la unidad de tiempo (clara distinción entre los períodos de trabajo y los de no trabajo) y la unidad de lugar (prestación de servicios en un único lugar, la típica fábrica industrial).[329] Sin duda, el desarrollo tecnológico ha generado profundos cambios, especialmente en las unidades de tiempo y de lugar, así como ha vuelto prescindible el control humano, ahora realizado automáticamente por algoritmos e inteligencia artificial.

Como se vio en el primer capítulo (en la sección sobre inteligencia artificial, robótica y algoritmos), en la actualidad, la inteligencia artificial y los algoritmos se están utilizando sobre todo para la organización, dirección y vigilancia de los trabajadores, pues permiten el monitoreo continuo, incluyendo la recogida y el procesamiento de información diversa, a partir del cual son desarrollados procesos automatizados de gestión de la fuerza de trabajo (desde la selección hasta el despido), de forma constante, tomándose muchísimas decisiones de forma inmediata, a partir de un sinfín de reglas y patrones preestablecidos, todo independientemente de la intervención humana. Es la llamada subordinación por algoritmo, que, justamente, presupone la sustitución de la intermediación física por la presencia y el comando virtual del empleador (poder directivo digital) a partir de definiciones y patrones preprogramados en el ámbito organizacional de la actividad productiva y de la gobernanza de las relaciones laborales.

El algoritmo se está convirtiendo cada vez más en una importante manifestación del poder directivo (en sentido amplio) y, por tanto, de la correspondiente subordinación jurídica en la relación laboral, basada en una fórmula matemática programada que orienta, dirige, supervisa y controla a los trabajadores en entornos de trabajo digitales. La tecnología opera mediante la captación masiva de datos, que son procesados y convertidos en estándares de rendimiento e informes que contienen los más diversos indicadores

[328] DUBAL, Veena B. AB5 para a democracia: segurança econômica e a regulação do trabalho do bico na Califórnia. *In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 377.
[329] QUINTANA, Manuel José. Prologo. *In*: HERAS GARCÍA, op. cit., p. 7.

(productividad, desplazamientos, *engagement*, duración, permanencia, etc.), que apoyan la toma de decisiones y moldean el comportamiento de los trabajadores, combinando una monitorización continua y una refinada capacidad predictiva.

En consecuencia, el control sobre el trabajador ya no lo ejerce un directivo o supervisor humano, sino sistemas automatizados, fenómeno conocido como subordinación algorítmica. En otras palabras, se produce una despersonalización —e incluso una invisibilidad— de la subordinación, en la que el trabajador se subordina al sistema, y ya no a las personas. En este contexto, la relación jerárquica —a la que nos referíamos al principio de este apartado—, que antes era directa entre las partes implicadas (empresario/jefe-trabajador), pasa a estar mediada por la tecnología -algoritmos e inteligencia artificial-, aunque preservando el control, la supervisión, las instrucciones (y la distribución de tareas) y la imposición de sanciones en el desempeño de las actividades laborales. La dificultad, sin embargo, radica en el carácter indirecto, descentralizado y fragmentado del control y seguimiento ejercido, haciéndolo muy sutil y prácticamente invisible, con métricas y parámetros que ni siquiera se conocen.

Se recuerdan los ejemplos —ilustrados en el primer capítulo— de programas y aplicaciones utilizados para la gestión del trabajo (y de los trabajadores), capaces de calcular y monitorear el tiempo promedio necesario para cada tarea, establecer el mejor grupo de trabajadores para operar cada día (en cantidad y productividad) y la jornada necesaria, crear un *ranking* de trabajadores a partir de perfiles individuales creados a partir de diversos parámetros (dependiendo del ramo de actividad), monitorear y vigilar cada herramienta utilizada y actividad realizada por el trabajador, monitorear los desplazamientos de los trabajadores (dentro y fuera del establecimiento empresarial), etc., en un rol casi infinito de posibilidades que ponen en evidencia el uso exacerbado y decisivo de esas herramientas en diversos ámbitos laborales, desde la selección y contratación hasta la gestión de los trabajadores (organización, control y vigilancia) y su desvinculación, fenómeno también conocido como dirección (o jefe) algorítmica.[330]

En el mismo contexto, también es común la noción de control por programación, en la que el trabajador responde en tiempo real a las órdenes emitidas por el programa para alcanzar los objetivos fijados. De este modo, el programa controla al trabajador (digitalmente), independientemente de cualquier seguimiento del trabajo (supervisión humana inmediata) o de la voluntad del trabajador, que se ve impulsado a aplicar las soluciones

[330] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 15-19.

predefinidas y a cumplir los objetivos fijados, que en esencia reflejan el ritmo y la disciplina de trabajo diseñados por el programador-empleador.[331]

Además, esas transformaciones e impactos del avance tecnológico en la dirección y organización del trabajo muchas veces han ocurrido de forma oculta y camuflada, dispersa en algoritmos y decisiones automatizadas, creando un escenario de aparente libertad para el trabajador, encubriendo, de esa manera, la subordinación existente en la relación. Ese fenómeno produjo una paradoja de mayor control con menor responsabilidad, quedando esta cada vez más dispersa en los algoritmos, cuyos parámetros son desconocidos, además de evolucionar y cambiar constantemente. Este aumento acentuado del control y el monitoreo constante de la actividad laboral deberían enfatizar, justamente, la subordinación presente en el trabajo modero, lo que no se ha verificado en la realidad, justamente en virtud del uso de mecanismos y sistemas —difusos e inexplicables— que realizan ese control de forma velada y camuflada.[332]

CASAS BAAMONDE describe con precisión esa transición digital:

> (...) la magnitud de esos cambios, y sus rápidas evoluciones, durante estas décadas, han generado un contexto de innovación tecnológica en continua transformación, que ha dejado atrás la mera modernización para dar el salto a la transición digital, en el que el teletrabajo es más que una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información, fuera de los locales de la empresa "de forma regular". El teletrabajo no solo aplica herramientas tecnológicas, incluso de manera intensiva, sino que desarrolla procesos tecnológicos, y, naturalmente, no se presta únicamente en el domicilio (*home office*), sino en diversos lugares que pueden dificultar la vinculación del trabajo a un lugar físico concreto (trabajadores "nómadas" digitales). (...)
>
> El teletrabajo no es ya una nueva forma de trabajo especial, sino que, a estas alturas, abre el camino a otras muchas formas de trabajar, híbridas, en las que la flexibilidad de las condiciones de la prestación que afectan al lugar de su prestación (espacios flexibles, compartidos, reservados) se han trasladado también desde el lugar al tiempo de trabajo, incluso, en sus formas extremas, a su desaparición bajo formas de cumplimiento de objetivos o tareas con autogestión plena por la persona trabajadora del tiempo de trabajo, dando lugar a problemas sobre su delimitación y el respeto de sus límites.[333]

Justamente, el art. 64.4.d del ET español garantiza el derecho de información, por parte de la empresa, de los "(...) parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles." Se recuerda que esa norma fue incorporada al ET por la *Ley 12/2021*,

[331] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p.103.
[332] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 92-7.
[333] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

de 28 de septiembre, procedente *Real Decreto-ley 9/2021,* que garantizó derechos laborales en las plataformas digitales de entrega a domicilio. De hecho, las transformaciones digitales exigen mayor transparencia por parte de las empresas, sobre todo ante sus trabajadores, con políticas y reglas claras sobre el uso de herramientas y dispositivos electrónicos y del procesamiento de datos.

Luego, no hay necesidad de control humano o adherido a criterios temporales o espaciales, puesto que las herramientas tecnológicas, la enorme cantidad de datos recogidos y la creciente capacidad de su procesamiento resultan en un estado constante de vigilancia del trabajador, en una versión tecnológica del panoptismo.[334,335] En las plataformas, por ejemplo, la propia aplicación ya restringe las opciones del trabajador, que solo puede actuar dentro de los espacios y herramientas disponibles, sin posibilidad de rebelarse, cuestionar o modificar cualquiera de las (pre)condiciones establecidas por la empresa. La gestión por algoritmo justamente se caracteriza por el monitoreo continuo de las conductas de los trabajadores, por la implantación automática e inmediata de las decisiones y por interacciones solo por medio del sistema y de forma automatizada, con poco o ningún espacio de actuación humana. Como resultado, son los trabajadores los que están trabajando al ritmo (intenso) de las máquinas y herramientas digitales y no al contrario.[336]

Esa transformación no se limita a empresas de tecnología o a grandes corporaciones, sino a todo tipo de negocio, ya que la tecnología está cada vez más barata y accesible, por lo cual softwares, programas y equipos se utilizan en empresas de todos los tamaños. REY GUANTER resalta el carácter transversal de las transformaciones tecnológicas en el tejido empresarial, independientemente de su tamaño, dado el efecto dominó que produce en la cadena de producción: la implantación de nuevas tecnologías en las grandes empresas afecta a los medianos y pequeños empresarios (clientes y proveedores) y viceversa.[337] Como lo advierte ADAMS-PRASSL, el trabajo vía plataformas sirvió de laboratorio para desarrollar herramientas de gestión por algoritmos —en especial, gestión del trabajo— que se diseminan por todos los sectores y lugares de trabajo, con procedimientos y decisiones cada vez más automatizadas, desde el reclutamiento de candidatos hasta el término de la relación de

[334] PEGO, Rafael Foresti. Trabalho remoto e o panóptico. Revista LTr. *Legislação do Trabalho*, v. 83, p. 38-45, 2019.
[335] MERCADER UGUINA *Algoritmos E Inteligencia Artificial En El Derecho Digital Del Trabajo,* p. 90-1.
[336] VALENTINI, op. cit., p. 307.
[337] REY GUANTER, *Sobre el futuro del trabajo: Modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos.*

trabajo.[338] En ese sentido, CHAVES JUNIOR defiende la primacía de la realidad virtual, una verdadera actualización del clásico principio protectivo que rige las relaciones de trabajo:

> En otras palabras, en la producción posindustrial, prevalece la gestión oriunda de la inteligencia artificial y no el acuerdo de voluntad abstracto de las partes. Es lo que determina el algoritmo de la aplicación lo que rige en la práctica y es lo que resulta de esa realidad virtual, del código fuente, lo que se debe considerar como sustrato para la incidencia del ordenamiento jurídico, no las disposiciones emanadas de la voluntad formal de las partes. (traducción propia)[339]

Así, la subordinación no exige una interferencia en todos los aspectos de la realización del trabajo, como el tiempo, el modo y el lugar, parámetros que hoy en día son relativos. Una mayor libertad en el tiempo o en el lugar de la prestación laboral no significa un trabajo autónomo, ya que la subordinación suele estar presente en la adaptación de la actividad a los parámetros definidos por la empresa.[340] Por ejemplo, las empresas-plataformas de transporte o reparto tienen pleno dominio y conocimiento de las demandas y de la distancia que deberán recorrer y rastrean a los prestadores, a los cuales podrán cuestionar siempre que no adopten el patrón estipulado (otro elemento incompatible con la independencia). Además, esas empresas estandarizan precios, vehículos, vestimentas, comportamientos, metas, etc. O sea, hay libertad, pero también control.

Y eso no quiere decir que esas transformaciones sean solo negativas, pues existen repercusiones positivas en la vida de los trabajadores a partir de libertades posibilitadas por estos nuevos modelos de organización productiva. La libertad para decidir y organizar el tiempo y el lugar de trabajo tiene el potencial de equilibrar y conciliar aspectos de la vida personal y familiar con el trabajo a favor de una mejor calidad de vida como un todo. Sin embargo, esa libertad de tiempo y lugar, por sí sola, no tiene la capacidad de disminuir el ritmo ni las exigencias de productividad, cada vez más acentuadas, impuestas por las empresas. En las palabras de TRILLO PÁRRAGA, "Una suerte de autogestión del tiempo y del ritmo de vida, como si trabajar en un lugar diferente a las dependencias de la empresa impidiera que los ritmos de la producción se impusieran a los tiempos de vida."[341]

Así, ese poder (relativo) de autogestión y autodeterminación, con la consiguiente viabilización de dichas libertades, no necesariamente garantiza mejores condiciones de trabajo ni tampoco debería servir de cimiento para simplemente enmascarar una

[338] ADAMS-PRASSL, op. cit., p. 88-9.
[339] CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende, Jeremias. Controle e contrato hiper-realidade: a relação de emprego na era da economia orientada a dados. *In:* CARELLI, CAVALCANTI, FONSECA, op. cit., p. 111.
[340] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 43.
[341] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p.13.

realidad de trabajo subordinado, cuando se la identifica, ni siquiera cuando involucre métodos innovadores de organización y control de la actividad. En el caso de las plataformas de transporte, por ejemplo, es común el desconocimiento del lugar de destino por parte del conductor en el momento de su contratación, además de restricciones de trayecto, lo que revela una fuerte interferencia en la ejecución de los servicios, incompatible con la idea de trabajo autónomo o de negocio propio.

Al tratar de la evolución del concepto de subordinación, HERAS GARCIA resalta:

> (...) los indicios tradicionales (trabajar en locales de la empresa, sujeción a una jornada y horario preestablecidos, exclusividad del trabajo prestado, ordenación y control continuos, etc.) sirven ahora tan solo como criterios orientativos, no como pautas determinantes de la inclusión de la existencia de una relación laboral.[342]

El mismo autor concluye que "(…) lo relevante es la integración de la persona trabajadora en el círculo rector, organizativo de la empresa".[343]

La creciente recogida y utilización de datos relativos a la prestación y a los prestadores de servicios (a un costo cada vez menor) por parte de las empresas revelan una interferencia en el trabajo, directa o indirectamente, mediante sistemas y algoritmos, muchas veces inaccesibles, sin transparencia ni conocimiento por parte de los usuarios.[344] DE STEFANO pone de relieve que "Software y hardware ya se están diseminando en lugares de trabajo modernos que permiten a los gestores dar instrucciones a los trabajadores sobre el trabajo que hacen y controlar su rendimiento por medio de herramientas digitales" (traducción propia).[345] El autor destaca el mayor control del trabajo a partir de las herramientas tecnológicas: "EPM[346], People Analytics y el uso de inteligencia artificial y *big data* en el lugar de trabajo amplían la posibilidad de supervisar a los trabajadores y monitorear de cerca la realización de las actividades laborales" (traducción propia).[347]

Haciendo hincapié en la intensificación del control empresarial que proporcionan las nuevas y cada vez más accesibles herramientas tecnológicas, TODOLÍ SIGNES advierte de los riesgos de la vigilancia exhaustiva del trabajador (que va más allá de la mera comprobación del cumplimiento de las obligaciones laborales) y del desequilibrio que

[342] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 49.
[343] Idem, p. 49-50.
[344] SLEE afirma que el algoritmo se ha convertido en una caja negra inaccesible para los reguladores o los usuarios (SLEE, op. cit., p. 299).
[345] DE STEFANO, op. cit., p.24
[346] La sigla EPM significa monitoreo de rendimiento electrónico (*Entreprise Performance Management*).
[347] DE STEFANO, op.cit., p.41.

se genera en el contrato de trabajo como consecuencia de la sustitución de mecanismos de incentivación positiva de la productividad (como los incrementos salariales) por una vigilancia constante e intrusiva:

> De hecho, actualmente, las empresas ya no están usando sus poderes de vigilancia y control sobre el trabajador de forma defensiva (para que el trabajador cumpla sus obligaciones laborales), sino de forma ofensiva. Es decir, se recopila la máxima información sobre el trabajador y su trabajo (mediante video cámaras, GPS, registros y monitorización del ordenador, pulseras electrónicas, tarjetas electrónicas, etc.) para poder exigirle más al trabajador. En este sentido, se ve claramente como el aumento del uso de la tecnología está desbaratando el equilibrio interno del contrato de trabajo.[348]

Sin duda, esta realidad impone el deber de aumentar la protección de los trabajadores (y de las personas en general) frente a los abusos tecnológicos, a la vigilancia constante e ilimitada y a la captación excesiva e intrusiva de datos.

Con el aumento exponencial de la capacidad de almacenamiento y procesamiento de esos datos (como la ubicación en tiempo real, el rendimiento, el monitoreo de voz e imagen, el monitoreo de dispositivos portátiles o herramientas electrónicas, el rastreo de contenido, etc.), la interferencia se vuelve cada vez mayor, siempre en busca de mayor eficiencia y competitividad, a partir de constante e intensa vigilancia. Toda esta información —vale recordarlo— la posee exclusivamente la empresa que cuenta con la tecnología; ningún otro actor de la relación la tiene. Ya hace tiempo que SLEE advierte sobre esa situación: "Con el tiempo, Uber fue recogiendo más y más datos sobre todos los aspectos de los viajes. Esos datos dan a la corporación nuevas oportunidades de controlar el comportamiento de los conductores y formatear la experiencia de los consumidores" (traducción propia).[349]

El tema fue abordado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sentencia 40/2020, de 17 de enero de 2020), en caso relacionado a plataforma de reparto:

> A través de la plataforma o aplicación telemática, Roofoods Spain SL realiza un seguimiento de la actividad de los repartidores, conociendo la hora de inicio y terminación de su prestación de servicio, su localización mediante GPS, y los tiempos de reparto. Esta información es tratada por el personal de estructura de Roofoods Spain SL.

Y la conclusión de la Corte fue:

> (…) que sí existe sujeción a órdenes o instrucciones empresariales, pues la realización por el repartidor de su actividad apartándose de las instrucciones impartidas por

[348] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p.341.
[349] SLEE, op. cit., p.131.

> Roofoods Spain SL no es inocua, sino que comporta una consecuencia negativa o penalización.[350]

Desde el GPS, toda la actividad de reparto es controlada en tiempo real y supervisada por la plataforma, que intervendrá siempre que haya una falla en el servicio.

Esa capacidad informacional revolucionó la economía y el mercado, transformándose en un relevante factor de competitividad al contribuir a la eficiencia y a la reducción de costos, incidiendo directamente sobre el trabajo. CEDROLA SPREMOLLA confirma: "(...) la información acumulada en las grandes bases de datos se ha convertido en un factor estratégico a los efectos de favorecer la competencia entre empresas."[351] El autor también enfatiza el problema de la transparencia al discurrir sobre las aplicaciones móviles, las cuales permiten la recogida de datos sin que los usuarios tengan idea de su funcionamiento. [352] Así, a pesar de que se realiza el registro de toda la información y actividades que se ejecutan por medio digital, claramente rastreables, de poco sirve si esos datos se ocultan o permanecen inaccesibles para terceros interesados, como usuarios, trabajadores u órganos de fiscalización, generalmente con el argumento de secreto comercial y, la mayoría de las veces, también por la dinámica intensa de constante revisión y modificación de parámetros.

En ese sentido, la OIT manifestó la dificultad de realizar un relevamiento del número real de trabajadores activados en una plataforma:

> Debido a que las plataformas practican una política de no divulgación de datos, resulta muy difícil estimar el volumen real de trabajadores ocupados a través de estas plataformas. Diversas encuestas realizadas por investigadores y organismos estadísticos en Europa y América del Norte entre 2015 y 2019 sugieren que la proporción de la población adulta que ha realizado trabajos en plataformas se sitúa entre el 0,3 y el 22 por ciento.[353]

Una característica sobresaliente del trabajo digital consiste en el aumento de la competitividad entre los propios trabajadores, justamente por la conjugación de un trabajo individual y aislado (ruptura con el lugar y los compañeros de trabajo) y de la recogida masiva de datos. A fin de cuentas, se trata de un modelo de negocio estructurado a partir de la competencia potencial entre varios trabajadores.[354] El modelo de plataforma, por ejemplo, presupone la existencia de una enorme cantidad de trabajadores —en general desempleados

---

[350] Ibidem.
[351] CEDROLA SPREMOLLA, op. cit., p. 265.
[352] Idem, p. 273.
[353] OIT. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: el papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Ginebra: OIT, 2021. p. 20. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--pt/index.htm
[354] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 244.

que buscan una fuente de ingreso— a disposición de la plataforma y compitiendo entre sí, en un régimen de explotación directa y desprotegida, capaz de atender a las demandas y sin los cuales la plataforma no funciona ni logra prestar sus servicios.[355]

CHARTZMAN BIRENBAUM añade: "La flexibilidad que las compañías alegan se convierte en una forma de hacer que los 'colaboradores' compitan entre sí para lograr las mejores horas, que no son las más compatibles con su vida personal, pero la compañía considera que es más rentable o con mayor demanda".[356] El autor afirma, además, que la irregularidad y la escasez de los servicios presiona a los trabajadores para que permanezcan más tiempo disponibles y busquen más tareas, mitigando la libertad de elección de las cargas, como forma de aumentar sus ganancias, lo que resulta en un alto nivel de autoexplotación.[357] La solución para ese problema está en la protección legal, debiendo haber normas generales —como principio de igualdad de tratamiento y no discriminación— que establezcan derechos y protecciones previas suficientes como para obstar perjuicios a los trabajadores en virtud de la distancia, del aislamiento y de la desunión. Este ha sido el tono de las modernas leyes sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo, especialmente en el período pospandémico (ver tercer capítulo). Hoy en día, hay una enorme preocupación en cuanto a evitar el aislamiento en el trabajo debido a sus diversos maleficios.

La legislación actual permite el trabajo en diversos lugares, como en las dependencias del empleador, en las dependencias de un cliente del empleador o externamente, en la residencia del empleado o en otro lugar de su elección, o, aun, de forma híbrida, alternándose esos criterios. Ejemplo de esto es la *Sentencia* de la Audiencia Nacional que validó el sistema denominado *Smart Job*, de reparto semanal de puestos de trabajo en diferentes centros. La experiencia de la Covid-19 permitió que se combinara trabajo presencial y teletrabajo, lo que llevó a las empresas a adoptar una organización de los centros de trabajo más eficaz y con un mejor aprovechamiento de la estructura y recursos materiales, sin puestos de trabajos fijos, cabiendo al empleado reservar, para los días de trabajo presencial, un puesto de trabajo (llamado *hot desk* o puestos calientes) por medio de una aplicación informática.[358] Las empresas pueden contratar a trabajadores para recibir su prestación de servicios por medios virtuales, independientemente del lugar de la empresa o de dónde se encuentre el trabajador.

[355] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p. 22.
[356] CHARTZMAN BIRENBAUM, op. cit., p. 15.
[357] Idem, p. 16.
[358] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia nº 180/2021, de 27 de julio. Rec. n. 277/2020. Disponible en: https://www.laboral-social.com › files › NSJ062797. Consultado el: 20 mar. 2022.

Ante tamaña variación y escenarios, no se puede adaptar el lugar de trabajo y el control físico como parámetros decisivos de subordinación o aun de la relación de empleo. La jurisprudencia ya ha evolucionado en el sentido de relativizar la importancia del lugar de trabajo a fines de cualificación jurídica de la relación de trabajo.[359] Incluso, la noción de establecimiento o dependencia del empleador (como espacio geográfico de trabajo) se ha reemplazado por el concepto de lugar de trabajo, o sea, el lugar o lugares donde efectiva y físicamente ocurre la prestación del servicio, aunque persista la necesidad de la vinculación del trabajador a una sede/región geográfica de la empresa para diversos efectos legales, como seguro social, medidas de salud y seguridad laboral, fiscalización y convenios colectivos.

Otro debate es la relacionado al trabajo realizado mediante contacto directo con el público o clientes, lejos del empleador. Hay una tendencia a confundir ese contacto directo del trabajador con clientes o consumidores del empleador, como si fuera una relación o prestación de servicios directa entre ambos y no intermediada. El empleador es definido como aquel que se beneficia de los servicios de un trabajador, situación no descaracterizada por el simple hecho de que exista un tercero usuario/cliente de los servicios de la empresa. En estos casos, es importante cotejar los puntos de conexión entre el trabajador y el usuario/consumidor —muchas veces desconocidos y sin acceso a datos recíprocos— en comparación con el vínculo entre el empleador y el usuario/consumidor. De hecho, la imposibilidad de desarrollar su propia clientela (y con su marca) en las plataformas de servicios ha sido uno de los factores que rechazan el carácter autónomo del trabajo prestado.

Además, la propia exclusividad del trabajo ya no era criterio definitivo de la relación de trabajo, elemento que prácticamente pierde sentido ante el trabajo digital, puesto que es común y factible el trabajo virtual para más de un contratante, bajo orientación y control de cada uno de ellos. En realidad, no habrá prestación simultánea de trabajo, ya que cada tarea o actividad se realiza exclusivamente para determinado contratante y con determinada duración; lo único que existe son momentos de disponibilidad para dos o más contratantes. Con respecto a la exclusividad, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sentencia 40/2020, de 17 de enero de 2020) dispone: "(...) la ausencia de deber de exclusividad no descarta la relación laboral, pues en todo contrato de trabajo puede pactarse que no haya deber de exclusividad, sin que ello impida la relación laboral." En el mismo sentido, CARELLI resalta varias profesiones en las cuales es común que concurran vínculos de empleos simultáneos, como enfermeros y profesores (y plataformas), cada cual con sus períodos de prestación laboral

[359] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 39.

específica, recordando que la propia ley brasileña aborda esos aspectos, como los arts. 138 (que permite el trabajo durante las vacaciones en virtud de otro vínculo) y 443, §3º (contrato intermitente), ambos de la CLT.[360]

Son múltiples y diversas las formas de control de una actividad laboral realizada por medios digitales —y del propio comportamiento del trabajador—, variación que no modifica la naturaleza del trabajo (controlado, dependiente). Puede haber flexibilidad de horario o para conectarse y desconectarse, pero también contrataciones estandarizadas, monitoreo geográfico, historial de la *web* o de utilización de la banda ancha, registro de las horas trabajadas, capturas de pantalla, historial de operaciones realizadas, registro de las actividades del teclado o clics en el *mouse*, control de productividad y de rentabilidad, definición de parámetros remuneratorios variables y tantas otras formas de control directo e indirecto del trabajo, incluso con diversos programas destinados a esa finalidad de acuerdo con el tipo de negocio desarrollado. Las propias instrucciones de trabajo, otrora realizadas en tiempo real, hoy en día se transforman en anticipadas descripciones de tarea (*job description*), con posterior verificación de resultado (control por productividad). En otros casos, la gestión de la mano de obra se realiza directamente por algoritmos e inteligencia artificial, de forma automatizada, sustituyendo a supervisores, gerentes y encargados, lo que dio lugar a la expresión "jefe algorítmico", como referencia a este fenómeno de sustitución de la figura de los supervisores humanos intermediarios (de los trabajadores) por sistemas inteligentes encargados de gestionar la mano de obra.[361]

Al tratar del trabajo a distancia, HERAS GARCÍA señala que los recursos tecnológicos no solo constituyen un instrumento inidóneo de control, sino que, además, resultaron en la intensificación de ese control, llegando al punto de ser constante en algunos casos —su máxima expresión—, aunque haya también situaciones de mitigación de ese control.[362,363] La geolocalización (tema en el que se ahondará en el próximo capítulo) representa un buen ejemplo de ello, ya que permite un monitoreo en tiempo real de la posición del

[360] CARELLI, op. cit., p. 70-1.
[361] TODOLÍ SIGNES, op. cit., p.328.
[362] HERAS GARCÍA, op. cit., p.54.
[363] Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral. (...) 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.
LTD, Artículo 22. Facultades de control empresarial.
La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad.

trabajador y un registro detallado de todos sus movimientos, lo que, muchas veces, representa un control mayor que el ejercido en un trabajo presencial típico.

Y aquí no se hace un juicio de valor de dichas herramientas, que se pueden usar de forma positiva o negativa y generar buenas prácticas o graves violaciones a derechos fundamentales; solo se destacan esos mecanismos modernos de supervisión, los cuales revelan una igual o mayor dirección y control, por parte de la empresa, del trabajo realizado por medios digitales y no al contrario, como se suele sostener. Al abordar el elemento de la subordinación y de la influencia de la tecnología en ese aspecto, CRUZ VILLALÓN resalta que resultan irrelevantes los medios o la tecnología utilizada por el empleador para el ejercicio de los poderes de organización, dirección y control del trabajo, de forma directa o indirecta e implícita, por medio de los cuales se materializa la subordinación.[364]

La mención al trabajo a distancia o al teletrabajo es oportuna, pues, como ya se ha mencionado, su regulación ha avanzado en la adecuación de las peculiaridades y aspectos esenciales de esa forma de trabajar como forma de resguardar derechos y la protección laboral, independientemente de que el trabajo se realice presencial o virtualmente. Aun abordando temas como la mayor libertad del trabajador (jornada, lugar, etc.) y autonomía organizativa, en ningún momento esas innovaciones legislativas referentes al teletrabajo refutaron la naturaleza subordinada del trabajo. Sin embargo, esas mismas características se suelen aducir para rechazar el vínculo de empleo —o enaltecer el trabajo autónomo— en otros modelos de trabajo digital, sin ningún fundamento objetivo razonable que justifique un tratamiento distinto. Resulta oportuno transcribir las lecciones de CASAS BAAMONDE:

> Lo primero supone que el trabajo a distancia, y el teletrabajo, ha de contar con preceptos propios adaptados a sus peculiaridades (los costes y gastos de esta forma de trabajo son una de ellas), ha de penetrar en el Derecho del Trabajo modificando su fisonomía habitual, pensada para el trabajo presencial - a salvo las viejas fórmulas de trabajo a domicilio - en una realidad analógica, en un proceso de integración de nuevas realidades empresariales y laborales virtuales, de reconocimiento pleno de los derechos de quienes trabajan en remoto y mediante tecnologías de la información y el conocimiento o en fórmulas híbridas, semipresenciales o a distancia no plenas.[365]

Por lo tanto, variaciones en la forma o medios de control del trabajo no modifican su carácter subordinado, que se debe establecer a partir de criterio finalístico, o sea, cuando el resultado sea la interferencia en la realización del trabajo, independientemente de los medios o herramientas utilizadas, físicos o virtuales, directos o indirectos.

[364] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 38.
[365] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

Incluso, cada vez más, las órdenes y fiscalización se están transfiriendo a terceros, como lo hacen las plataformas de servicios mediante un control por parte de los usuarios, que fiscalizan y evalúan el trabajo, influyendo fuertemente en la continuidad o no del trabajador en aquella actividad, o, aun, utilizándose esa calificación para aumentar la remuneración u organizar y distribuir el servicio, favoreciendo a los mejor evaluados. Como lo resalta ROSENBAUM CARLI, la información constantemente obtenida por los sistemas de evaluación permite a las plataformas digitales tomar decisiones organizacionales, incluyendo la atribución de más tareas a los trabajadores con mejores evaluaciones o aun la decisión (automatizada) de desvinculación del trabajador de la plataforma, lo que aumenta la vulnerabilidad y precariedad del trabajador que, de esa forma, sigue siendo puesto a prueba de forma permanente, todo el tiempo.[366] Es una práctica que remonta a los primeros tiempos del proceso de tercerización, cuando la empresa prestadora de servicios dejaba a cargo del contratante-cliente parte de su poder directivo, especialmente el de comandar la prestación y fiscalizar el cumplimiento preciso de la tarea —la llamada subordinación indirecta—, pero en una versión diversa, ya que esa fracción del poder directivo es concedida al público (*crowd*). Eso, no obstante, no desnaturaliza la realidad de un trabajo prestado bajo un rígido control y comando.

El elemento principal, como se ha mencionado, debe ser la integración del trabajador en la organización empresarial, verificada a partir de las características objetivas de la actividad económica y de la empresa, sin centrarse en aspectos de la ejecución del trabajo, los cuales pueden adoptar formas flexibles sin eliminar la dependencia. Se comparte el entendimiento de HERAS GARCÍA de que la dependencia es un concepto relativamente vago, que se debe entender de forma amplia y flexible y no como un criterio rígido y directo de inclusión o exclusión de la relación de empleo, bastando con el análisis de la inserción del trabajo en la organización productiva en el sentido de si está bajo disciplina empresarial en el aspecto finalístico.[367]

Es necesario suplantar la idea de subordinación adherida al ejercicio directo y constante del poder directivo, ya que vinculada a una época y a un tipo de organización productiva muchas veces incompatible con el presente. Esta evolución de los modelos ha dado lugar a cambios en las concepciones acerca de la subordinación, la cual que se manifiesta de distintas maneras en este escenario tecnológico, diferente del patrón experimentado en el siglo

[366] ROSENBAUM CARLI, op. cit., p. 244.
[367] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 50

pasado. La realidad actual, posmoderna (y pospandémica), exige una adaptación aun mayor del concepto de subordinación.

En el trabajo digital, es común la remuneración por unidad de obra o servicio, dadas sus características. Históricamente, es una modalidad remuneratoria típica de determinadas categorías, trabajos externos o con flexibilidad horaria y sin fiscalización directa o permanente, incluso como una forma de incentivo y control del trabajador. O sea, se controla el trabajo a partir de la producción y no según el tiempo en sentido estricto. En un mundo globalizado, altamente competitivo y ansioso por productividad, la tendencia es la de remuneración por resultado, lo que no excluye la subordinación. En realidad, se trata de un elemento de la organización del trabajo, a saber, la concesión de mayor libertad y autonomía al trabajador en la gestión y ejecución del trabajo, pero con control finalístico de productividad y rendimiento, más compatible con la naturaleza del trabajo y de la actividad, y no un elemento definidor del empleo.

En ese sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: "La conclusión es que sí existe retribución periódica, que no es fija, sino variable —en función de los servicios realizados por el repartidor—. En realidad esto viene a ser un 'salario por unidad de obra', que es admisible en el marco de la relación laboral por cuenta ajena". Y señala: "(…) el hecho de no percibir cantidad alguna por el servicio cuando este no se realiza, no es asunción del riesgo, sino que constituye una característica ordinaria del denominado 'salario por obra'" (Sentencia 40/2020, de 17 de enero de 2020).

El patrón remuneratorio también se puede utilizar como elemento de control. A pesar de la flexibilidad de horario y de jornada, es común la fijación de un nivel remuneratorio bajo, lo que acaba exigiendo del trabajador una jornada diaria integral (o aun superior) para alcanzar lo equivalente a un salario mínimo. Se recuerda que la estadística sobre el trabajo en plataformas, mencionada en el primer capítulo, que identificó una remuneración mayor de los trabajadores plataformizados con respecto al trabajador común, pero como resultado de una jornada más extensa (superior a 6 horas semanales con respecto al trabajador común). Así, aun sin ningún comando directo, el mero patrón salarial puede ser suficiente como para inducir a una rutina intensa de trabajo. CARELLI enfatiza esa precificación (o sea, la imposición de un pago bajo calculado por datos y algoritmos) como medio de mantener a los trabajadores activados durante más tiempo en la plataforma, utilizándose también el sistema de bonos e

incentivos financieros con la misma finalidad, además de equiparar este expediente al antiguo salario a destajo, en una versión altamente tecnológica.[368]

2.4.3 La función esencial de las presunciones

Por último, es importante avanzar en la idea de presunción de la relación de trabajo en el contexto del trabajo mediado por la tecnología para hacer prevalecer la protección laboral en casos dudosos, ambiguos o fronterizos e incluir categorías o actividades habitualmente excluidas y marginada, ajustando las transformaciones digitales y el dinamismo de las nuevas relaciones laborales al carácter esencialmente protector del Derecho del Trabajo.

Como se vio anteriormente, el art. 8º del ET español prevé expresamente la presunción de laboralidad al hacer constar, en el primer apartado, que "Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel." Además de la previsión general, existen las previsiones específicas, como, por ejemplo, en el art. 2º del ET español, que lista algunas relaciones laborales de carácter especial, como las de deportistas profesionales, artistas y altos directivos, cualificadas como relación de trabajo e incluidas en el marco regulatorio laboral, aunque con un régimen jurídico específico en virtud de las peculiaridades de cada actividad.[369]

Y, más importante, la *Ley 12/2021*, de 28 de septiembre, procedente del *Real Decreto-ley 9/2021,* en incorporó la disposición adicional 23ª al *Estatuto de los Trabajadores*, para establecer la presunción de empleo a los trabajadores que prestan servicios para

[368] CARELLI, op. cit., p. 79.
[369] Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial.
1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial:
a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c).
b) La del servicio del hogar familiar.
c) La de los penados en las instituciones penitenciarias.
d) La de los deportistas profesionales.
e) La de los artistas en espectáculos públicos.
f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas.
g) La de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.
h) (Derogada)
i) La de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.
j) La de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.
k) La de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.
l) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley.
2. En todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la *Constitución*.

plataformas digitales de reparto (exclusivamente), y no a todo tipo de plataforma digital. La presunción de laboralidad para todo trabajo en plataformas digitales fue reconocida por la Directiva (UE) 2024/2831, de 23 de octubre de 2024, que establece: "se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control (...)", correspondiendo a la plataforma refutar la presunción legal. Con total razón, a la vista de todas las cuestiones planteadas en este capítulo.

La presunción de laboralidad también está prevista en el art. 9º del *Código de Trabajo* portugués[370], además de la previsión en el artículo subsecuente, que sobre los denominados "contratos equiparados"[371], visto que equipara a trabajadores sin subordinación jurídica, pero en situación de dependencia, a los empleados, extendiendo a estos los principios y derechos personalísimos previstos en el *Código de Trabajo*. En el mismo sentido, la ley del estado de California, en Estados Unidos, que trató sobre la regulación de los trabajadores en plataformas digitales, en 2020. La ley estadual estableció una presunción de la condición de empleado de esos trabajadores en la denominada prueba ABC, mediante la cual se realiza un examen de los requisitos que deben demostrar los contratantes para la contratación de trabajadores fuera del régimen de empleo.[372]

En otros países, como en Brasil, no existe esa previsión expresa, pero está consolidada por la jurisprudencia a partir de las reglas sobre carga de la prueba, para equilibrar las desigualdades de la relación (especialmente documental e informativa), ya que cabe al empleador comprobar la modalidad de trabajo cuando negado el vínculo de empleo, pero admitida la prestación de servicios.[373]

---

[370] Artigo 9.º Contrato de trabajo con régimen especial
Al contrato de trabajo con régimen especial se aplican las reglas generales de este *Código* que sean compatibles con su especificidad. [Disponible em: https://dre.pt]

[371] Artículo 10.º Situaciones equiparadas
Las normas legales relativas a derechos de personalidad, igualdad y no discriminación y seguridad y salud en el trabajo son aplicables a situaciones en las que ocurra prestación de trabajo por una persona a otra, sin subordinación jurídica, siempre que el prestador de trabajo deba considerarse en la dependencia económica del beneficiario de la actividad. [Disponible en: https://dre.pt]

[372] DUBAL, op. cit., p. 375.

[373] v.g. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. "RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ÔNUS DA PROVA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADMITIDA PELA RECLAMADA. De acuerdo a lo establecido en los arts. 818 de la CLT y 373 del CPC (art. 333 del CPC/73), en lo que refiere a la distribución de la carga de la prueba (carga subjetiva de la prueba), al autor incumbe la carga de comprobar los hechos constitutivos de su derecho y al reo compete demostrar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho de autor. Así, en pleitos que apuntan al reconocimiento del vínculo de empleo, como regla general, a la parte reclamante cabe la carga de la prueba de la presencia de los requisitos legales que lo caracterizan. Sin embargo, negada la existencia de vínculo de empleo, pero admitiendo la parte reclamada que la prestación de servicios se daba de forma autónoma, se da la inversión de la carga de la prueba, por tratarse de alegado hecho

Por lo tanto, la presunción de empleo para trabajos digitales puede ser el avance necesario para la promoción del régimen de empleo en este escenario desafiador del trabajo ante las nuevas tecnologías y organizaciones productivas, estableciéndose parámetros más rígidos que cabrá a las partes contratantes demostrar a efectos de contratar a personas fuera del marco laboral, contratación limitada a los casos de plena y real autonomía en el trabajo realizado por cuenta propia.

La presunción puede ser tanto de la relación de empleo en general como específicamente de la subordinación, sobre todo en el caso de trabajos a distancia sometidos a sistemas y herramientas digitales de gestión y gobernanza de los trabajadores (dirección algorítmica y poder directivo digital). Al fin y al cabo, se trata de modelos que, debido a la mediación tecnológica, tienden a ocultar la percepción o evidencia del poder de control y dirección existente —a menudo ejercido de forma indirecta—, a diferencia de la subordinación clásica (presencial), que tiene un control claro y directo del trabajo. Además, se acentúa la asimetría de poder en la relación, especialmente en la esfera informativa, con el empresario (propietario de la tecnología) con pleno dominio de las reglas del trabajo, sin permitir a los trabajadores el acceso a las informaciones acerca de la logística, estructura y operaciones realizadas.

Por ejemplo, es posible presumir la subordinación a partir de algunos criterios, como la vinculación económica o un reducido nivel remuneratorio. Hay vinculación económica cuando el trabajo (personal) sea la única o la principal fuente de ingreso y, por ende, de subsistencia, proveniente directamente de una misma fuente (persona o empresa). De la misma forma, el valor de la remuneración está profundamente imbricado con la subordinación, pues, cuanto menor sea el nivel salarial, más intensos serán el grado de subordinación y la necesidad de protección. En ambas hipótesis, es posible presumir la sumisión del trabajador a los parámetros del empleador y al modo de organización de su actividad económica, habida cuenta de la acentuada dependencia económica, como forma de ayudar en situaciones fronterizas.

El criterio económico no debe ser exclusivo, puesto que resulta insuficiente para diversas realidades. Eso no implica menospreciar su importancia, ya que esa idea inicial de identificar al empleado (y al elemento de subordinación) a partir del grado de dependencia

impeditivo del derecho de autor. En la hipótesis, la Corte Regional incurrió en mala distribución de la carga subjetiva de la prueba, visto que, alegado el carácter autónomo de la prestación de servicios, efectivamente incumbía a la parte reclamada, y no a la reclamante, comprobar sus alegaciones. Precedentes. Recurso de revisión conocido y provisto" (traducción propia) (RR-227-18.2011.5.15.0048, 1ª Turma, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, DEJT 10/08/2018). Disponible en: https://jurisprudencia.tst.jus.br. Consultado el 24 mayo 2021.

económica, aunque hoy ya esté superada, se justificaba en la época en la que se concibió, en un momento histórico inicial del proceso industrial, marcado por la fuerte concentración de ingreso y medios de producción en las manos de pocos propietarios y en el cual el empleado se sujetaba al trabajo por la necesidad de proveer su sustento.[374] Con la transformación del escenario económico y social, ese concepto dejó de atender a su finalidad esencial, mostrándose secundario en el panorama de las relaciones de trabajo contemporáneas, como nos lo enseña DELGADO: "(...) el asincronismo económico-social mayor o menor entre los dos sujetos de la relación de empleo no necesariamente modifica, en igual proporción, el conjunto jurídico de prerrogativas y deberes inherentes al poder de empleo (...)" (traducción propia).[375]

Actualmente, la vinculación económica ha vuelto a cobrar fuerza en la realidad de las relaciones de trabajo digitalizadas —complejas y polifacéticas—, no como un criterio único y decisivo como sucedía en el pasado, sino resignificado como un elemento objetivo, de vulnerabilidad económica. Ese elemento se debe examinar en conjunto con otros aspectos y dentro de determinado contexto, cumpliendo un papel relevante en la comprensión de la subordinación y del empleo en esta Era Digital, especialmente en los modelos de contratación a la demanda. En suma, se trata solo de aplicar una presunción del trabajo subordinado a partir del criterio económico en escenarios grises o, mejor dicho, de la debilidad económica —que subordina a la parte que tiene menos recursos— en una relación de trabajo.

En esa línea de razonamiento, se comparte el entendimiento de MORAES y GAIA en cuanto a que:

> [la] imprecisión de la dependencia económica apartó su aplicación como presupuesto identificador de la relación de empleo. La dependencia económica es vista como razón de ser del propio Derecho del Trabajo en razón de la posición de escasez de recursos del trabajador en comparación con el empleador. Esa condición no puede servir al mismo tiempo como elemento fundador del Derecho del Trabajo y estructurador de la relación de empleo. La inferioridad económica, aunque sea incapaz por sí sola de distinguir la relación de empleo de otras formas de trabajo humano, puede servir como indicio de la existencia de aquella relación. (…)
> Aunque la concepción de dependencia económica suponga aspectos de imprecisión que la ponen en jaque, entendemos que esa concepción no se debe abandonar totalmente. La propia condición de elemento indicativo de prueba puede justificar esa conclusión preliminar. Además, la noción de dependencia económica está ganando espacio en diversos sistemas jurídicos extranjeros en razón de la necesidad de tutela de trabajadores autónomos, pero que son económicamente dependientes. (traducción propia) [376]

[374] MORAES, GAIA, op. cit., p.53.
[375] DELGADO, op. cit., p.352.
[376] MORAES, GAIA, op. cit., p.54.

LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, al discurrir sobre la cuestión de la cualificación jurídica del teletrabajo —por cuenta propia o ajena—, listan indicios de laboralidad reconocidos por la jurisprudencia, como: el trabajo para la misma empresa mediante programa informático de su propiedad, habiendo zonas de trabajo determinadas, control estricto del trabajo y sanciones por atrasos; el trabajo para una revista desde la residencia del trabajador, utilizándose el *e-mail* y la *internet* para una comunicación continua (presencia virtual), en la cual la empresa controlaba el trabajo, daba órdenes y recibía instantáneamente los frutos del trabajo, pudiendo dirigirlo y modificarlo, independientemente de la presencia física; el empleador que delimitaba las tareas de un periodista que estaba encargado de una comarca; el periodista recibía los medios materiales necesarios y el resarcimiento de los gastos con alimentación y desplazamientos sin necesidad de presencia física en el centro de trabajo; el trabajador que trabajaba desde su domicilio y sin sujeción a horarios, realizando operaciones propias de una sucursal bancaria a partir de instalaciones informáticas adecuadas; la transferencia del trabajo presencial en una universidad para el domicilio del trabajador, mediante conexión remota; entre otros.[377]

Las empresas-plataformas que utilizan el sistema de evaluación de los servicios de los consumidores (fenómeno conocido como reputación digital) terminan imponiendo una alta performance del prestador de servicios, que puede ser excluido del trabajo —y perder su fuente de subsistencia— en virtud de algunas clasificaciones malas, dejando al trabajador expuesto y vulnerable a consumidores más severos, sin la posibilidad de cuestionamiento en ese proceso automatizado. Se trata de una instancia permanente de control y supervisión del trabajo prestado. Como lo resalta SLEE, "Un sistema de reputación es como un jefe salido del infierno: un gerente errático, desequilibrado e incomprensible, que te puede quemar en cualquier momento, por un capricho repentino, sin ofrecer ninguna posibilidad de réplica" (traducción propia).[378] La propia OIT, en un informe, describió esa realidad:

> Las plataformas utilizan algoritmos para vincular automáticamente a los trabajadores con los clientes mediante un proceso en el que resultan decisivas las puntuaciones que reciben los trabajadores. Estas valoraciones se determinan a su vez de forma algorítmica con arreglo a una serie de criterios, como los índices de aceptación y rechazo, que limitan la capacidad y libertad de los trabajadores para rehusar trabajos en la práctica. Un número considerable de los conductores de VTC y repartidores encuestados que trabajan a través de estas aplicaciones indicó que no podía rechazar o cancelar trabajos porque ello afectaba a sus puntuaciones y, en consecuencia, la

[377] LOUSADA AROCHENA, José Fernando; PAZOS PÉREZ, Alexandre; RON LATAS, Ricardo Pedro. Trabajo a Distancia y Teletrabajo: Regulación Laboral, Procesal y de Seguridad Social; Teletrabajo Transnacional. Madrid: Editorial Tecnos, 2022. p. 75-8.
[378] SLEE, op. cit., p.181.

> plataforma podía reducirle su acceso al trabajo, quitarles bonificaciones, cobrarles multas o incluso darlos de baja.[379]

BRECHT-HEITZMANN afirma que el sistema de evaluación (*feedback*) tiene un papel decisivo, pues, aun cuando las instrucciones de servicios sean superfluas, la sujeción a un sistema de satisfacción de los clientes, que definirá el recibo de nuevas demandas de servicios, revela un control sobre la actividad y el patrón exigido. El autor concluye: "Cuanto más amplio sea este control o más fuertemente se conecte a concretos comportamientos o a otras ventajas, tanto más hay que sostener la laboralidad".[380]

Además, buena parte de las plataformas también adoptan un sistema de evaluación de la habitualidad y confiabilidad de los prestadores, utilizando los datos proporcionados por la propia aplicación, como la disponibilidad, el tiempo de respuesta, los servicios o demandas atendidas, entre otros criterios cuya deficiencia o baja evaluación tienen repercusiones de diversos órdenes, pudiendo determinar, incluso, la exclusión del sistema. DE STEFANO aborda la influencia de la automatización en el poder directivo:

> De forma similar a la de los trabajadores de depósito que utilizan sistemas automatizados de dirección, los trabajadores de plataforma son designados para la siguiente tarea por los algoritmos de la aplicación, que también son diseñados para medir la velocidad y la dedicación del trabajador en la realización de las tareas, incluyendo el cálculo de la puntuación y de las evaluaciones que los clientes atribuyen a los trabajadores. Malas puntuaciones o un rendimiento por debajo de los estándares del algoritmo pueden llevar a la exclusión del trabajador de la plataforma y, por lo tanto, a la "desvinculación", facilitada por el supuesto estatus de autónomo de esos trabajadores. (traducción propia)[381]

Así, el trabajador está bajo una rigurosa vigilancia en función de ese sistema de evaluación o reputación (sumatorio de opiniones de otras personas), herramienta que revela un poder directivo y disciplinario de esas empresas —inherentes a la relación de empleo—, lo que refuerza la necesidad de protección jurídica de ese trabajador. La propia noción de integración del trabajador en la actividad y estructura empresariales, tal como se ha analizado anteriormente, establece, por inferencia lógica, una presunción de subordinación y de la relación laboral. Este concepto desempeña un papel crucial en la estabilización de las relaciones laborales, la disminución de la litigiosidad y la promoción de la seguridad jurídica, especialmente en el contexto del trabajo mediado por las tecnologías digitales.

---

[379] OIT. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Ginebra: OIT, 2021. p. 25. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--pt/index.htm

[380] BRECHT-HEITZMANN, op. cit., p. 27.

[381] DE STEFANO, op. cit., p. 27.

A pesar de no depender de ley, sería interesante un avance legislativo brasileño en el sentido de establecer presunciones legales expresas de la relación de empleo o, como mínimo, del trabajo subordinado en algunas circunstancias, sobre todo cuando se lo realiza por medio digital.

Por último, la presunción cumple un papel relevante en el sentido de facilitar la comprobación de una relación de empleo, de forma tal que no basta con ampliar el ámbito de aplicación de las normas laborales, siendo igualmente necesario librar al trabajador de cargas probatorias excesivas o dificultosas, incompatibles con la asimetría inherente a la relación de trabajo. En ese aspecto, ante las transformaciones en el mundo del trabajo, la Unión Europea ha avanzado en lo que atañe al deber de información por parte del empleador, obligándolo a informar, por escrito, los términos de los contratos y propuestas de trabajo, con la indicación clara de los aspectos esenciales, entre los que se encuentra la cualificación jurídica del trabajo, cuyo incumplimiento genera la presunción de la condición de asalariado. Por ejemplo, el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* (AMET), de 23 de mayo de 2002, exige del empresario la entrega al teletrabajador de información escrita a respecto de las condiciones laborales (basado en la *Directiva nº 91*/533/CEE, ya derogada por la *Directiva nº 2019/1152/UE*), como convenios colectivos aplicables, descripción del trabajo, departamento o centro al que esté adscrito el teletrabajador y sus superiores inmediatos o personas aptas a prestar información, etc.

A partir de este análisis amplio de la subordinación en el contexto digital, es imprescindible reformular este instituto para ajustarlo a las transformaciones sociales, económicas y tecnológicas contemporáneas.

CRUZ VILLALÓN retrata la dificultad de delimitar el ámbito de aplicación de la legislación laboral: "Ante todo, uno de los rasgos más palpables en el desarrollo del ordenamiento laboral será el de su tendencia natural a la expansión subjetiva de las relaciones profesionales sometidas a sus disposiciones".[382] Así como el Derecho de Trabajo expandió su protección a lo largo del tiempo, del trabajo industrial al rural, de servicios y administrativos; del trabajo manual al intelectual; es ahora el momento de una nueva expansión protectora para el trabajo digital en sus diversas modalidades, justamente partiéndose del reconocimiento de esa multiplicidad y complejidad. Es necesario reconocer la centralidad de este verdadero poder directivo digital, promoviendo soluciones innovadoras capaces de equilibrar el progreso

[382] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 26.

tecnológico (con su eficiencia y potencial de innovación) con la preservación del empleo y la protección de los derechos laborales.

La implantación de las propuestas presentadas puede ser inmediata, puesto que se trata de definir el contenido y alcance de la subordinación en la actualidad, de acuerdo con la nueva realidad social, digital y económica. Se recuerda que, así como en el ordenamiento español, la legislación brasileña[383] adopta un concepto abierto y amplio de subordinación o dependencia en la definición de empleado, lo que permite al intérprete manejarlo como instrumento eficaz de una política social extensiva[384], respetando ese aspecto dinámico inherente y esencial al derecho para cumplir con su finalidad social. Como nos lo enseña CATARINO: "Habiendo trabajo remunerado *dependiente*, quien se dispone a prestarlo es empleado."[385] Cabe a los juristas establecer y restablecer los pilares de la subordinación en la presente realidad laboral, en un abordaje inclusivo que congregue los diversos factores expuestos en este capítulo, adaptados al contexto de las nuevas relaciones de trabajo digitalizadas.

2.5 Alteridad y Ajenidad

En Brasil, uno de los elementos para definir el empleador es la asunción de los riesgos de la actividad económica (art. 2º de la CLT), habiendo la doctrina incluido la alteridad como requisito de la relación de empleo, también referida como principio de la no asunción de riesgos por el trabajador.[386] En general, se la aborda como un elemento accidental, en virtud de los elementos esenciales mencionados anteriormente, lo que ayuda al intérprete en la solución de casos fronterizos, notoriamente en la diferenciación entre trabajo subordinado y autónomo.[387] De cualquier modo, corresponde a una noción fuertemente inspirada en el derecho español, que establece la ajenidad —analizada en un contexto más amplio— como requisito determinante de la relación de empleo.

En España, el elemento de la ajenidad distingue el trabajo por cuenta ajena (en negocio del otro) del realizado por cuenta propia (negocio propio). MERCADER UGUINA aclara la distinción entre la ajenidad y la alteridad en estos términos: "Trabajar por cuenta ajena

[383] CLT, Art. 3º - Se considera empleado a toda persona física que preste servicios de naturaleza no eventual a empleador, bajo la dependencia de este y mediante salario. [negritas y subrayados nuestros] (traducción propia)
[384] CATARINO, op. cit., p. 164.
[385] Ibidem.
[386] v.g. MARTINEZ, op. cit.;
[387] LEITE, op. cit.,p. 186-187.

equivale, por tanto, a hacerlo tras ceder a otro la utilidad o los frutos del trabajo propio. No se trata de trabajar para otro (no es una mera prestación de servicios en régimen de <alteridad>), sino más bien supone un trabajar por cuenta de otro."[388]

En general, la ajenidad se materializa por la transferencia inmediata del resultado del trabajo —o sea, su utilidad patrimonial— al empleador.[389] Más allá de las variadas dimensiones y teorías que explican y delimitan el contenido y alcance de la ajenidad, la doctrina suele analizar este requisito sobre todo desde dos perspectivas: la *ajenidad en los frutos* y la *ajenidad en los riesgos*.

La primera (*ajenidad en los frutos)*, consiste en la transmisión automática de los frutos o resultados del trabajo, con apropiación directa y aprovechamiento inmediato del contratante (que recibe el beneficio económico), para sí o para transacciones con terceros. De forma opuesta, el trabajador por cuenta propia se apropia del resultado del trabajo, quedando a su criterio el destino de esos frutos, lo que presupone una capacidad propia de asumir los riegos y de comercializar el producto del trabajo sin ponerlo a disposición de un tercero.[390] La ajenidad corresponde a una tesis defendida por M. Alonso Olea, para quien la circunstancia de que los frutos pertenezcan a otra persona y no al trabajador, desde el instante inicial de la producción, constituye el elemento esencial y definidor del trabajo por cuenta ajena.[391]

La segunda perspectiva (*ajenidad en los riesgos)*, consiste en la atribución a ese mismo contratante de los riesgos económicos o de la explotación de esa actividad, quedando prohibido imputar pérdidas al trabajador. La *ajenidad en los riesgos* tiene tres características esenciales: *(i)* que el empleador cubra el costo del trabajo; *(ii)* que los frutos o resultados del trabajo incorpore al patrimonio del empleador; y *(iii)* que recaigan sobre el empresario los riesgos de la actividad productiva (ganancias o pérdidas), sin que eso afecte al trabajador.[392]

En ese panorama, se pueden mencionar otras concepciones, como: la *ajenidad en el mercado*, cuando el trabajador cumple su labor para un empresario —y no directamente para el mercado— a cambio de salario, verificándose la figura intermediaria del empresario entre los trabajadores y los consumidores; la *ajenidad en la utilidad patrimonial*, que consiste en la transferencia del resultado económico derivado del trabajo, cuyos bienes y servicios producidos generan un beneficio económico directo al empresario, y no al trabajador; y la *ajenidad en la titularidad de la organización*, cuando el trabajador presta servicios por

[388] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 144.
[389] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 34.
[390] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 179-81.
[391] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 35.
[392] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 35.

medio de materiales e instrumentos del empresario (titular efectivo y propietario), que, así, incorpora a su patrimonio el resultado material del trabajo.[393] Aun así, dentro de esas concepciones existen variadas dimensiones y significados por los cuales se manifiesta la ajenidad, dependiendo del tipo de actividad y modelo de producción, en general involucrando los aspectos mencionados, como el suministro de materiales, insumos y herramientas de trabajo; los gastos en el desarrollo del trabajo; el hecho de que la empresa (y no el trabajador) ofrece el servicio o producto en el mercado y se relaciona con clientes y usuarios; la definición del precio de los servicios o productos; y así sucesivamente.[394]

Para MERCADER UGUINA, participar de los riesgos no significa la magnitud de lo que el trabajador podrá ganar o dejar de ganar —como sucede en el caso de un salario variable—, pero sí determina que el trabajador no podrá sufrir pérdidas. Así, no habrá *ajenidad en los riesgos* cuando el único riesgo involucrado sea el valor económico del trabajo, ya que, para considerarse satisfecho ese requisito, es necesaria la asunción de riesgos que trasciendan el ámbito laboral, capaces de afectar —de hecho y no solo en tesis— los bienes y el patrimonio del trabajador (riesgos económicos reales), incluso ante la eventual insolvencia de clientes y contratantes. El autor también resalta la tesis de la *ajenidad en el mercado*, para considerar como trabajo por cuenta ajena los casos en los que haya un tercero que ofrece el producto o servicio (resultado del trabajo) en el mercado, representando, así, la figura intermediaria de un empresario (que se beneficia directamente del trabajo ajeno) situado entre quien produce y quien consume el resultado del trabajo.[395]

La demostración de ese requisito guarda considerable grado de abstracción (beneficios, perjuicios, ganancias, pérdidas, riesgo, lucro…), siendo común recurrir a indicios, generales o específicos, de determinada actividad, los cuales se actualizan constantemente para abarcar nuevos modelos de negocios y formas de trabajo inaugurados por el avance económico y tecnológico.

En ese sentido, el Tribunal Supremo español adopta como indicio de la relación de empleo la diferencia entre la ínfima inversión realizada por el trabajador para llevar a cabo la actividad (herramientas habituales) en comparación con la inversión realizada por el actor principal (herramientas especializadas, estructura y tecnología para la realización de la actividad), considerando como arrendamiento de servicios las situaciones en las que el prestador practica su actividad con total libertad (sin jornada, órdenes, instrucciones, etc.),

[393] Ibidem.
[394] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 179-81.
[395] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 145.

independencia y asumiendo el riesgo empresarial del negocio (*STS 2924/2020, de 25 septiembre*). En la misma decisión, al tratar de trabajadores que utilizan el vehículo propio, el Tribunal consignó:

> (...) 5) Reiterados pronunciamientos de este Tribunal han reconocido la existencia de contratos de trabajo en el caso de contratistas con vehículo propio, argumentando que la ajenidad se manifiesta inequívocamente porque es la demandada la que incorpora los frutos del trabajo percibiendo directamente los beneficios de esta actividad, sin que los actores fueran «titulares de una organización empresarial propia, sino que prestan de forma directa y personal su trabajo para la realización del servicio. Esta prestación es el elemento fundamental del contrato, sin que la naturaleza de éste se desvirtúe por la aportación de vehículo por el trabajador, pues esa aportación no tiene relevancia económica suficiente para convertir la explotación del vehículo en elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del trabajador se revela como predominante» (sentencia del TS de 18 de octubre de 2006, recurso 3939/2005 y las citadas en ella).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el caso de Roofoods Spain S. L. (aplicación Deliveroo), consideró existente la ajenidad de frutos y riesgos, puesto que los actores son clientes de la aplicación, la cual es responsable por las fallas del servicio; hay una ganancia ("plusvalía") de la empresa-plataforma sobre todos los platos de cocina repartidos (la empresa se queda con los importes abonados por los restaurantes); por otro lado, no es posible el desarrollo de la actividad económica sin los repartidores (Sentencia 40/2020, de 17 de enero de 2020). También el Tribunal Supremo, en el caso de Glovo (*STS 2924/2020, de 25 de septiembre)*, decidió que había sujeción estricta a los criterios organizativos de la empresa, así como que los trabajadores no disponían de infraestructura y material propios, ya que la plataforma constituye la infraestructura esencial para el ejercicio de la actividad y que, sin ella, no se darían ni la prestación del servicio ni el trabajo de los repartidores. En la sentencia se consideró que la moto y el móvil son medios accesorios o complementarios y que es la plataforma digital el medio de producción esencial en aquella actividad.

La ajenidad constituye un elemento muy cercano y vinculado a la idea de subordinación, ya que el trabajo por cuenta ajena en general es prestado de forma subordinada, pues quienes adquieren los resultados del trabajo tienden a interferir en su ejecución. Sin embargo, los frutos o resultados del trabajo no son los únicos factores en examen, debiendo evaluarse sobre todo la interferencia en el modo de ejecución del trabajo. Por ejemplo, es posible el trabajo autónomo, pero por cuenta ajena, como en la aludida figura intermediaria del *trabajador autónomo económicamente dependiente*.[396]

[396] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 43-45.

En una investigación sobre el trabajo en las plataformas digitales, ROSENBAUM CARLI defiende la idea de que la *ajenidad* constituye un elemento central o preferente en el análisis del vínculo de empleo en este segmento económico. Para él, el hecho de que el trabajador no establezca —por su propia voluntad— el precio de los servicios ya representa un indicio de la *ajenidad en los frutos* y de la ausencia de autonomía, puesto que quien se apropia de los resultados del trabajo lo hace organizando directa y personalmente la actividad, determinando precios, tarifas y condiciones de pago, cobrando valores y respondiendo por eventuales faltas de pago, entre otros aspectos. En ese contexto, se vuelve pertinente atribuir a ese sujeto los frutos del trabajo. El autor avanza para afirmar, además, que en el trabajo en plataformas está caracterizada la *ajenidad en la marca*, dada la imposibilidad de que los prestadores del servicio ofrezcan su propia marca en el mercado, puesto que trabajan bajo la marca de la plataforma, que no les pertenece. De esa forma, para el cliente, los servicios los ofrece solo y exclusivamente la plataforma y bajo su marca y no determinado prestador de los servicios en concreto.[397]

A pesar de la consagración doctrinaria y jurisprudencial de ese presupuesto, lo cierto es que tiende a presentar un carácter accesorio en la definición de la relación de empleo, subyacente a los demás elementos analizados, y que, muchas veces, ha servido más como un elemento de barrera que de expansión del concepto de empleado en el presente escenario tecnológico.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, las transformaciones resultantes del avance de la tecnología han modificado sustancialmente la estructura organizacional y productiva de las empresas y la forma de realizar negocios, con el fomento de modelo profundamente compactos, versátiles, dinámicos y desvinculados de la idea de propiedad de una forma que permite la expansión y retracción prácticamente inmediata y de acuerdo con los acontecimientos y cambios globales o regionalizados. Así, son modelos fundados sobre un pilar básico y esencial: la dispersión de las cargas, riesgos y responsabilidades y la concentración del ingreso y de la ganancia. Es en ese escenario que la alteridad y la ajenidad, de la forma como se concebían hasta hace poco tiempo, pueden representar un elemento de desprotección laboral, lo que refuerza la necesidad de una nueva evaluación de su papel en la esfera del trabajo, especialmente en tiempos digitales, que las vuelven más difusas y mediadas (y, a veces, ocultadas) por tecnologías.

[397] ROSENBAUM CARLI, p. 263-5.

La asunción de riesgos se estableció como un elemento (secundario) de la caracterización del empleador, ya que el primer aspecto será el hecho de contratar trabajadores o, como dictamina la ley brasileña, aquel que "admite, asalaria y dirige la prestación personal del servicio" (traducción propia). Si alguien admite, asalaria y dirige la prestación personal del servicio, la relación de empleo subyacente parece suficientemente clara, mostrándose irrelevante, o por lo menos secundaria, una evaluación sobre los riesgos de la actividad. CRUZ VILLALÓN resalta que la ajenidad, en especial la *ajenidad en la utilidad patrimonial,* representa un elemento importante pero no suficiente para delimitar el ámbito de aplicación de la legislación laboral —el autor enfatiza el elemento de la subordinación como más significativo—, teniendo una eficacia negativa de contraste, lo que equivale a decir que permite rechazar el vínculo laboral cuando no se identifica la referida *ajenidad en la utilidad patrimonial* en el caso concreto.[398]

En esta investigación, consideramos que el principio de la alteridad no debe ser analizado para fines de caracterización de la relación de empleo, sino como un principio laboral relevante en la ejecución del contrato de trabajo —así como sucede con el clásico principio de la protección—, en el sentido de prohibir al empleador que transfiera la carga de la actividad económica al trabajador o, más específicamente, vedar la posibilidad de imputar pérdidas al trabajador.[399] Resulta oportuno en este punto trazar un paralelismo con las normas del teletrabajo: en su art. 12, la *Ley nº 10/2021,* de 9 de julio, expresamente prohíbe que el teletrabajador asuma los gastos con equipos, herramientas y medios necesarios al desarrollo de la actividad laboral. O sea, la eventual asunción de esos gastos por el teletrabajador no pondrá en jaque la relación de empleo, pero se considerará una condición inválida de aquel contrato, la cual permitirá al trabajador exigir el resarcimiento de los respectivos gastos y la reparación por eventuales pérdidas y perjuicios.

Hay una fuerte tendencia en los días actuales —probablemente una realidad— de proliferación de modelos empresariales y de negocios que buscan realizar su actividad con la menor estructura de costo posible, facilitados por las nuevas herramientas tecnológicas y la existencia de una multitud de trabajadores disponibles, en una realidad de elevados índices de desempleo. Esos modelos acaban transfiriendo a terceros, en un grado máximo, las cargas y riesgos de su actividad, especialmente con respecto al trabajo y a los trabajadores, que tienden a ser el elemento más importante e intrincado, en términos de costo y gestión, en la cadena productiva. Como se discutió en el capítulo anterior, la inteligencia

[398] CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 36.
[399] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 144.

artificial y los algoritmos asumen funciones centrales en la gestión y organización del trabajo y de la actividad productiva (actúan como legítimos propietarios del negocio), operando bajo un riguroso conjunto de reglas y métricas (una lógica empresarial) que abarca tanto la distribución de las tareas y el monitoreo de su ejecución y productividad como también la gestión de los riesgos inherentes a la actividad de una forma tal que limitan significativamente las elecciones del trabajador, aun en ambientes que ofrecen más libertad, a diferencia del modelo de empleo predominante en el siglo pasado.

Así como ocurre con las plataformas digitales (ver primer capítulo de este trabajo), lo que se tiene es un modelo de negocio intencionalmente diseñado y estructurado a partir de la atomización de tareas (distribuidas por algoritmos) y transferencia de los riesgos asociados —incluso en lo que concierne a la mano de obra— que convenientemente se utiliza como argumento para postular la naturaleza autónoma del trabajo prestado. O sea, afirman que el trabajador usa su propio equipo o que solo recibe la contraprestación si se verifica la efectiva prestación de servicios —lo que quedaría a su criterio—, de forma tal que la plataforma cobraría solo una "comisión" sobre cada transacción. Sin embargo, en la realidad, el propio modelo de negocio transfiere a los trabajadores (que necesitan aquel ingreso, ya que el trabajo, ante todo, constituye una necesidad para asegurar la subsistencia) una responsabilidad empresarial, incluso porque, sin los prestadores de servicio, esas plataformas de trabajo, por sí mismas, no generan ningún valor ni tienen condiciones de funcionamiento.

Por todo lo expuesto, la alteridad no puede ser vista como un elemento definidor —en realidad, excluyente— de la relación de empleo, sino como un principio que rige las relaciones de trabajo. De lo contrario, bastaría al empresario con transferir las cargas y los riesgos de la actividad a los trabajadores al estructurar su negocio de forma compacta, atomizada (como en las plataformas) y unilateral (contrato de adhesión) para eximirse del cumplimiento de la ley laboral. Sería como, *mutatis mutandis*, si una aerolínea exigiera, en los contratos con sus pilotos comerciales, que ellos se responsabilizaran por cualquier problema técnico que el avión pudiera tener durante un vuelo, cuando, en realidad, es la empresa la que controla toda la operación (incluso el mantenimiento) y posee la infraestructura y los medios para administrar esos riesgos.

De esa forma, esa exigencia no tendría la potestad de cambiar la naturaleza del trabajo, por cuenta ajena, a partir de riesgos intencionalmente transferidos a los trabajadores. Sería, sí, una condición considerada inválida por violar la responsabilidad empresarial de asumir las cargas de la actividad económica. Se recuerda, en ese aspecto, el entendimiento anteriormente expuesto, cuando se analizó el elemento de la subordinación, de que se debe

adoptar una noción restrictiva del trabajo autónomo, de forma tal que la alteridad, en ese punto, será muy útil para verificar los elementos aptos a caracterizar al prestador como un legítimo propietario del negocio o del elemento empresa.

Incluso porque —y esta es la crítica más contundente— la no asunción de riesgos constituye una ilusión, ya que, en la práctica y en cuanto al resultado, el trabajador siempre responderá por los riesgos de la actividad económica. A diferencia de otros activos, pasivos o factores de producción, la mano de obra es el elemento del cual la empresa se desprende con mayor facilidad y rapidez en momentos de dificultad, siendo, así, también, el primero en ser afectado por resultados negativos. Esta realidad, ya presente en el modelo tradicional de empleo, se intensificó en el contexto tecnológico y de las nuevas formas de trabajo, marcados por la acentuada volatilidad y liquidez de la mano de obra, frutos de un sistema de contrataciones/activaciones y despidos/desactivaciones constantes, automatizadas y sin costo, como se vio en el capítulo anterior.

Si la cuestión se analiza adoptándose solo un enfoque económico —aquí a efectos exclusivamente argumentativos—, el trabajo y la mano de obra se pueden considerar un activo de gran liquidez, con frecuentes movimientos de expansión y retracción, de lo que resulta que será el primero en ser afectado en un momento de crisis o dificultad.

En Brasil, por ejemplo, no hay una efectiva protección contra el despido arbitrario, a pesar de la previsión constitucional; de hecho, existe la posibilidad de la desvinculación inmotivada del empleado mediante una compensación financiera. Aun en países que garantizan esa protección, una de las justificaciones para el despido radica justamente en la dificultad financiera, lo que generará el mismo resultado práctico: el despido de trabajadores en momentos de crisis. Una falla similar se identifica en la lógica de querer distinguir, a fines del empleo, un contrato de actividad en contraste con el contrato de resultado, ya que toda prestación de servicio apunta a obtener algún resultado, aun más en la actual realidad de intensa competitividad y exigencia de rendimiento y en la que la remuneración (o su parte más significativa) depende de esos factores, en la actividad que sea, lo que se acentúa vertiginosamente en trabajos remotos y digitales.

Esa cuestión se vuelve aun más espinosa en el contexto de la economía colaborativa y de las empresas-plataformas, las cuales promueven la "(…) separación entre riesgo (transferido a los proveedores de servicios y a los consumidores) y recompensa, que se acumula en las manos de los dueños de la plataforma" (traducción propia).[400] En general, la

[400] SLEE, op. cit., p. 285.

posición del trabajador en esos modelos solo deja en evidencia la asunción de riesgos sociales —como la ausencia de protección laboral y previsional—, sin ninguna participación en los riesgos financieros, estructurales u operativos del negocio.

Una fluidez y ambigüedad práctica de esa magnitud, desde la perspectiva de los resultados reales, vuelve ese requisito secundario —si no impertinente— a fines de caracterización de la relación de empleo más allá de su utilidad para la evaluación de un auténtico empresario y del elemento empresa. En último caso, un eventual análisis de ese elemento se debería hacer desde la óptica opuesta, o sea, considerándose el grado o porcentaje de participación en los resultados universales del negocio, este, sí, un dato relevante para el análisis, ya que la participación en las ganancias de la actividad económica (y no sobre el trabajo individual, fragmentado y atomizado) constituye, de hecho, un elemento indicativo de la naturaleza del vínculo. Pequeñas participaciones y distribuciones (con respecto a la ganancia total) son compatibles con el régimen de empleo, mientras que porcentajes mayores, sustanciales, tienen la potestad de apartar la condición de empleado, pues se acercan más a la caracterización de la figura del propietario, con sus variaciones. En este contexto, no es necesario un análisis pormenorizado de la propiedad o el coste de los instrumentos y herramientas de trabajo, cuya transferencia al trabajador es habitual en las actividades remuneradas por tarea o producción (a la carta), sin distorsionar el régimen laboral.[401]

El principio de la alteridad (art. 2º de la CLT), que prohíbe la transferencia del riesgo económico al empleado, sirve como protección para el trabajador y no al contrario. Si no fuera así, como ya se ha mencionado, bastaría al empleador con transferir riesgos a los trabajadores como forma de anular o evitar el vínculo de empleo. Incluso, la transferencia de los riesgos y de la responsabilidad por la adquisición de los medios necesarios al desarrollo de una actividad económica es justamente la marca característica de los nuevos modelos empresariales y de organización de la actividad productiva en esta era posmoderna y digital, lo que pone en jaque su utilización como criterio en la cualificación jurídica del trabajo; con el agravante de que, en muchas de las nuevas modalidades laborales, el trabajo, realizado remotamente por medios digitales, depende solo de un dispositivo (*smartphone*, *tablet* o *notebook*) y de una conexión de internet, herramientas cotidianas habitualmente ostentadas por buena parte de la población en la sociedad digital.

TODOLÍ SIGNES comenta la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el elemento de la ajenidad:

[401] CARELLI, OLIVEIRA, op. cit., p.103.

> Respecto a la ajenidad, es de sobra conocido como el Tribunal Supremo mantiene que la propiedad de herramientas de trabajo o de medios de producción secundarios (o no relevantes) no excluyen la calificación de la relación como laboral. De hecho, incluso, asumir parte del riesgo 46 no es impedimento para la laboralidad. Ni siquiera que quede acreditado que no existe exclusividad –dependencia económica y que quede atestiguado que realizaba trabajos para otras empresas, ha evitado que se calificara el contrato como de trabajo.[402]

Tomando una vez más el ejemplo del teletrabajo, la *Ley nº 10/2021* impone al empleador el deber de suministrar los equipos y medios necesarios al teletrabajo (art. 11), quedando prohibido exigir del trabajador el uso de equipos y dispositivos personales (art. 17.2).[403] Así, aun en el ámbito de una relación de empleo (presupuesto de la ley comentada), está permitido al empleado utilizar sus propios equipos y dispositivos personales para el trabajo, si así lo desea, sin que eso afecte la cualificación de la relación de empleo, vedándose solo que eso constituya una exigencia del empleador.

La misma posibilidad está prevista en la legislación brasileña de teletrabajo, que, en el art. 75-D de la CLT, establece el deber de las partes —empleador y empleado— de prever en contrato escrito las disposiciones relativas a la adquisición, mantenimiento y suministro de los equipos tecnológicos y de la infraestructura necesaria al teletrabajo, lo que no modifica la relación de empleo subyacente (esta cuestión se retomará más adelante, en el tercer capítulo, cuando se examine el régimen jurídico del teletrabajo). Sin embargo, aun es común encontrar argumentos o incluso decisiones amparadas en la utilización de instrumentos propios como criterio para defender la naturaleza autónoma del trabajo.

Otro factor importante en los nuevos modelos de negocios es la forma de ingreso de valores al patrimonio de la empresa y del trabajador. Generalmente, se pone el foco en los valores percibidos por cada actor, dejando de analizarse el procedimiento de pago y compensación de los valores cobrados por los servicios, así como la responsabilidad por eventual mora y falta de pago. Este último aspecto se revela crucial, ya que resulta, como mínimo, controvertido afirmar que habrá una asunción de riesgos por parte del trabajador considerado autónomo sin que él tenga ninguna injerencia ni responsabilidad por el precio fijado y cobrado, por la operación de pago ni, especialmente, por la mora y la falta de pago (o sea, sin ningún riesgo financiero asociado). Generalmente, las empresas-plataformas que prestan determinados servicios asumen toda la gestión comercial y financiera de la actividad, definiendo el precio, la forma de pago, la remuneración y las compensaciones, quedando a su

[402] TODOLÍ SIGNES, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, SALA FRANCO, op. cit., p. 88.
[403] ESPAÑA. *Ley nº 10/2021*, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10/07/2021).

cargo la emisión de facturas y su respectiva contabilización, todo lo cual supone la apropiación directa de los resultados del trabajo prestado.

En el caso de la empresa Uber, por ejemplo, el cliente efectúa el pago por el servicio a la empresa —incluso en el aspecto fiscal—, que transfiere al conductor la cuota correspondiente. No hay pago del conductor trabajador a Uber, solo un sistema de compensación, lo cual refuerza que el resultado del trabajo ingresa directamente al patrimonio de la empresa. Aunque el sistema fue diseñado para evitar faltas de pago, ya que presupone créditos anticipados o una tarjeta de crédito válida, si eventualmente se constata una falta de pago por parte de algunos pasajeros, el cobro de los valores quedaría a cargo de la empresa y no bajo la responsabilidad de los trabajadores, que ni siquiera cuentan con apoyo fiscal y jurídico para eso. Por lo tanto, la *ajenidad en los riesgos* se hace más patente cuando se verifica alguna falla, daño causado o cancelación del servicio, ya que la responsabilidad recaerá en primer lugar sobre la plataforma.

Así, el examen de la ajenidad y del principio de la alteridad se debe ajustar al contexto digital, en la forma propuesta en esta sección, priorizándolos como una norma que rige las relaciones de empleo, para vedar la transferencia de los riesgos y cargas de la actividad económica al trabajador. Aun cuando este elemento se analice de forma accesoria para ayudar en la cualificación de la relación de empleo, no se lo debe confundir ni vincular a riesgos inherentes al valor económico del propio trabajo (mucho menos relacionarlo a una remuneración variable o al uso de equipos propios), sino que debe estar condicionado a una visión amplia del negocio como un todo (costos y valores estructurales y operativos de la actividad económica), con posibilidad de pérdidas o ganancias patrimoniales significativas. También resulta importante analizar el ámbito de las atribuciones y elecciones permitidas al trabajador, especialmente en materia financiera, comercial y de clientela. En este panorama, la ajenidad y la alteridad constituyen elementos importantes para la evaluación de un auténtico empresario y del elemento empresa.

Son precisas las conclusiones de GINÈS I FABRELLAS sobre el tema, centrándose en los elementos económicos y productivos relevantes:

> Por un lado, es cierto que las personas que trabajan en plataformas digitales aportan medios de producción propios, tales como el móvil, ordenador, bicicleta, coche, etc. y asumen los gastos asociados a su actividad. Sin embargo, no es posible identificar la asunción del riesgo y ventura de la actividad, por cuanto estos elementos no son la infraestructura esencial y nuclear de la actividad. Los medios de producción esenciales y nucleares de la actividad prestada por las plataformas digitales son, precisamente, la propia plataforma, la aplicación informática y el algoritmo. Son estos los elementos económica y productivamente relevantes a efectos de valorar la existencia de ajenidad. Efectivamente, desde un punto de vista económico, estos son

> los elementos que requieren mayor inversión económica y que, por tanto, implican la asunción de un riesgo de rentabilizar dicha inversión. También desde un punto de vista productivo son los elementos más relevantes, por cuanto son los que permiten la esencia de la organización del trabajo de las plataformas digitales: la rápida conexión entre oferta y demanda de un servicio.[404]

A continuación, en el siguiente capítulo, se abordará el régimen jurídico del trabajo digital, abarcándose todas las modalidades de trabajo realizado por medios de herramientas digitales, independientemente de la nomenclatura atribuida (trabajo remoto, a distancia o teletrabajo). Como se verá, tanto en el modelo español como en el brasileño, las especificidades resultantes del lugar de trabajo o de la utilización de medios digitales en la prestación de labor y en su control no anulan los elementos de la relación de empleo más allá de las adversidades inherentes a las profundas transformaciones en curso, las cuales demandan asimismo importantes adaptaciones. Paradójicamente, en otras modalidades de trabajo digital (*lato sensu*) sigue siendo común —e incluso preponderante— la negación del régimen de empleo y la proliferación de trabajadores clasificados como autónomos, justamente a partir de elementos relacionados a la intermediación digital, lo que refleja la necesidad de que avancemos en la comprensión de los elementos de la relación de empleo en esta Era digital, como propuesto en este capítulo.

[404] GINÈS I FABRELLAS, *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*, p.27

CAPÍTULO III. LA DIGITALIZACIÓN LABORAL

1. El FENÓMENO DIGITAL EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

El fenómeno de la digitalización laboral consiste en la profunda incidencia de la tecnología y de las herramientas digitales en la actividad laboral y en la organización del trabajo. Abarca una gama enorme de situaciones, desde aquellas que involucran a trabajadores que actúan exclusiva o preponderantemente por medios digitales, en los más diversos modelos de negocios, hasta las que suponen puestos de trabajo tradicionales, presenciales, no digitales, pero que, igualmente, sufren la influencia de la tecnología en el desarrollo de su labor. En la actualidad, cada vez se hace más difícil identificar algún puesto de trabajo que se mantenga totalmente ajeno a la tecnología y a la digitalización, pues, aun en actividades que se podrían considerar puramente "analógicas", es común el uso de dispositivos y herramientas digitales para la comunicación individual y colectiva, el planeamiento y registro de las actividades, el monitoreo y control del trabajo, en fin, diversos aspectos relacionados a la organización del trabajo.

Existe un amplio proceso de digitalización de la sociedad, que ha cambiado constantemente la forma en que vivimos en sociedad, como la educación, el trabajo, la interacción, la sociabilidad, etc.[405] Así como cada vez más utilizamos la tecnología en la vida personal (comunicación, servicios, ocio), lo mismo sucede con el trabajo, que se está viendo avasallada por las transformaciones digitales. Ese fenómeno dio origen, incluso, a la expresión "Derecho Laboral Digital" para hacer "(...) referencia a una nueva forma de regular las relaciones laborales en el contexto de una economía digital, en el que estas tecnologías están alterando la forma en que trabajamos", el cual se ocupa de "(…) todas las cuestiones relacionadas con el uso de las tecnologías electrónicas y digitales en las relaciones laborales, tanto en la producción como en el control de la actividad del trabajador."[406]

En la misma línea de raciocinio, la agencia de la Unión Europea Eurofound definió el fenómeno de la digitalización en estos términos:

> Digitalisation is the ongoing integration of digital technologies and digitised data across the economy and society. The twin green and digital transitions accelerate the pace of change affecting all aspects of our lives and will have many consequences for the future of work. Innovations and developments in advanced technologies are

[405] KROST, VIDIGAL, ESTRADA, op. cit., p.192.
[406] TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p.29 y 274.

> having significant effects in almost all areas of the economy. Work, its content, its organisation and design, its regulation and protection, are all undergoing change.[407][408]

Del mismo modo, el Parlamento Europeo entiende la transformación digital, una de las prioridades actuales de la Unión Europea, como la integración de las tecnologías digitales en las operaciones de empresas y servicios públicos y sus impactos en la sociedad. En el ámbito europeo, se están creando y debatiendo diversas propuestas y normativas en torno a los efectos de esa transformación digital en los más diversos segmentos sociales, apuntándose a la soberanía digital y a impulsar los beneficios de la digitalización en la sociedad.[409]

En términos regulatorios, el fenómeno de la digitalización ha sido contemplado o detallado en las legislaciones laborales a partir de la regulación del teletrabajo o trabajo a distancia, especialmente con las innovaciones legislativas impulsadas por la experiencia del aislamiento social impuesto por la pandemia de la Covid-19 y por el consecuente trabajo remoto obligatorio para todos por razones sanitarias. A pesar de eso, aun existen diversas clasificaciones, legales y doctrinarias, para el trabajo ejecutado fuera del local del empleador y mediante el uso de herramientas tecnológicas.

La expresión *teletrabajo* —correspondiente, en un primer momento, a *telecommuting* y, posteriormente, a *telework* o *remote work*— surge en Estados Unidos a partir de una investigación conducida por Jack Niles en 1976, como referencia a la posibilidad de que los empelados trabajaran fuera del establecimiento del empleador usando instrumentos tecnológicos. Eso permitiría reducir los desplazamientos del trabajador en los grandes centros urbanos y en el contexto de la avivada crisis del petróleo en la década de los años setenta.[410] Así, desde su origen, la nomenclatura relativa al teletrabajo remitía a dos aspectos fundamentales: el lugar de trabajo (el teletrabajo se realizaría fuera del establecimiento empresarial) y, sobre todo, el uso de la tecnología (que viabilizaría la ejecución del trabajo a distancia). Esto último diferenciaba el teletrabajo de la modalidad anterior de trabajo a

[407] UNIÓN EUROPEA. Eurofound. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/en/topic/digitalisation

[408] La digitalización es la integración continua de tecnologías digitales y datos digitalizados en toda la economía y la sociedad. La doble transición ecológica y digital acelera el ritmo del cambio que afecta todos los aspectos de nuestras vidas y tendrá muchas consecuencias para el futuro del trabajo. Las innovaciones y el desarrollo de las tecnologías avanzadas están teniendo efectos significativos en casi todas las áreas de la economía. El trabajo, su contenido, su organización y concepto, su regulación y protección, todos estos aspectos están experimentando cambios. (traducción propia)

[409] UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/topics/pt/article/20210414STO02010/transformacao-digital-importancia-beneficios-e-politica-da-ue .

[410] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 18.

domicilio, también realizado fuera de las dependencias del empleador, pero desvinculado del aspecto tecnológico.

Siguiendo esa misma línea de raciocinio, TRILLO PÁRRAGA menciona cuatro fases del teletrabajo. La primera, considerada el marco inicial del teletrabajo, está relacionada a la crisis del petróleo de la década de los años setenta, la cual impulsó modalidades alternativas de trabajo que no exigían desplazamientos como una forma de intentar reducir el consumo de petróleo. Esa noción se fue ampliando a lo largo de los años para contemplar cuestiones relacionadas a fuentes energéticas, transición ecológica y medio ambiente. La segunda fase, correspondiente al comienzo de los años 1990, se inició con la llegada de las computadoras personales (PC) y de la herramienta del correo electrónico, que reforzó el proceso, ya en marcha, de descentralización productiva y deslocalización. La tercera fase del teletrabajo se caracteriza por la globalización de la economía, que agudizó la competitividad y la exigencia de procesos productivos cada vez más dinámicos, y por el surgimiento de la internet, que permitió la reducción de los costos de producción en virtud del perfeccionamiento y la gran expansión de los medios de comunicación. Por último, la cuarta y actual fase está relacionada con el desarrollo generalizado de un régimen de trabajo en el cual se alternan la modalidad virtual y la presencial.[411]

En el ámbito internacional, la OIT elaboró el *Convenio nº 177*[412] y la *Recomendación nº 184*, ambas de 1996, sobre el trabajo a domicilio, considerado como el realizado "*en su domicilio* [del empleado] *o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador".*[413] Así, a pesar de utilizar la expresión "a domicilio", la norma contempla trabajos realizados fuera del local del empleador y, de modo general, busca garantizar la igualdad de tratamiento para esos trabajadores a domicilio, tomando en cuenta las peculiaridades de esa forma de trabajar. Sin embargo, se debe recordar que las primeras normas sobre el trabajo a domicilio[414] atendían a una especie de trabajo remoto no digital, ya que regulaban un trabajo industrial que los trabajadores pasaron a realizar en sus casas, especialmente en el sector textil, no relacionado a la tecnología o al uso de herramientas digitales, lo que vendría a ocurrir posteriormente, a partir de la revolución tecnológica.

El propio *Convenio nº 177* de la OIT aborda específicamente el trabajo a domicilio, concepto dentro del cual podría enmarcarse, al menos en tesis, el teletrabajo a

[411] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p.12-3
[412] Ratificado por España (aunque con vigencia a partir de 25 de mayo de 2023), pero no por Brasil.
[413] OIT. *Convenio sobre el trabajo a domicilio*, 1996 (núm. 177). Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322
[414] En España, por ejemplo, esa regulación existió desde o Real Decreto-ley de 26 de julio de 1926.

domicilio (vía instrumentos tecnológicos); sin embargo, en el texto del *Convenio* no hay disposiciones relacionadas al uso de herramientas digitales, por lo cual ese instrumento aporta poco a la temática del trabajo digital. LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS contextualizan la época en la que se aprobó el *Convenio nº 177*:

> Ciertamente, el Convenio 177 se aprueba en una época donde existía una preocupación importante por la explotación de trabajadores y trabajadoras, a veces niños y niñas, en países tercermundistas o en vías de desarrollo dentro del contexto de la globalización económica, lo que acaso pesó a la hora de enfocar la norma hacia el trabajo a domicilio.[415]

Hasta el momento en el que se redacta este trabajo, la OIT no ha regulado el campo del trabajo digital, aunque ya existan diversos estudios que indican una posible regulación internacional de la OIT, los próximos años, con respecto al trabajo decente en la economía de plataformas. Por otro lado, si bien hay convenios de la OIT que aluden al trabajo a distancia, lo hacen de forma periférica, como en los *Convenios nº 99* (1955), sobre readaptación profesional, y *nº 103*, sobre los parámetros del salario mínimo.

En el ámbito europeo, el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* (adelante AMET), de 16 de julio de 2002, fue un acuerdo —el primero en Europa establecido por los propios interlocutores sociales— mediante el cual se buscó establecer un marco general sobre las condiciones laborales de los teletrabajadores con el objetivo de darles más seguridad. Sin embargo, la aplicación del acuerdo se restringía a las partes signatarias.[416] En este instrumento, el teletrabajo se define como "una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular".[417]

El Acuerdo representó una norma pionera en el arranque de este siglo, habiendo consolidado dos principios básicos del teletrabajo, la voluntariedad y la reversibilidad. Se reveló, así como una norma esencial en materia de teletrabajo en 2002, a pesar de ser una directriz de refuerzo sin trasposición obligatoria ni aplicación directa al ordenamiento jurídico español no obstante se haya adoptado en algunos acuerdos colectivos en el ámbito de empresas o sectores específicos. Al año siguiente, el AMET fue transpuesto por el

---

[415] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 34.
[416] Confederación Europea de Sindicatos (CES), Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).
[417] CES, UNICE/UEAPME, CEEP. *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, de 16 de julio de 2002. Bruselas: 2002. Disponible en: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf.

Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANCE 2003), que fue suscrito con fecha 30 de enero de 2003, de una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), y de otra parte, por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.2, en relación con el artículo 90, apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de febrero de 2003).

Así, el *Acuerdo Marco* ha contribuido, desde su promulgación, como referencia teórica en la materia y para la solución de los conflictos, ya que es fruto de la negociación entre los representantes de la clase trabajadora y de la empresarial en el ámbito europeo. Sirvió incluso de inspiración, décadas más tarde, para el *Real Decreto-ley (RDL) 28/2020* y la *Ley 10/2021*, por contemplar diversos temas importantes, como los referidos a los principios de la voluntariedad (apartado 3) y de la igualdad (apartado 4), a la protección de datos (apartado 5), a la salud y la seguridad (apartado 8), a la formación profesional (apartado 10) y a los derechos colectivos (apartado 11).[418]

Aunque no aborde cuestiones laborales, en la *Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo*[419], del *9 de septiembre de 2015*, además de establecerse un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, se formulan definiciones importantes.[420] El apartado 1 del artículo 1º conceptúa "servicio de la sociedad de la información" como "todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios". Por lo tanto, se entiende como siendo *a distancia* el "servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente" y *por vía electrónica*, el "servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos (...)", definiciones que se pueden aplicar al trabajo digital. De modo general, en los países de la Unión Europea se manejan diferentes abordajes con respecto a las transformaciones digitales de acuerdo a la situación social y económica de cada país.

[418] LOUSADA AROCHENA, op. cit., p.39-40.
[419] UNIÓN EUROPEA. Directiva 1535/2015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L1535&from=RO.
[420] Esta Directiva derogó la anterior Directiva 98/34/CE.

En 2020, interlocutores sociales europeos[421] suscribieron el *Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, de 22 de junio,* que contemplaba los temas (1) competencias digitales y empleabilidad, (2) modalidades de conexión y desconexión, (3) inteligencia artificial y garantía del control humano y (4) respeto a la dignidad humana y sistemas de vigilancia. Con un enfoque de colaboración, se trata de "un compromiso compartido de los interlocutores sociales intersectoriales europeos para optimizar los beneficios y hacer frente a los retos de la digitalización en el mundo laboral", cuya implementación se deberá concretar en el plazo de tres años contados desde la fecha de su suscripción.[422] El *Acuerdo* abarca los efectos y desafíos de la digitalización en todas las formas de trabajo, como el trabajo a distancia, el teletrabajo, las plataformas digitales y los nómadas digitales.

Por último, la Unión Europea aprobó la primera legislación amplia sobre IA en el mundo, el Reglamento de Inteligencia Artificial (Reglamento UE 2024/1689, de 13 de junio de 2024), que entró en vigor el 1 de agosto del mismo año y será aplicable a partir del 2 de agosto de 2026 (art. 113), como hemos visto en el primer capítulo, buscando garantizar el desarrollo ético y seguro de la IA (clasificando los sistemas de IA en diferentes niveles de riesgo), respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos. Aunque el RIA no contempla específicamente las cuestiones relacionadas con el trabajo a distancia y el teletrabajo, el Reglamento tiene un impacto profundo y positivo en este tipo de trabajo, que hace un uso intensivo de sistemas y herramientas digitales en el entorno laboral, por lo que muchas de sus normas se aplicarán a los trabajadores a distancia.

En España, el trabajo a distancia fue regulado en ley específica, la *Ley 10/2021, de 9 de julio* (en adelante, LTD)[423], concebida a partir del anterior *Real Decreto-Ley 28/2020, de 23 de septiembre*, y por medio de la cual se buscó regular la materia en función de la realidad impuesta por la pandemia. Anteriormente, hubo una primera regulación excepcional por la pandemia, que fue el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas extraordinarias urgentes para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, cuyo artículo 5 estableció la preferencia y reguló, con carácter general, el teletrabajo con carácter extraordinario.[424]

---

[421] BusinessEurope, EUROCADRES/CEC, SMEunited, CEEP y la CES.
[422] BUSINESSEUROPE; SMEUNITED; CEEP; CES. *European social partners framework agreement (Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización),* de 22 de junio de 2020. Disponible en: https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-social
[423] ESPAÑA. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10/07/2021).
[424] ESPAÑA. Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas extraordinarias urgentes para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE núm. 73, de 18/03/2020).

En la exposición de motivos, se menciona que la LTD es fruto de la concertación y del diálogo social que culminó con la regulación del acuerdo de trabajo a distancia (ATD), el cual "asegura el justo equilibrio de la regulación del trabajo a distancia" (IV). Con la nueva ley, el art. 13º del *Estatuto de los Trabajadores* (ET), que anteriormente conceptuaba el trabajo a distancia, actualmente solo admite ese tipo de trabajo reportándose a la flamante legislación especial, blanco de críticas debido a la elección legislativa de regular por separado un tema tan importante y decisivo para el futuro de los trabajadores, ignorando la simbiosis inevitable que existe entre el ET y el trabajo a distancia.[425] De cualquier manera, la pandemia de la Covid-19 aceleró el proceso legislativo sobre la materia en España, que, finalmente, pasó a contar con una regulación propia, supliendo una laguna normativa de larga data, sobre todo si se tienen en cuenta las normativas internacionales y europeas que la precedieron.

Es oportuno realizar el registro histórico de que el art. 13º del ET, redactado en 1980, inauguró una nueva etapa normativa al considerar el trabajo a domicilio una modalidad contractual, dejando de tratarlo como una relación especial de trabajo, como lo habían retratado las normas anteriores (*Ley de Contrato de Trabajo* de 1944 y *Ley de Relaciones Laborales* de 1976). Pero fue con la Reforma Laboral de 2012 (*Ley 3/2012, de 6 de julio*) que la nomenclatura para el trabajo a distancia[426] realmente se modificó, acogiendo los avances tecnológicos y las nuevas formas de trabajo, en especial el teletrabajo. En la exposición de motivos de la *Ley 3/2012* (ítem III), se resaltó el teletrabajo como una "forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar." El trabajo a distancia fue regido por el art. 13º del ET hasta la promulgación del *Real Decreto-Ley 28/2020* y de la *Ley 10/2021, de 9 de julio*.

Cabe destacar que la nueva Ley incide solo sobre el trabajo a distancia ordinario, no abarcando las situaciones de trabajo remoto derivadas de la Covid-19, a pesar de que la norma se gestara en ese período de emergencia sanitaria. Incluso, esa contingencia planteó el intrincado desafío de no permitir que esa experiencia (que obligó a la adopción urgente y provisoria de conceptos y soluciones) influyera en la actual legislación del trabajo a distancia. Esto porque el teletrabajo realizado durante la pandemia estuvo marcado por la improvisación y la ausencia de derechos, además de conllevar la flexibilización de numerosas

[425] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[426] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 19.

obligaciones, medidas justificadas en aquel momento como la única forma de garantizar la continuidad del trabajo y de actividades económicas sin descuidar la salud de todos y la contención de los riesgos sanitarios.[427] La regulación —en sentido amplio— del trabajo a distancia en los días actuales se debe construir a partir de referencias distintas a las concebidas durante la pandemia, ya que ese modelo es irreversible y constituye la tendencia de futuro para gran parte de los puestos de trabajo en virtud del avance tecnológico y su intensificado proceso de digitalización, que producen profundas transformaciones en el trabajo y en la organización de la actividad productiva.

Para CASAS BAAMONDE, la *Ley 10/2021* fue la primera reforma estructural laboral promovida para enfrentar los impactos de la globalización y de la digitalización en el trabajo, pero ya surgió desactualizada, pues está basada en el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* (2002) y no contempla el *Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización* (2020).[428] Para LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, la *Ley 10/2021* también está inspirada en el *Convenio nº 177* de la OIT.[429] Además de la LTD y también fruto del período pandémico, el *Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre*, incorporó el art. 47-bis en el *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre* (*Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*), para regular el teletrabajo en la Administración Pública, con similares principios y estructura. Dejamos registrado este mojón tan solo a fines histórico y cronológico, ya que en el presente estudio se examina el teletrabajo en el sector privado.

En Brasil, el teletrabajo está regulado en el capítulo II-A de la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT), incorporado por la *Ley 13.467/2017*, de 13 de julio, y allí definido como el trabajo prestado fuera de las dependencias del empleador y mediante la utilización de tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), de acuerdo a lo dispuesto en el art. 75-B. Además, la misma ley introduce el tema del teletrabajo en el art. 62, inciso III, de la CLT para excluirlo del régimen de la duración del trabajo y, en el art. 611-A, inciso VIII, de la CLT, para garantizar la prevalencia de la negociación colectiva en materia de teletrabajo.

El capítulo II-A de la CLT recibió una nueva modificación en virtud de la *Ley 14.442/2022*, de 2 de septiembre, que dio nueva redacción a los arts. 62, 75-B y 75-C y agregó el art. 75-F. La ley referida fue editada a partir de la conversión de la *Medida Provisoria* (MP) *1.108/2022*, de 25 de marzo, que careció de objeto específico, visto que solo modificó normas

[427] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 10.
[428] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[429] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p.50.

laborales, ya en un contexto no pandémico, pero sí consolidó el teletrabajo como modalidad laboral permanente y en expansión.

Antes de la *Ley 13.467/2017*, solo existía la previsión del art. 83 de la CLT[430] —que sigue vigente—, que garantiza el salario mínimo al trabajador en domicilio, considerado como el ejecutado en la vivienda del empleado o en el taller de la familia. También había una previsión genérica en el art. 6º de la CLT (infra), que, en un comienzo, hacía referencia al trabajo a domicilio y que, después, se abocó al tema de la subordinación y del control telemático o informatizado, además de contener algunas normas colectivas que remitían sucintamente al teletrabajo. Por lo tanto, antes de 2017 se constataba una verdadera laguna normativa en cuanto a esa cuestión en Brasil, la cual se hacía sentir cada vez más en el día a día laboral y despertaba el interés de todos.

También cabe registrar que, durante la pandemia, se editaron normas laborales, incluso atinentes al teletrabajo, con las que se buscaba enfrentar ese período especial. Primero, se editó la *MP 927/2020*, de 22 de marzo, que disponía sobre las medidas laborales para enfrentamiento al estado de calamidad pública, pero cuya vigencia se agotó al expirar su plazo el 19 de julio de 2020. El 1º de abril de 2020 se editó una nueva MP, de número 936, posteriormente convertida en la *Ley nº 14.020/2020*, de 6 de julio, con medidas laborales complementarias para el enfrentamiento al estado de calamidad pública, como la reducción proporcional de la jornada y la suspensión de los contratos de trabajo. También se editó la *MP nº 1.109/2022*, de 25 de marzo, la cual dispuso sobre medidas laborales alternativas y sobre el programa de emergencia de mantenimiento del empleo para el enfrentamiento a las consecuencias sociales y económicas de la pandemia. Esa Medida Provisoria se convertiría posteriormente en la *Ley nº 14.437/2022*, de 15 de agosto, también con aplicación restringida al período de calamidad pública. Debido a su carácter precario, por haberse promulgado para atender un momento excepcional y transitorio que ya se ha superado, no ahondaremos en el estudio de esas normas.

Por último, se editó la *Ley nº 14.457/2022*, de 21 de septiembre[431], que instituyó el Programa Emplea Más Mujeres, en el cual el teletrabajo se incluyó como medida de apoyo a la parentalidad (art. 1º, II, "a"). El programa otorgaba acceso prioritario al teletrabajo

[430] "Art. 83 - Es debido el salario mínimo al trabajador en domicilio, considerado este como el ejecutado en la vivienda del empleado o en taller de familia, a cargo de empleador que lo remunere." (traducción propia)
[431] BRASIL. Lei 14.457, de 21 de setembro de 2022. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm

a las empleadas y empleados con hijo(s), hijastro(s) o niño(s) bajo guarda judicial de hasta 6 años de edad o con discapacidad.

La diferencia topográfica entre la norma brasileña (con solo 6 artículos) y la ley española (con sus 22 artículos, además de las disposiciones adicionales) sobre teletrabajo ya indica la carencia normativa brasileña en la materia, reforzando la pertinencia del presente estudio. La sucinta regulación brasileña del teletrabajo no aborda expresamente temas relevantes como el derecho a la desconexión, a la igualdad de tratamiento y a la no discriminación, el derecho a la intimidad y a la protección de datos, a la formación profesional, a la equiparación salarial o derechos relativos al uso de los medios y equipos digitales, imponiendo al operador del derecho intensa actividad hermenéutica para la solución de los problemas y cuestionamientos que surgen en la realidad digital.

Por otra parte, como se verá más adelante en este trabajo, la legislación brasileña propone la negociación individual para definir temas relevantes —contradiciendo el sistema laboral, que se caracteriza por el desequilibrio del poder de negociación—, presenta conceptos técnicamente incompatibles y agrega poco a la temática de la digitalización en el trabajo, que tanto necesita disposiciones adecuadas. Este escenario acarrea incertidumbre, falta de previsibilidad e inseguridad jurídica, además de desafiar constantemente al intérprete en su búsqueda de una aplicación armoniosa y sistemática de ese verdadero microsistema normativo del trabajo remoto.

Además de esas normas sobre teletrabajo o trabajo a distancia que naturalmente han contemplado las principales cuestiones de derecho digital en el ámbito laboral, otras leyes han abordado, directa o indirectamente, el fenómeno de la digitalización en el trabajo.

En España, por ejemplo, leyes recientes han incorporado el tema de la digitalización al *Estatuto de los Trabajadores* (ET).

El artículo 20 bis del ET, agregado por la *Ley Orgánica 3/2018*, *de 5 de diciembre* (ley de protección de datos), garantiza el derecho a la desconexión y a la intimidad del trabajador con respecto al entorno digital. La disposición adicional 23ª, agregada por la *Ley 12/2021, de 28 de septiembre*, procedente del *Real Decreto-ley 9/2021,* establece la presunción de empleo para los trabajadores que prestan servicios para plataformas digitales de reparto de productos y mercaderías. Y la disposición adicional 25ª, agregada por el *Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre*, prevé la cualificación profesional para la adquisición de competencias digitales durante los períodos de reducción de la jornada o de suspensión del contrato (arts. 47 y 47 bis). Incluso, el trecho final de este dispositivo advierte que “deberán

respetarse los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar".

La propia *Ley 10/2021, de 9 de julio* —que reguló el trabajo a distancia—, en su Disposición final 3.2, modificó los arts. 23.1.*a* y 37.8 del ET para garantizar el acceso al trabajo a distancia (derecho al teletrabajo) cuando sea necesario para la obtención de titulación académica o profesional y también para víctimas de violencia de género o de terrorismo (para garantizar su protección y asistencia social integral), respectivamente, siempre y cuando la empresa adopte esa modalidad y las funciones sean compatibles. A su vez, el *Real Decreto-ley 24/2020* (disposición final 2), *de 26 de junio*, modificó el apartado 2 del art. 8º del ET, extendiendo la exigencia de la forma escrita a los contratos de trabajo a distancia.[432]

También es importante mencionar la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre*, sobre protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, la cual abarca las relaciones de trabajo y, en especial, el teletrabajo. Además de las normas generales de protección de datos cuyo alcance comprende las relaciones de trabajo, la *Ley Orgánica 3/2018* incluyó normas específicas de protección al trabajador, como: el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el trabajo (art. 87); el derecho a la desconexión (art. 88); el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonido en el lugar de trabajo (art. 89); la geolocalización (art. 90); y derechos digitales en las negociaciones colectivas (art. 91). Muchas de estas normas y conceptos se incorporaron posteriormente a la *Ley 10/2021*, cuando se reguló el trabajo a distancia, tema que analizaremos más adelante.

REY GUANTER califica esta ley como una norma de carácter *paralalaboral* -lo que pone de relieve la centralidad del ET para entender e interpretar las normas laborales, a pesar del riesgo de conflictos y antinomias- ya que:

> (...) combina una incidencia general y profunda de su articulado en el contrato de trabajo junto a preceptos como los arts. 87 y ss. que contemplan aspectos tan importantes para las relaciones laborales como el control de dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras por las empresas, la desconexión digital, la utilización de medios audiovisuales en la empresa o el uso del GPS en el trabajo.[433]

En Brasil, en el art. 6º de la CLT, incluido por la *Ley nº 12.551/2011*, se aborda el fenómeno de la digitalización en la relación de empleo, equiparándose las

[432] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[433] REY GUANTER, Salvador. *La reciente intensificación de la "paralaboralidad" normativa: algunas causas y consecuencias. In:* ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AEDTSS). Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023. Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2024. p.133-5.

modalidades de trabajo presencial y a distancia, así como los medios virtuales a los medios personales y los derechos de dirección, control y supervisión del trabajo. La redacción original del art. 6º de la CLT, de 1943, solo contemplaba el trabajo ejecutado en el domicilio del empleado, buscándose, de esa manera, equipararlo al trabajo realizado en el establecimiento del empleador. En cambio, el dispositivo actual, con redacción dada por la *Ley nº 12.551/2011*, establece:

> Art. 6º No se distingue entre el trabajo realizado en el establecimiento del empleador, el ejecutado en el domicilio del empleado y el realizado a distancia, siempre y cuando estén caracterizados los presupuestos de la relación de empleo. (Redacción dada por la *Ley nº 12.551, de 2011*)
> Párrafo único. Los medios telemáticos e informatizados de dirección, control y supervisión se equiparan, para fines de subordinación jurídica, a los medios personales y derechos de dirección, control y supervisión del trabajo ajeno. (Incluido por la *Ley nº 12.551, de 2011*) (traducción propia)

Aunque la finalidad de la norma haya sido la de ampliar y adaptar el concepto de relación de empleo —en especial de la subordinación— ante el avance tecnológico, y no el de regular el trabajo remoto, aun así fue la primera inserción del fenómeno digital en la legislación laboral brasileña, con un importante sesgo de equiparación al trabajo presencial y a los medios físicos, tema que recién volvió a tratarse con detenimiento a partir de la *Ley nº 13.467/2017*, cuando se lo incluyó en el mencionado capítulo II-A de la CLT (arts. 75-A a 75-F), esta vez, sí, con la función de regular el teletrabajo.

Además, el tema de la digitalización está presente en la CLT en normas procedimentales, como la expedición de la *carteira de trabalho*[434] en medio electrónico (art. 14) o de certificados electrónicos (art. 642-A); el mantenimiento, por parte del empleador, de libros y registros en medio electrónico (art. 41); el control de la jornada por medio electrónico (art. 74), incluido en la CLT en 1989; y la previsión de comunicaciones electrónicas en procesos administrativos (art. 628-A, §2º). También se hace presente en normas referidas a los procesos judiciales, habida cuenta de que los procesos judiciales laborales tramitan exclusivamente en formato electrónico.

Habiendo concluido esta revisión histórica de las fuentes normativas relativas al trabajo realizado por medios digitales, se pasa ahora al examen específico del régimen jurídico del trabajo digital, tomándose como base las legislaciones española y brasileña.

[434] En traducción libre "libreta de trabajo". La *Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS)* corresponde al documento oficial brasileño para el registro de los empleados y de su vida laboral, que garantiza el acceso a importantes derechos laborales y de seguridad social.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO DIGITAL

En este capítulo se abordará el régimen jurídico del trabajo digital, expresión concebida como más compatible con el fenómeno que designa, dada la insuficiencia y el carácter más restrictivo de las otras expresiones que se han utilizado hasta ahora (como *teletrabajo* o *trabajo a distancia*), como se verá más adelante, especialmente al tratar del concepto de trabajo digital. A pesar de ello, este capítulo se dedica al análisis comparado de la legislación española y brasileña sobre trabajo a distancia y teletrabajo —expresiones adoptadas por el legislador— que, en la actualidad, constituyen el núcleo normativo del fenómeno de la digitalización del trabajo.

Esto se debe a que, con la excepción de la cuestión relativa a los elementos de la relación laboral en el contexto tecnológico y ante las nuevas formas de organización del trabajo (cuestión tratada en el capítulo 2 de este estudio), es en el teletrabajo donde se sitúan los principales retos derivados del impacto de la tecnología en el trabajo contemporáneo, especialmente en la ejecución de la actividad laboral. Por diversas razones, la palabra "teletrabajo" ya conlleva una idea preconcebida de libertad total, con un trabajo que se puede realizar en cualquier momento y desde cualquier lugar - un pensamiento que también es ampliamente utilizado para desestimar los derechos laborales básicos y la propia incidencia de la legislación laboral - a menudo sin tener en cuenta, en términos de extensión y calidad, los verdaderos matices que existen en la realidad de este modelo laboral. Esto es lo que exploraremos en este capítulo.

Antes de empezar, una advertencia: en esta investigación se utilizan las expresiones *teletrabajo*, *trabajo a distancia* y *trabajo remoto* como sinónimos, con la salvedad de las situaciones puntuales que se resaltarán, ya que se estudia el trabajo realizado a distancia por medios tecnológicos, sin apego, por ende, a la perspectiva legal o doctrinaria que clasifica el teletrabajo como una especie del género *trabajo a distancia* o *remoto* (incluso porque que cada vez son más escasas las modalidades de trabajo a distancia que no implican el uso de las TIC).

2.1 Concepto y alcance

La terminología *trabajo a distancia* se adoptó para designar un modelo alternativo de trabajo que se contrapone al tradicional trabajo realizado en las dependencias del empleador. Sería *a distancia*, por lo tanto, con respecto al local del empleador, de la sede, matriz

o centro de trabajo de la empresa o institución de que se trate. En general, la doctrina menciona que el trabajo a distancia o remoto constituye un género que abarca diversas especies, como el trabajo en domicilio (realizado en la residencia del empleado), el *home office* (trabajo desde la residencia mediante herramientas tecnológicas), el teletrabajo, el trabajo móvil/itinerante o en régimen híbrido. También se encuentran diversas denominaciones en inglés, como *telecommuting*, *home working*, *telework*, *mobile work*, *flexible work*, entre otras.[435]

Como ya se ha referido, en un primer momento surgió el trabajo en domicilio (especie de trabajo a distancia), a mediados del siglo pasado, fruto de las transformaciones resultantes de la Revolución Industrial y vinculado a la producción industrial en sectores en los cuales se utilizaban máquinas que, debido a su menor tamaño y a su costo más bajo, permitían la realización de actividades industriales desde la residencia del trabajador, sin control directo por parte del empleador, como en los sectores textil y del calzado.[436] A pesar de su importancia histórica, esa concepción clásica fue superada a partir de las transformaciones digitales, como se reconoce en el ítem III de la exposición de motivos de la LTD.

La Revolución Tecnológica y el aumento del sector terciario a partir de la década de los años setenta, dio lugar al llamado teletrabajo[437], relacionado al uso de nuevas herramientas tecnológicas que permiten el trabajo a distancia y, que desde su surgimiento, pasa por continuas e intensas transformaciones. En España, por ejemplo, fue con la Reforma Laboral de 2012 que se pasó a utilizar la expresión *trabajo a distancia* en lugar de *trabajo a domicilio*. Hoy en día, el teletrabajo ocupa espacio importante en el escenario laboral, especialmente después de la última pandemia, la cual aceleró el proceso de diseminación de esa modalidad. De acuerdo a los datos de 2021[438] de la agencia Eurofound, la Unión Europea cuenta con un 5,2% de trabajadores en teletrabajo integral, un 13,8% en teletrabajo ocasional y un potencial del 29,8% de teletrabajo en algún grado; mientras que, en España, existe un 6,8% de trabajadores en teletrabajo integral, un 11,9% en teletrabajo ocasional y un potencial del 24,7% de teletrabajo en algún grado.[439]

El trabajo a distancia en España, al estar regulado por una ley especial (la LTD), atrae la aplicación suplementaria de la norma general, el *Estatuto de los Trabajadores*

---

[435] FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS, op. cit., p. 75.
[436] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 15.
[437] Idem, p. 16.
[438] Hasta el momento de presentar esta tesis no se han publicado los datos de la encuesta, que se está actualizando para el año 2024).
[439] UNIÓN EUROPEA. Eurofound. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/en/data-catalogue/european-working-conditions-telephone-survey-2021/telework-status-ewctsr.

(ET), buscándose con eso la integración armoniosa de trabajo presencial y remoto, a pesar de que la *Ley* no prevé expresamente esa aplicación complementaria.[440]

En el art. 1º de la LTD así se define el ámbito de aplicación de la norma:

> Artículo 1. Ámbito de aplicación.
>
> Las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación la presente Ley serán aquellas en las que concurran las condiciones descritas en el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que se desarrollen a distancia con carácter regular.
>
> Se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

La primera condición impuesta por la norma para la configuración del trabajo a distancia es la existencia de una relación de empleo en los moldes definidos por el art. 1.1 de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Así, se contemplan las relaciones de trabajo subordinado y por cuenta ajena, pero se excluyen el trabajo autónomo (común o económicamente dependiente) y las funciones públicas. Hay divergencia en lo relativo a las relaciones laborales de carácter especial (art. 2º del ET), ya que, por sus peculiaridades (elementos atípicos, especialmente en cuanto al lugar de trabajo y subordinación) y tratamiento normativo distinto, estarían excluidas del ámbito de aplicación de la LTD[441]; no obstante, hay quienes defiendan la compatibilidad de esas relaciones con el teletrabajo.[442]

Ante la naturaleza creciente, amplia y abierta de esta forma de trabajar, se entiende inadecuada una exclusión *a priori* y general del teletrabajo de las relaciones de carácter especial, visto que también les son reconocidos y garantizados derechos básicos y protección laboral (art. 2.2 del ET), por lo cual se debe hacer un análisis específico con respecto a los derechos aplicables a cada tipo de relación especial y a su compatibilidad con el estatuto del teletrabajo. Aunque la definición jurídica contenida en la LTD se restringe a las relaciones calificadas como laborales, es común utilizar la expresión *teletrabajo* de forma amplia para hacer referencia a la prestación de servicios realizada por persona física por medio de las TIC, independientemente de la modalidad contractual. El avance tecnológico posibilitó el teletrabajo, que, actualmente, está presente en buena parte de las actividades y ocupaciones llevadas a cabo por las personas.

---

[440] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[441] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 28.
[442] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 69.

Empezando por la posibilidad de realizar la actividad laboral fuera de los locales del empleador, lo que parece muy probable en el caso de los personal de alta dirección, representantes comerciales y miembros de consejos de administración y altos ejecutivos, a diferencia de las actividades que requieren una marcada presencia física, como los servicios del hogar familiar, los deportistas profesionales (entrenamientos y competiciones) y los artistas (ensayos y representaciones, salvo los periodos de creación y planificación de espectáculos). Además, otros factores serán esenciales para evaluar las peculiaridades de cada relación, como el grado de confianza entre las partes y la naturaleza de las funciones (tareas administrativas o servicios realizados mediante herramientas digitales, el nivel de actividades presenciales o incluso la disponibilidad esperada, etc.). El mismo examen detallado debe hacerse en relación con los derechos previstos en la LTD, existiendo normas que, por su contenido, son plenamente compatibles para su aplicación en las relaciones laborales de carácter especial (como las normas sobre voluntariedad, igualdad de trato y no discriminación, prevención de riesgos laborales y protección de datos y de la intimidad). Por el contrario, algunas normas requieren una valoración específica de compatibilidad con el estatuto profesional, como el derecho a la compensación de gastos o la flexibilidad horaria. A pesar de estas referencias generales, no se analizan los aspectos específicos de cada estatus profesional, lo que requeriría un estudio más profundo de las profesiones por lo que se alejaría del enfoque y el objetivo de esta investigación.

Una previsión similar consta en la legislación brasileña cuando esta refiere, en el art. 75-A de la CLT, que "la prestación de servicios por parte del empleado en régimen de teletrabajo observará lo dispuesto en este Capítulo" [subrayado nuestro]. A diferencia de lo que ocurre en el modelo español, la regulación del teletrabajo se incorporó en forma de capítulo a la CLT, que corresponde en Brasil al ET de España, de forma tal que el teletrabajo está regido no solo por las normas específicas que constan en el referido capítulo, sino también por todas las normas que integran la CLT, la cual rige el contrato de trabajo subordinado y por cuenta ajena.

En un análisis literal, esas previsiones restringen la aplicación directa del régimen jurídico del teletrabajo a diversas modalidades de trabajo digital que se llevan a cabo al margen del régimen de empleo, pero no impiden la acción hermenéutica sobre esas normas ni la eventual aplicación analógica o extensiva, lo que quedará a cargo de la jurisprudencia. En todo caso, no debemos admitir ninguna correlación irreflexiva —o aun confusión— entre flexibilidad organizativa y autonomía, que, hasta hoy, sigue siendo muy intensa y fruto de una visión obsoleta acerca de los elementos de la relación de empleo, como se vio en el capítulo anterior de este trabajo.

TODOLÍ SIGNES afirma que el trabajo a distancia es el que plantea las mayores dudas y dificultades en cuanto al establecimiento de fronteras entre el trabajo subordinado y el autónomo y señala, en orden de precedencia, los indicios de *laboralidad* adoptados por la jurisprudencia en la solución de casos concretos relacionados al teletrabajo, a saber: la realización de las mismas funciones desempeñadas antes para la misma empresa como empleado; la programación de tareas, con encargos y cronograma establecidos por el empresario; la cesión de la propiedad intelectual del resultado del trabajo y la venta en el mercado, por parte del empresario, de los servicios del trabajador (*ajenidad en los frutos*); la asiduidad de la prestación de servicios; y la ausencia de una estructura empresarial por el supuesto autónomo.[443]

Para concluir, se remite a las enseñanzas de CASAS BAAMONDE:

> La norma especial, como el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, no eliminará todos los obstáculos de delimitación en la práctica entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo a distancia (función que está en la mano de los jueces); incluso la realidad del trabajo a distancia, en la que el trabajador goza de mayor margen de autonomía organizativa, no asiste al centro de trabajo —o no asiste siempre— y puede disponer del horario de trabajo, podrá incrementar las dificultades de la calificación jurídico-laboral y debilitar la efectividad de su capacidad reactiva frente a los falsos autónomos, lo que, en alguna opinión doctrinal, hubiera exigido (...) elaborar una norma verdaderamente especial que respondiese al esfuerzo de incorporar alguna presunción de laboralidad distintiva del trabajo a distancia subordinado (...)"[444]

Al vincular la aplicación de la LTD al régimen de empleo, se vuelve imperioso investigar la naturaleza jurídica del trabajo a distancia. En la evolución legislativa española (vista anteriormente), el trabajo a domicilio fue considerado, en determinado momento, una relación especial de trabajo y, posteriormente, una modalidad contractual. La LTD vuelve a modificar ese escenario al prever un acuerdo de trabajo a distancia (y no un contrato) incorporado a un contrato de trabajo principal. La CLT otorga el mismo tratamiento al teletrabajo al considerarlo como una modalidad laboral que debe constar expresamente en el contrato individual de trabajo (art. 75-C).

Sobre la naturaleza jurídica del trabajo remoto, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS clasifican el trabajo a distancia como una forma de organización del trabajo, una técnica organizativa relacionada al lugar de la prestación de servicios e instrumentalizada por un acuerdo que se puede incluir en cualquier modalidad de contrato de trabajo, sin representar, por ende, una modalidad contractual específica. De esa

[443] TODOLÍ SIGNES; MARTÍN-POZUELO LÓPEZ; SALA FRANCO, op. cit., p. 78/84.
[444] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

forma, el trabajo a distancia puede integrar cualquier tipo de contrato de trabajo (temporal, de tiempo parcial, de aprendizaje, etc.).

La segunda exigencia dice respecto a la regularidad del trabajo remoto, como consta previsto en la parte final del art. 1º de la LTD: "Las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación la presente Ley serán aquellas (…) que se desarrollen a distancia con carácter regular". Según la norma, la regularidad es estimada a partir del porcentaje mínimo del 30% en un período de referencia de tres meses, o del porcentaje proporcional equivalente a la duración del contrato de trabajo, pudiéndose establecer un porcentaje o período inferior mediante negociación colectiva. Así, la nueva ley superó el criterio de la preponderancia vigente anteriormente para adoptar la regularidad como parámetro para la caracterización del trabajo a distancia. En el sentido opuesto, no se considerará trabajo a distancia, para fines de aplicación del estatuto especial, aquel realizado esporádicamente, o sea, en cantidad inferior al 30% de la jornada o inferior al parámetro que se establezca en negociación colectiva (D.A.1ª).

El nuevo paradigma, no obstante, también plantea dificultades, como la relacionada a la indefinición sobre el conteo del trimestre adoptado como período de referencia. La ley no especifica si se debe computar el trimestre anterior o el inmediatamente posterior al contrato o al acuerdo de teletrabajo, o si cabría un análisis periódico y consecutivo al cumplirse cada trimestre. En la jornada distribuida regularmente, esos parámetros tienden a coincidir, pero, en jornadas irregulares, ese factor puede presentar fluctuaciones que determinarían que cada trimestre recibiera una calificación diferente (como trabajo a distancia o como trabajo presencial).[445] Sobre la aplicación de esa regla, CASAS BAAMONDE concluye:

> Bien que la redacción no sea la más afortunada y la existencia de jornadas irregulares pueda hacer difícil la medición del porcentaje en el período de referencia exigido, la jornada sobre la que se mide el porcentaje mínimo ha de ser la diaria, semanal, mensual o anual pactada, y en su defecto la máxima legal en cómputo anual.[446]

En Brasil, el teletrabajo regulado en la propia CLT (capítulo II-A) —y no por ley especial como en la experiencia española— que, al principio, adoptó como criterio para la caracterización del teletrabajo la prestación de servicios realizada preponderantemente fuera de las dependencias del empleador, de acuerdo a la redacción original del art. 75-B de la CLT. Sin embargo, ese dispositivo fue modificado por la *Ley nº 14.442/2022*, que abolió el requisito de la preponderancia (al incluir la expresión "o no" al *caput* del art. 75-B) y pasó a admitir la asistencia presencial habitual. He aquí la redacción de la norma:

[445] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 65/66.
[446] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

> Art. 75-B. Se considera teletrabajo o trabajo remoto la prestación de servicios fuera de las dependencias del empleador, de manera preponderante o no, con la utilización de tecnologías de información y de comunicación, que, por su naturaleza, no configure trabajo externo. (Redacción dada por la *Ley nº 14.442, de 2022*)
> § 1º La comparecencia, incluso de modo habitual, a las dependencias del empleador para la realización de actividades específicas que exijan la presencia del empleado en el establecimiento no descaracteriza el régimen de teletrabajo o trabajo remoto. (Incluido por la *Ley nº 14.442, de 2022*) (...) (traducción propia)

Aunque la expresión "de manera preponderante o no" sea dispensable, por su redundancia, en el entendido de que la ley no debería contener palabras superfluas, se puede concluir que la expresión solo refuerza la incidencia de la norma incluso en situaciones en las que el teletrabajo ocurra en menor cantidad que la actividad presencial, lo que demuestra la intención legislativa de abandonar el requisito de la preponderancia (sin ofrecer, no obstante, otro criterio) y, sobre todo, la de abarcar explícitamente el teletrabajo híbrido, muy común en la realidad actual. Así, la comparecencia en persona del trabajador, independientemente de la frecuencia o cantidad (días, semanas o meses) en la que se dé, no aparta la caracterización del teletrabajo, siempre y cuando esa comparecencia se destine a la realización de actividades específicas (art. 75-B, §1º).

De esa forma, el párrafo primero del artículo citado reafirma el régimen de teletrabajo aun cuando se verifica la comparecencia física del trabajador de forma habitual, siempre y cuando ocurra para la realización de actividades típicamente presenciales, esto es, las que no se pueden ejecutar de forma remota. El adjetivo *específico* remite, en este caso, a algo propio o característico (propio del trabajo presencial), como queda de manifiesto en la locución "actividades específicas que exijan la presencia del empleado en el establecimiento". Históricamente, la redacción del §1º del art. 75-B da CLT, que aludía a la comparecencia *habitual*, se incluyó cuando se apartó el requisito de la preponderancia del teletrabajo (*MP 1.102/2022* convertida en la *Ley nº 14.442/2022*). Con la actual redacción se evita, así, la transformación del teletrabajo en régimen presencial (desprovisto de la protección legal específica) por la mera comparecencia habitual para la ejecución de tareas estrictamente presenciales.

El precepto tiene buen resultado en el contexto del teletrabajo exclusivo por admitir la comparecencia presencial, incluso de forma habitual, sin desvirtuar el régimen de teletrabajo, para la ejecución de actividades necesariamente presenciales, como el ir a buscar equipos o documentos, realizar exámenes de salud o asistir a actividades presenciales de formación profesional o de naturaleza colectiva, como reuniones, celebraciones y asambleas. Así, la comparecencia presencial, independientemente de la mayor o menor duración (durante

días, semanas o meses), no desnaturaliza el teletrabajo, pues queda condicionada a actividades típicamente presenciales.

El problema se da con el teletrabajo mixto o híbrido, en el que necesariamente habrá trabajo presencial habitual del empleado para ejecutar cualquier tipo de tarea y no solo aquellas que exigen presencialidad. El teletrabajo híbrido presupone, justamente, que la persona empleada ejecutará la prestación de servicios, como un todo, de modo alternado, a veces presencial y otras, remotamente. La persona empleada puede incluso realizar las mismas actividades en los dos modelos, sin distinción, o, en otros casos, podrá haber una división de tareas de acuerdo a la modalidad laboral (presencial o remota). En esta situación, se entiende que no es exigible que la comparecencia presencial se destine solo a tareas presenciales, porque eso contradiría la esencia del trabajo híbrido, recordando que la propia ley afirma que el teletrabajo no necesita ser preponderante. Sin embargo, si se verificara la necesidad de comparecencia presencial atípica —fuera de la rutina presencial del modelo híbrido o excediendo esa rutina— para la realización de tareas estrictamente presenciales, eso no afectará el régimen de teletrabajo, de conformidad con el art. 75-B, §1º, de la CLT.

El lado positivo de la redacción dada al art. 75-B de la CLT —y de la expresión "de manera preponderante o no"— fue el de afirmar, para disipar cualquier duda, la aplicación del capítulo relativo al teletrabajo a todas las actividades realizadas de forma remota, independientemente de la periodicidad adoptada en cada caso. Así, se aplican las normas especiales del teletrabajo aun cuando ese se realice en uno, dos o tres días por semana o con alternancia entre semanas (una semana presencial y otra remota) o aun entre meses, comportando, en fin, cualquier arreglo establecido entre el empleado y su empleador.[447]

Al cotejar los ordenamientos jurídicos de Brasil y de España, cada uno con sus peculiaridades, queda evidente la opción legislativa por determinar la aplicación del reglamento especial del teletrabajo a las hipótesis en las que se realiza de forma ordinaria, regular y rutinaria, apartándose, así, las situaciones de teletrabajo realizado de forma reducida, excepcional u ocasional. En España, en efecto, se exige una regularidad del trabajo a distancia, correspondiente a, por lo menos, un 30% de la jornada, independientemente de cómo se distribuyan los días y las horas. Tras la norma, existe un acuerdo social para excluir de la LTD el régimen 4x1 (cuatro días de trabajo por uno de teletrabajo, normalmente lunes o viernes), caracterizado como régimen presencial y por lo tanto con aplicación del ET, dejando solamente

[447] FELICIANO; AZEVEDO LIMA; MATOS (Org.), op. cit., p. 77.

a la negociación colectiva la solución de los problemas derivados de la falta de regulación específica.

En Brasil, y a pesar de la previsión confusa ("de manera preponderante o no"), se condiciona la comparecencia presencial a la realización de actividades específicas, indicándose un carácter excepcional o poco común del trabajo presencial en detrimento del ordinario y común, que sería el teletrabajo. A pesar de ello, el texto legal, tal y como está redactado, es defectuoso porque ignora la realidad -cada vez más extendida- del teletrabajo híbrido, que combina la actividad presencial y a distancia dentro de la rutina ordinaria del trabajador.

No caben dudas de que la caracterización del teletrabajo —con la consecuente aplicación de sus normas especiales— depende de un elemento estabilizador que asegure el teletrabajo como rutina y no como excepción o de modo circunstancial. Constituye una característica esencial del teletrabajo su realización fuera del local del empleador manteniéndose alguna frecuencia o repetición, lo que lo distingue del modelo tradicional de trabajo presencial. Así, el teletrabajo depende de una constancia del aspecto virtual y remoto, aunque sólo sea durante periodos cortos (por ejemplo, un día a la semana), pero frecuentes. En ese sentido ya lo disponía así, desde 1996, el *Convenio nº 177* de la OIT, al no considerar trabajo a domicilio el realizado ocasionalmente en el domicilio en vez de en el lugar de trabajo habitual (art. 1, *b*).

La preponderancia, adoptada en ambas legislaciones en el pasado, no representa, a nuestro juicio, la mejor elección para la caracterización del teletrabajo porque apartaría indebidamente la incidencia de la regulación especial en los casos de teletrabajo habitual compartido con actividad presencial, por ejemplo, en la proporción del 50% para cada modalidad o en los casos de un 40% de teletrabajo y un 60% de trabajo presencial.

La ley española avanzó al adoptar el criterio de la regularidad en detrimento del de la preponderancia para ampliar la incidencia del estatuto especial a casos en los que el trabajo a distancia sea constante aun cuando en menor cantidad que el presencial. A pesar del avance, al condicionar el examen de la regularidad a un porcentaje de la jornada, limitó el instituto y generó inseguridad —fáctica, no jurídica— para situaciones de teletrabajo habitual pero realizado en menor escala en comparación con las actividades presenciales o, aun, para situaciones de teletrabajo no regular.

Mejor habría sido utilizar el criterio de la habitualidad, expresión que refleja lo que existe u ocurre habitualmente, con frecuencia, por hábito, repetidamente[448], al mismo tiempo en que aparta situaciones esporádicas, excepcionales o circunstanciales. Esto no significaría limitar este criterio a periodos cortos (días o semanas), ya que se pueden utilizar periodos más largos (meses), siempre que esta rutina de teletrabajo -incluida su causa- sea pactada e incorporada a dicho contrato, repitiéndose a lo largo de los años. La propia exposición de motivos de la LTD realza el elemento de la habitualidad (ítems I y III). Por más que sea un concepto abierto, que demandaría interpretación ajustada a los casos concretos, se trata de una orientación segura que contribuye a la estabilización del trabajo a distancia. Cabe recordar que la habitualidad es un indicador común para muchos derechos laborales, como lo demuestran el ET español (arts. 15, 33.9, 37.3, 39, 48.2, 51.2 y 54.2) y la CLT brasileña (arts. 73, §3º; 75-B, §1º; 458; 460; 482; y 582, §2º). A fin de cuentas, el teletrabajo debe ser considerado una figura amplia y abierta, no aislada, integrada a dinámicas y aspectos físicos y presenciales inherentes al mundo del trabajo.[449]

Desde una perspectiva semántica, el teletrabajo es habitual o regular cuando se lo realiza con frecuencia y constancia y está incorporado a lo que se considera lo normal de aquella realidad laboral. En contrapartida, el teletrabajo es ocasional cuando se realiza de vez en cuando, en determinadas ocasiones o momentos específicos, atípicos dentro de la rutina laboral. Esta clasificación es especialmente importante cuando se trata de la modalidad híbrida de teletrabajo, cuando el trabajador conjuga, de forma rutinaria, trabajo remoto y presencial en el local del empleador (independientemente de la distribución aplicada), ya que en el modo exclusivamente remoto (teletrabajo puro) no hay necesidad de que se examine la regularidad o habitualidad.

El principal dilema se presenta en los casos de trabajo a distancia no regular, en los cuales no incidirá la LTD, sino la legislación ordinaria (ET). En este punto se constata, en efecto, un vacío normativo —a no ser por la negociación colectiva— en cuestiones relevantes como las relacionadas al resarcimiento de los gastos con equipos e infraestructura, a condiciones ambientales adecuadas, a medidas de prevención de los riesgos, a horarios de trabajo, a la voluntariedad y reversibilidad, entre otras. Se recuerda que, del total de

[448] Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Disponible en: https://dle.rae.es
[449] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

trabajadores, hay un volumen considerable de trabajo a distancia ocasional: del 11,9% en España y del 13,8% en la Unión Europea, según datos de la agencia Eurofound.[450]

El art. 2º, *c*, de la *Ley 10/2021*, considera como trabajo presencial "aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa". Resulta oportuno resaltar que el trabajo presencial también está sujeto a la influencia digital, cuando la actividad se realiza en el establecimiento del empleador y utilizándose herramientas digitales. Sin embargo, de acuerdo al artículo mencionado, el estatuto del trabajo a distancia no se aplica al trabajo presencial realizado en el centro de trabajo o en otro lugar determinado por el empleador, aun cuando involucre el uso de instrumentos digitales.

Sin duda, el criterio de la regularidad es relevante en la definición de algunos aspectos del teletrabajo, puesto que las exigencias para quienes realizan el trabajo remoto de forma rutinaria, independientemente de la frecuencia o intensidad, son distintas a las que se verifican en las situaciones excepcionales o temporales de trabajo a distancia. Sin embargo, se entiende que la regularidad no puede ser el único parámetro determinante para la aplicación de todo un estatuto especial, como lo es la *Ley 10/2021*, que regula derechos y condiciones de las más diversas naturalezas. De lo contrario, eso dará lugar a una negación automática de derechos (como el relativo a la desconexión o los relacionados al uso de herramientas digitales) al gran contingente de teletrabajadores no regulares cuando es patente la necesidad de esa protección también en el trabajo irregular e intermitente, cuantitativamente significativo en la realidad.

Por ejemplo, al trabajador con jornada fija que trabaja cinco días por semana, distribuidos en cuatro días presenciales y uno de teletrabajo (4x1), no se asegura la aplicación de la LTD. Sin embargo, si ese trabajador realiza teletrabajo dos días por semana, sí incidirá la LTD. La disparidad mínima de las dos situaciones expone la insuficiencia del parámetro adoptado. El mismo raciocinio permite cuestionar la propia voluntariedad, prevista en el art. 5º da LTD, ya que no sería aplicable en el teletrabajo irregular (en el ejemplo anterior, correspondería al trabajador que realiza teletrabajo un día por semana), remitiéndose la situación a la norma ordinaria establecida en el art. 41 del ET.

En resumen, no es coherente —ni, probablemente, factible— adoptar solo un criterio binario (teletrabajo regular o no regular) y amparado en el factor cuantitativo (30% de la jornada) para regular una infinidad de situaciones y rutinas posibles dentro del universo del trabajo digital y, además, abarcar un sinfín de materias, con derechos de las más diversas naturalezas, desde aquellos de cuño preponderantemente económico hasta derechos humanos

[450] UNIÓN EUROPEA. Eurofound. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/eurofound-paper/2022/european-working-conditions-telephone-survey-2021-quality.

primordiales y nucleares del ordenamiento jurídico, como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y psíquica, a la dignidad, a la privacidad y a la intimidad.

En el actual régimen jurídico, la solución pasa por la segmentación de materias de acuerdo con su contenido, priorizándose la coherencia y armonización entre las distintas fuentes normativas, con foco en la preservación de los derechos fundamentales y de los derechos laborales indisponibles. Así, es necesario distinguir los tipos de normas de acuerdo con su carácter, si intrínsecamente digital o no. Así, habría al menos dos segmentos de normas: las normas intrínsecamente digitales y las normas no intrínsecamente digitales.

Las primeras, las normas de carácter intrínsecamente digital, son las inspiradas y creadas en razón del uso de equipos y herramientas digitales con la finalidad de regular los aspectos virtuales y los instrumentos tecnológicos inherentes y necesarios para la prestación de servicios en ambiente digital. Por los tanto, las normas intrínsecamente digitales inciden en virtud del trabajo realizado por medios e instrumentos tecnológicos, independientemente del régimen laboral o del encuadramiento legal como teletrabajo, ya que su razón de ser está en la adaptación a las transformaciones digitales y a las nuevas realidades sociolaborales. Son ejemplos de normas intrínsecamente digitales las previstas en el art. 11 (suministro y mantenimiento de instrumentos), art. 17 (preservación de la intimidad y protección de datos), art. 21 (orientaciones sobre el uso y conservación de equipos) y art. 22 (control empresarial por medios telemáticos), todas de la LTD, además de las normas-principios del teletrabajo, como las relativas a la desconexión (art. 18), a la igualdad del tratamiento (art. 4º) y a la voluntariedad (art. 5º).

Por su parte, las normas no intrínsecamente digitales son las aplicables al trabajo a distancia pero no directamente relacionadas al uso de tecnologías, puesto que buscan tutelar atributos formales de la implantación de ese régimen de trabajo y, sobre todo, cuestiones relativas al lugar de trabajo, con prevalencia del aspecto territorial y geográfico. Son ejemplos de normas no intrínsecamente digitales las previstas en la LTD sobre derechos colectivos (art. 19), obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia (art. 6º) y derechos a la formación o promoción profesional (arts. 9 y 10).

La distinción es relevante por realizar un recorte, entre los elementos que caracterizan el teletrabajo, de los aspectos inherentes al uso de la tecnología y no necesariamente relacionados al lugar del trabajo. Esto porque la mayor dificultad en aplicar la LTD al teletrabajo no regular u ocasional radica en temas relacionados al lugar de trabajo, que demandan cierto grado de inversión y cuidados, especialmente en lo que atañe a la infraestructura material y tecnológica. Esta dificultad no se verifica en el caso las normas que

resguardan los aspectos relacionados al uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, más centradas en la protección de derechos fundamentales y derechos laborales esenciales.

La solución propuesta permite, incluso, extender algunos derechos a teletrabajadores no regulares y ocasionales y hasta a trabajadores presenciales digitales, ya que, por trabajar mediante el uso de herramientas y medios digitales, también demandan protección idéntica o similar a la que ampara a los teletrabajadores, como el derecho a la desconexión digital y a la protección de datos. Claro que, ante la complejidad de un tema que mezcla aspectos tecnológicos y territorial-espaciales, no siempre con líneas divisorias claras, habrá normas conjugadas o híbridas que buscarán tutelar ambos atributos y que demandan, por eso, un análisis repartido. Las reglas sobre la jornada en el teletrabajo, por ejemplo, tienen como presupuesto una adaptación a la realidad de un trabajo prestado fuera de las dependencias del empleador, en tesis con menor control y mayor libertad horaria, pero también apuntan a establecer límites a la utilización de dispositivos y herramientas digitales, imprescindibles en la prestación del (tele)trabajo.

Dado que este capítulo está dedicado al estudio del régimen jurídico del trabajo a distancia, separado por tema, en el orden enunciado por la LTD, en cada punto específico se examinará el carácter de sus normas y la posibilidad de aplicarlas/extenderlas a los teletrabajadores "no regulares" y a los trabajadores presenciales digitales.

Prosiguiendo con el examen del estatuto del trabajo a distancia, la norma española impone algunas limitaciones al trabajo remoto, en los términos del art. 3º de la *Ley 10/2021*:

> Artículo 3. Limitaciones en el trabajo a distancia.
>
> En los contratos de trabajo celebrados con menores y en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, solo cabrá un acuerdo de trabajo a distancia que garantice, como mínimo, un porcentaje del cincuenta por ciento de prestación de servicios presencial, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica vinculada a estos últimos.

Así, la norma exige el porcentaje mínimo del 50% de trabajo presencial en los contratos celebrados con menores de edad o de formación y aprendizaje, pudiéndose modificar este último tipo mediante negociación colectiva (D.A.1ª). El tratamiento diferenciado se justifica por la mayor vulnerabilidad, en el caso de los menores, observándose sus

necesidades de formación y descanso, así como para garantizar el cumplimiento adecuado de la práctica profesional en los contratos educativos.[451]

La Ley brasileña, a su vez, admite expresamente el teletrabajo para pasantes y aprendices, en los términos del art. 75-B, §6º, de la CLT[452]. No podría ser diferente, ya que esas modalidades de trabajo educativo están igualmente sometidas a los efectos de la tecnología. Sin embargo, se considera que la norma brasileña fue demasiado sucinta, pues sería importante discurrir sobre criterios y límites en ambas modalidades como forma de preservar el carácter educativo de la actividad sobre el aspecto productivo del trabajo. De cualquier forma, aunque el teletrabajo sea posible, se deben observar los requisitos legales de esas modalidades formativas, especialmente en lo que se refiere a tareas prácticas, muchas de las cuales exigirán actividades presenciales, no admitiéndose la posibilidad de teletrabajo puro en la pasantía ni en el aprendizaje.

Asimismo, la norma brasileña excluye del régimen del teletrabajo las actividades de telemarketing o atención telefónica, así constando en el art. 75-B, §4º, de la CLT: "El régimen de teletrabajo o trabajo remoto no se confunde ni se equipara a la ocupación de operador de *telemarketing* o de atención telefónica". A lo que todo indica, la intención del legislador fue la de dar un fin a la controversia y apartar la aplicación al teletrabajo del Anexo II de la norma *NR-17*[453], que establece normas de salud y seguridad en materia de ergonomía.[454]

Sin embargo, el dispositivo amerita atención. De acuerdo con la clasificación brasileña de ocupaciones, la función de operador de *telemarketing* o de atención telefónica (código 4223) implica la atención remota de usuarios según un guion, para diversos fines, como la apertura de solicitudes, atención y soporte técnico, la oferta de productos y servicios, la retención y recuperación de clientes, el cobro de débitos, entre otras.[455] Estas actividades, por su naturaleza (servicios remotos realizados por teléfono u otros medios digitales), pueden realizarse dentro o fuera de las dependencias del empleador. Si se realizan dentro de las dependencias del empleador (establecimiento de la empresa, telecentros u otro local determinado por él), queda justificado que no se las encuadre como teletrabajo, por fuerza del

---

[451] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 67.
[452] "Art. 75-B. [...] § 6º Queda permitida la adopción del régimen de teletrabajo o trabajo remoto para pasantes y aprendices." (Incluido por la *Ley nº 14.442, de 2022*) (traducción propia)
[453] BRASIL. *NR 17. Portaria MTb .214/1978, de 8 de junho*, com redação dada pela Portaria MTP 423/2021, de 7 de outubro. Disponible en: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/norma-regulamentadora-no-17-nr-17.
[454] FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org.). op. cit., p. 78.
[455] Classificação Brasileira de Ocupações [Clasificación Brasileña de Ocupaciones]. Disponible en: http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/ResultadoFamiliaAtividades.jsf.

propio art. 75-B de la CLT. Sin embargo, si la actividad de *telemarketing* o atención telefónica se realiza fuera de las dependencias del empleador, como en la residencia del empleado o del lugar elegido por él, con la utilización de tecnologías de la información y de la comunicación, se entiende caracterizado el teletrabajo, puesto que quedan atendidos los presupuestos legales, lo cual determina la aplicación del respectivo reglamento especial. De hecho, el párrafo en cuestión carece de la mejor técnica para confundir a los institutos, ya que mezcla y compara una función (como el telemarketing) con una modalidad laboral (como el teletrabajo).[456]

Así, la exclusión realizada en el §4º se debe interpretar en el sentido de reafirmar el concepto de teletrabajo previsto en el *caput* del propio art. 75-B de la CLT, en análisis integrado de todo el precepto y no de una parte o párrafo. Así, no habrá teletrabajo —ni será posible equipararlo— cuando la prestación de los servicios de *telemarketing*/atención telefónica se realice en el establecimiento del empleador o en determinados telecentros que concentren a trabajadores de diversas empresas. Cualquier interpretación en contrario tendiente a prohibir la caracterización del teletrabajo (y la incidencia de las normas especiales) a toda y cualquier actividad de *telemarketing* o atención telefónica, aun cuando se la realice desde el domicilio del trabajador o desde el lugar que él elija, mediante utilización de las TIC, incurrirá en flagrante inconstitucionalidad del dispositivo (arts. 3º, IV; art. 5º, *caput*; y 7º, XXX y XXXII, de la *Constitución Federal* - CF), al promover infundado tratamiento desigual —y, por ende, discriminatorio— hacia esos trabajadores, puesto que en esta actividad no hay ningún factor de *discriminem* que justifique tal diferenciación.

Por último, la incidencia de esas nuevas regulaciones del trabajo a distancia observa un marco temporal, cuyos parámetros, en el caso de la Ley 10/2021, se establecieron en la D.A.1ª. En el primer apartado, se reconoció la aplicación de la ley a los contratos en vigor, preservando las condiciones establecidas en los convenios colectivos firmados con anterioridad:

> Disposición transitoria primera. Situaciones de trabajo a distancia existentes a la entrada en vigor de esta Ley.
>
> 1. Esta Ley será íntegramente aplicable a las relaciones de trabajo vigentes y que estuvieran reguladas, con anterioridad a su publicación, por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, desde el momento en el que estos pierdan su vigencia.
>
> En caso de que los convenios o acuerdos referidos en el apartado anterior no prevean un plazo de duración, esta norma resultará de aplicación íntegramente una vez transcurrido un año desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo que las partes firmantes de estos acuerden expresamente un plazo superior, que como máximo podrá ser de tres años. (...)

[456] CALVO, Adriana. *Manual de direito do trabalho.* 8.ed. Leme/SP: Mizuno, 2024. p.32.

Al comentar esta disposición, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS afirman que la *Ley 10/2021* es aplicable, a partir da su publicación, también a los contratos vigentes —efectos prospectivos—, siguiendo un patrón de retroactividad en grado intermedio, con la salvedad de la preservación de derechos y condiciones más favorables que pudieran preexistir (apartado 2, supra).[457] El dispositivo, todavía, buscó preservar las condiciones previstas en convenios o acuerdos colectivos firmados con anterioridad al establecer la aplicación de la nueva ley recién tras el término de vigencia de las normas colectivas o, no habiendo plazo de duración estipulado, tras un año contado a partir de la publicación de la ley.

De cualquier manera, el segundo apartado de este dispositivo prohíbe que la aplicación de la nueva ley resulte en pérdida o reducción de derechos o de condición más beneficiosa previamente establecida por las partes relacionada a la realización del trabajo a distancia, en los siguientes términos:

> Disposición transitoria primera. Situaciones de trabajo a distancia existentes a la entrada en vigor de esta Ley. (...)
>
> 2. En ningún caso la aplicación de esta Ley podrá tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas que prestasen con carácter previo sus servicios a distancia que se reflejarán en el acuerdo de trabajo a distancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.
>
> El acuerdo de trabajo a distancia regulado en la sección segunda del capítulo II de esta Ley deberá formalizarse en el plazo de tres meses desde que esta norma resulte de aplicación a la relación laboral concreta. En idéntico plazo deberán efectuarse adaptaciones o modificaciones de los acuerdos de trabajo a distancia de carácter individual vigentes a la fecha de publicación de esta Ley, no derivados de convenios o acuerdos colectivos.

En Brasil, la *Ley nº 13.467/2017* (que introdujo el capítulo del teletrabajo en la CLT) entró en vigor el 11 de diciembre de 2017, mientras la *Ley nº 14.442/2022* (que modificó y agregó disposiciones al capítulo) entró en vigor el 5 de septiembre de 2022. En estos casos, se aplica la norma general de derecho intertemporal de que "la Ley en vigor tendrá efecto inmediato y general, respetados el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido y la cosa juzgada".[458]

---

[457] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p.53.
[458] BRASIL. *Decreto-Lei 4.657*, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei 12.376/2010. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

Aunque haya divergencia con respecto a la aplicación de las normas de derecho material contenidas en la *Ley nº 13.467/2017* a los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a su vigencia, en especial de los preceptos que extinguirían derechos, la materia se encuentra pendiente de análisis por el Tribunal Superior del Trabajo.[459] Sin embargo, por no haber disciplina anterior sobre el teletrabajo, no cabe hablar de acto jurídico perfecto o de derecho adquirido, por lo cual las normas sobre el teletrabajo en la CLT tienen aplicación inmediata a partir de su vigencia, incluso para los contratos celebrados anteriormente, respetada la eventual condición más favorable prevista en acuerdo individual o norma colectiva.

Considerando que el art. 2º de la *Ley 10/2021* distingue el trabajo a distancia (género basado en el lugar de la prestación del servicio) del teletrabajo (especie caracterizada por el uso de medios y sistemas informáticos), se pasa al análisis de cada una de esas figuras, cotejándolas con patrones adoptados por la legislación brasileña.

2.1.1 Trabajo a distancia

Desde el punto de vista puramente semántico, *trabajo a distancia* y *teletrabajo* son expresiones idénticas, ya que el prefijo *tele*, de origen griego, significa, justamente, *a distancia*, como consta en el *Diccionario de la RAE*.[460] Sin embargo, la *Ley 10/2021*, en su art. 2º, distingue el trabajo a distancia del teletrabajo en estos términos:

> Artículo 2. Definiciones.
> A los efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por:
> a) «Trabajo a distancia»: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.
> b) «Teletrabajo»: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.
> c) «Trabajo presencial»: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

Por lo tanto, el trabajo a distancia es el realizado en el domicilio u otro lugar elegido por el trabajador, mientras el teletrabajo es un tipo de trabajo a distancia que se sirve, de modo exclusivo o prevalente, de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de

[459] TST. RR-528-80.2018.5.14.0004, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07/06/2021.
[460] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*. Disponible en: https://dle.rae.es/tele-#ZLKsvGW

telecomunicación. Se trata de una figura amplia (género) que abarca tanto el teletrabajo —llevado a cabo mediante el uso de las TIC— como el primitivo trabajo a domicilio, como el realizado por costureras, trabajadores de la industria del calzado y confiteras, el cual no presupone el uso de herramientas tecnológicas. En la propia exposición de motivos de la LTD se menciona que la concepción clásica del trabajo a domicilio ha quedado superada en este nuevo marco de relaciones laborales, unas relaciones fuertemente influidas por la tecnología, lo que hace que hoy en día prevalezca un trabajo remoto y flexible que se puede realizar en nuevos entornos sin que se requiera la presencia física del trabajador.

Así, la Ley española prevé un concepto general y amplio de trabajo a distancia que abarca la antigua figura del trabajo a domicilio, pero, al mismo tiempo, enfatiza su principal modalidad, que es el teletrabajo, considerado como aquel para cuya consecución se utilizan medios digitales. La distinción, no obstante, es más conceptual y tiene un sesgo ampliativo del abanico de situaciones en las que el trabajo se realiza fuera del local de la empresa, teniendo en cuenta que, en la práctica, la *Ley 10/2021* es aplicable a ambas hipótesis y, fundamentalmente, garantiza los mismos derechos, ya que buscó asegurar una igualdad de tratamiento entre trabajadores presenciales y remotos, con la salvedad de aquellos aspectos inherentes a la presencialidad, evitando, así, que la modalidad remota resulte en peores condiciones de trabajo.

El núcleo de ese concepto de trabajo a distancia (art. 2º, *a*) consiste en su realización en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ella, referencia adoptada por el *Convenio nº 177* de la OIT y por el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, a la que se van agregando las demás características de ese modelo laboral. En el sentido opuesto, no se configurará trabajo a distancia cuando sea el empleador quien determine unilateralmente o controle el lugar de trabajo. En todo caso, la ley exige la anuencia del empleador sobre el lugar de trabajo -elegido por el trabajador-, como requisito del acuerdo (bilateral) de teletrabajo (art. 7º, *f*).[461] Así lo esencial del trabajo a distancia —y del teletrabajo— es que el lugar de trabajo lo elige el trabajador de acuerdo con el empresario y no es en la empresa.

Aun así, persisten dificultades de encuadramiento en algunas situaciones, como las del trabajo realizado en unidades descentralizadas, en oficinas satélites, en telecentros y centros colectivos de trabajo que reúnen a trabajadores de diversas empresas, las situaciones en las que el empleador determina un lugar fuera de sus dependencias (por ejemplo, en el local de un cliente) o, aun, el caso de los trabajadores itinerantes. En ese sentido, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS afirman que si la prestación de servicios en

[461] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 61.

esos lugares es obligatoria, determinada por el empleador, estaría excluida del estatuto de la *Ley 10/2021*.[462] Hay quienes adoptan como referencia, para caracterización del teletrabajo, que el empleador (o la persona que lo represente) no esté presente físicamente en el lugar de trabajo.[463]

La LTD fue asertiva al definir el trabajo a distancia como el realizado en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido por él (art. 2º, *a*) y aceptado por el empleador (art. 7º, *f*). Así, los lugares de trabajo determinados unilateralmente por el empleador o controlados directamente por él no están comprendidos en este concepto, incluso por caracterizar trabajo presencial, entendido como el trabajo realizado en el centro de trabajo o en otro lugar determinado por el empleador (art. 2º, *c*). Cabe recordar que el ET considera como centro de trabajo "la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral" (art. 1.5).

De esa forma, la primera y más elemental distinción es la que se establece entre los dos universos antagónicos del trabajo presencial *versus* el trabajo a distancia ("del empleador"), a partir de un elemento nuclear objetivo que es el lugar de trabajo, combinado a un elemento nuclear subjetivo relacionado al dominio o autoridad sobre el lugar de trabajo. Así, cuando el lugar de trabajo está vinculado al trabajador (su domicilio u otro lugar que él elija), estará caracterizado el trabajo a distancia, mientras que los lugares de trabajo vinculados al empleador (centro de trabajo o lugar que él determine o controle) configuran típico trabajo presencial.

Que quede claro: el control sobre el lugar de trabajo es diferente al control sobre el trabajo. Afirmar que el trabajador tiene dominio sobre el lugar de trabajo —como cuando lo realiza en su residencia— no quiere decir que él tenga control o que ejerza el comando en cuanto a la ejecución del trabajo. Estos son del empleador, ya que, como se ha visto, la tecnología permite ejercer el control y la dirección —incluso la vigilancia— del trabajo de diversas maneras (presencial o virtual; por medios directos o indirectos), independientemente del modo de trabajo (remoto, presencial o híbrido). Son muchos los ejemplos de un intenso control empresarial del teletrabajo —de la actividad laboral— realizado en la residencia del trabajador mediante el uso de dispositivos y herramientas digitales, las cuales, además, también se pueden utilizar —y se utilizan, hoy en día— para controlar el propio trabajo presencial.

---

[462] *Idem*, p. 62.
[463] TODOLÍ SIGNES, MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, SALA FRANCO, op. cit., p. 19.

Por lo tanto, el elemento distintivo es la vinculación (y control) del lugar de trabajo con el trabajador (trabajo a distancia) o con el empleador (trabajo presencial), más allá de una mayor o menor libertad en la ejecución contractual y/o de los métodos de dirección y control —presenciales o virtuales— adoptados por el empleador durante la realización del trabajo. Este elemento subjetivo ampara situaciones dudosas o eventuales intentos de evitar la aplicación de la LTD a partir de la aplicación meramente formal del elemento objetivo, como el ejemplo retórico del caso en el que el empleador determina el teletrabajo en la residencia del trabajador. En este caso, aunque el lugar haya sido determinado unilateralmente por el empleador —lo que caracterizaría el trabajo presencial por el criterio formal/objetivo—, deberá incidir la LTD por tratarse de un lugar vinculado al trabajador, lo que, incluso, hace necesaria su anuencia.

Considerando los diversos contextos fácticos posibles, es necesario indagar sobre los efectos del no encuadramiento en la definición legal. La consecuencia natural e inmediata es la no aplicación de la LTD y sí la del ET, puesto que no se atendería a los presupuestos legales. Sin embargo, como lo hemos visto, se maneja la posibilidad de aplicación de algunos dispositivos de la LTD en los casos de trabajo remoto desarrollado mediante la utilización de herramientas digitales, en especial de las normas intrínsecamente digitales, dada su desvinculación del elemento territorial o geográfico del lugar de trabajo.

La norma brasileña, a su vez, no establece categorías de trabajo remoto y conceptualiza el teletrabajo como el trabajo prestado fuera de las dependencias del empleador y mediante la utilización de tecnología de la información y de la comunicación, en los términos del art. 75-B de la CLT:

> Art. 75-B. Se considera teletrabajo o trabajo remoto la prestación de servicios fuera de las dependencias del empleador, de manera preponderante o no, con la utilización de tecnologías de información y de comunicación, que, por su naturaleza, no configure trabajo externo. [...]

Aunque esta definición sea semánticamente más adecuada, el legislador brasileño habría excluido de esta regulación el típico trabajo en domicilio, realizado a distancia pero sin uso de las TIC, una figura cada vez más en desuso. Para el trabajo en domicilio, sobró solo la previsión contenida en el art. 83 de la CLT, que se limita a garantizar el salario mínimo al trabajador en domicilio, considerándose que su trabajo es aquel ejecutado en la vivienda o en el taller de familia, costeado por empleador que lo remunere.

Sucede que el art. 6º de la CLT (analizado anteriormente) establece una cláusula general de equiparación entre el "(...) trabajo realizado en el establecimiento del

empleador, el ejecutado en el domicilio del empleado y el realizado a distancia (...)". Se trata de una verdadera cláusula general utilizada para asegurar la igualdad de condiciones entre esas formas de trabajo a pesar de su mayor influencia en la cuestión de la subordinación y del reconocimiento del vínculo laboral. Cabe observar que el dispositivo adopta expresiones abarcadoras, como trabajo *en el domicilio* o *a distancia*, no utilizadas en el capítulo II-A de la CLT (sobre teletrabajo), que adopta los términos *teletrabajo* y *trabajo remoto*. Se podría inferir la intención de discernir los institutos, pero no hay fundamentos para distinguir las expresiones *trabajo a distancia* y *trabajo remoto* porque ambas designan exactamente lo mismo y son consideradas un género que contempla modalidades como el trabajo a domicilio y el teletrabajo, quedando, así, de manifiesto un descuido y una falta de técnica en la norma brasileña.

A diferencia de la definición española, la ley brasileña silencia en cuanto a quién cabe la elección del lugar de teletrabajo, centrándose en el elemento objetivo de la prestación de servicios fuera de las dependencias del empleador. A pesar de ello, se reputa implícito en la norma el derecho de elección del lugar por parte del trabajador, puesto que los lugares de trabajo determinados unilateralmente o controlados directamente por el empleador estarían encuadrados en la noción de "sus dependencias" (sede, filiales, oficinas, agencias, etc.), aunque no se trate de una sede, matriz o propiedad de la empresa. Por ejemplo, si el empleador determina el trabajo en un espacio compartido (*coworking*), este será considerado un centro de trabajo —dependencias del empleador—, bajo su control, lo que aparta el elemento nuclear de caracterización del teletrabajo: el realizado en la residencia o lugar elegido (y controlado) por el propio trabajador.

Por lo tanto, la norma brasileña adopta el mismo criterio de la LTD española, a pesar de su redacción más sucinta, contemplando tanto el elemento objetivo (lugar de trabajo) como el elemento subjetivo (dominio sobre el lugar de trabajo). Así, se considera trabajo fuera de las dependencias del empleador el realizado en un lugar vinculado al trabajador (su domicilio u otro lugar que él elija), mientras que se encuadra como trabajo realizado en dependencias del empleador el que se lleva a cabo en lugares vinculados al empleador (centros de trabajo u otro lugar determinado o controlado por él).

Habiéndose concluido este punto, se pasa al examen de la figura del teletrabajo, representativa del fenómeno de la digitalización del trabajo y que ocupa un papel central en las dos legislaciones analizadas.

2.1.2 Teletrabajo

En los términos del art. 2º, *b*, de la *Ley 10/2021*, se define el teletrabajo como "aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación." Se trata de una definición bastante amplia que comprende diferentes tipos de tecnología y niveles de intensidad en cuanto a su utilización, abarcando puestos de trabajo de los más clásicos a los más tecnológicos.

A partir de la referencia al "trabajo a distancia", la norma incorporó el teletrabajo a los elementos previstos en el art. 2, *a*, vistos anteriormente. De ese modo, según la LTD, la definición completa de teletrabajo lo comprende como *una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular, que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*.

Basándose en el concepto legal, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS subrayan cuatro elementos que caracterizan el teletrabajo: el espacial, que dice respecto al lugar de realización del trabajo, fuera del ambiente de la empresa; el cualitativo, relacionado a los instrumentos digitales utilizados; el cuantitativo, que establece la regularidad como presupuesto del teletrabajo; y el personal, visto que se exige la realización del trabajo por persona física.[464]

El texto de la LTD utiliza como matriz la expresión *trabajo a distancia*. Además de en el art. 2º, el término *teletrabajo* aparece solo cuatro veces en sus dispositivos (arts. 4.2, 4.4, 11.2 y 18.1), utilizándose para enfatizar esa modalidad/especie y no para tratarla de forma distinta con respecto al género.

En Brasil, el teletrabajo está definido en el art. 75-B de la CLT, que dispone:

> Art. 75-B. Se considera teletrabajo o trabajo remoto la prestación de servicios fuera de las dependencias del empleador, de manera preponderante o no, con la utilización de tecnologías de información y de comunicación, que, por su naturaleza, no se configure como trabajo externo. (Redacción dada por la *Medida Provisoria nº 1.108*, de 2022)
> § 1º La comparecencia, incluso de modo habitual, a las dependencias del empleador para la realización de actividades específicas, que exijan la presencia del empleado en el establecimiento, no descaracteriza el régimen de teletrabajo o trabajo remoto. (Incluido por la *Medida Provisoria nº 1.108*, de 2022)
> § 2º El empleado sometido al régimen de teletrabajo o trabajo remoto podrá prestar servicios por jornada o por producción o tarea. (Incluido por la *Medida Provisoria nº 1.108*, de 2022)
> § 3º En la hipótesis de prestación de servicios en régimen de teletrabajo o trabajo remoto por producción o tarea, no se aplicará lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de esta Consolidación. *(Incluido por la Medida Provisoria nº 1.108*, de 2022)

[464] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p.73.

> § 4º El régimen de teletrabajo o trabajo remoto no se confunde ni se equipara a la ocupación de operador de telemarketing o de atención telefónica. (Incluido por la *Medida Provisoria nº 1.108*, de 2022) (...)(traducción propia)

Además, la agencia Eurofound define el teletrabajo como un régimen de trabajo realizado fuera del lugar del empleador mediante el uso de las TIC. Para la Agencia, existen dos atributos principales del teletrabajo: el uso de computadoras y de la telecomunicación para modificar el lugar habitual de trabajo; y la movilidad, o sea, la cantidad de lugares de trabajo remoto.[465]

Así, en los términos de las legislaciones en análisis, hay dos presupuestos elementales para la configuración del teletrabajo: (*i*) que sea realizado fuera de las dependencias del empleador; y (*ii*) mediante la utilización de instrumentos digitales.

La movilidad, viabilizada por la tecnología, constituye el elemento esencial del teletrabajo. Supone la posibilidad de trabajar a partir de cualquier lugar o, mejor dicho, desde varios lugares fuera de las dependencias del empleador. Aunque se acuerde un teletrabajo fijo, que se realice siempre desde el mismo lugar, esto resultaría de una combinación/decisión entre las partes involucradas —en un lugar bajo dominio del trabajador— y no de limitaciones materiales o tecnológicas, ya que las herramientas digitales eliminan las barreras físicas y los límites territoriales, bastando con que haya conectividad para poder realizarse el trabajo.

De esa forma, es posible que el teletrabajo se lleve a cabo desde diversos lugares, que comprenden desde la residencia del teletrabajador —figura clásica del teletrabajo— hasta talleres de teletrabajo, telecentros y oficinas flexibles y compartidas (*coworking*). También se puede realizar desde un lugar fijo (residencia o taller de teletrabajo) o variable/itinerante, como en el caso cada vez más extendido de los nómadas digitales, analizado en el primer capítulo. Incluso, el trabajo móvil es considerado una variación del teletrabajo cuyo énfasis recae en la movilidad y en el trabajo realizado desde diversos lugares, utilizándose las TIC para conectarse con los sistemas informáticos de la empresa.

BRECHT-HEITZMANN refiere que la digitalización amplió el trabajo móvil, considerado como aquel en el cual "(...) el trabajador ya no tiene un puesto de trabajo fijo que se le asigne en la empresa, y, en consecuencia, frecuentemente ya no están prescritas las jornadas fijas".[466] Dentro de la categoría "trabajo móvil", el autor distingue el *home office* (realizado desde la vivienda), el *mobile office* (realizado desde cualquier parte del mundo) y el

[465] UNIÓN EUROPEA. Eurofound. Disponible en: https://www.eurofound.europa.eu/en/topic/teleworking
[466] BRECHT-HEITZMANN, MEYER, op. cit., p. 20.

trabajo en el marco del *open space* (forma de trabajo del empresario, sin lugar fijo).[467] El Tribunal Superior del Trabajo de Brasil, en material educativo sobre el tema, afirma que el género "teletrabajo" tiene especies como el *home office* (trabajo prestado desde casa), el teletrabajo prestado en telecentros, el teletrabajo móvil o nómada y el teletrabajo híbrido, que combina el trabajo realizado a distancia con el trabajo en la empresa.[468]

LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS establecen distintas modalidades de teletrabajo a partir de tres criterios. Por el criterio espacial, habrá *(i)* teletrabajo a domicilio; *(ii)* teletrabajo en telecentros, un lugar de trabajo *ad hoc* creado por el empleador con toda infraestructura tecnológica necesaria para trabajar; y (*iii)* teletrabajo itinerante (o nómada), cuando el trabajo se realiza en lugares que varían constantemente. En la misma línea, se puede distinguir el teletrabajo nacional (cuando todos los elementos están vinculados al mismo país) del teletrabajo transnacional o transfronterizo, caracterizado por la presencia de, por lo menos, un elemento extranjero. Por el criterio cualitativo, habrá teletrabajo *offline* (o desconectado) cuando la prestación de servicios se realice sin una conexión directa con el sistema informático del empleador; y teletrabajo en línea cuando el teletrabajador esté conectado al sistema informático del empleador; este último, a su vez, podrá subdividirse en interactivo/bidireccional (con conexión y flujo de trabajo en las dos direcciones entre trabajador y empresa) o unidireccional (*one way line*), con conexión en solo un sentido. Por último, por el criterio cuantitativo habrá teletrabajo en tiempo integral o mixto (cuando se combina actividad a distancia y presencial).[469]

Con respecto al primer requisito, se vuelve a plantear la acalorada discusión sobre la necesidad de que el teletrabajo se realice de forma regular o habitual, cuestión que ya se comentó anteriormente.

Cuando se trata del lugar de trabajo y la movilidad, hay otro factor importante que se debe tener en cuenta, explícito en la norma brasileña e implícito en la norma española, que consiste en la distinción entre el teletrabajo y el trabajo externo. En el trabajo presencial, siempre fue más perceptible la diferencia entre trabajo interno y externo, con figuras clásicas como las del vendedor viajero y el conductor. Sin embargo, con el avance tecnológico y el surgimiento del teletrabajo, se volvió más difícil distinguirlo del trabajo externo, habida cuenta de los elementos y realidades comunes a ambas figuras, fuertemente influidas por las

[467] BRECHT-HEITZMANN, MEYER, op. cit., p.20
[468] BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Teletrabalho: o trabalho onde você estiver*. Brasília: 2020. Disponible en: https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815.
[469] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 74.

transformaciones tecnológicas y el incremento de la movilidad. En esta Era Digital, la mayoría de las actividades externas se llevan a cabo mediante el uso de dispositivos, medios y sistemas informáticos en alguna proporción.

Por la norma brasileña, no se confunde el teletrabajo con el trabajo externo, ya que la parte final del art. 75-B de la CLT establece como requisito del teletrabajo que, por su naturaleza, no configure trabajo externo. Así, hay una división entre el teletrabajo, que presupone una actividad que se podría realizar en las dependencias del empleador, pero que, en virtud de las herramientas tecnológicas, se puede realizar de forma remota; y el trabajo externo (art. 62, I, de la CLT), considerado aquel oficio que, por su naturaleza, solo se puede realizar fuera de las dependencias del empleador, en lugares externos, independientemente del uso de tecnología, como ocurre con conductores, propagandistas, representantes comerciales o instaladores y técnicos de productos residenciales o comerciales. En esta línea, y a pesar de la aparente contradicción de términos, se puede afirmar que el teletrabajo corresponde al trabajo interno desarrollado externamente. El principal reflejo del trabajo externo consiste en la presunción legal de excepción con respecto al régimen de control de jornada (art. 62, I, de la CLT), sin la posibilidad de cobro de horas extra, salvo si demostrada la viabilidad de la verificación de la jornada laboral.

En el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* también se realiza esa distinción cuando se define el teletrabajo como "(...) un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular." Aunque no conste expresamente en la LTD, a partir de los requisitos legales establecidos, se puede inferir que el trabajo a distancia no se confunde con las actividades laborales que exigen desplazamientos a otros lugares diferentes de la empresa (*trabajo externo o fuera de la oficina*), como viajes, en el caso de vendedores, o visitas a clientes, situaciones no sometidas al cómputo del tiempo de trabajo, el cual presupone una jornada integralmente realizada en un centro de trabajo fijo.[470]

A pesar de sutil, la diferencia entre trabajo externo y teletrabajo aun se revela adecuada. En realidad, ambas modalidades están comprendidas en el género "trabajo externo" en sentido amplio, considerado como el realizado fuera de las dependencias del empleador, en contraposición al trabajo interno. De esa forma, ambas categorías guardan semejanzas, especialmente cuando la tecnología tiene una participación en los medios o resultados del trabajo. Sin embargo, el trabajo externo en sentido estricto no permite que el trabajador elija el

[470] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 623.

lugar de trabajo (el cual, por ende, no estará bajo su dominio), ya que la naturaleza del oficio y de la actividad ejercida impone que el trabajo se realice en determinados lugares, con desplazamientos constantes y presencia física del trabajador en esos lugares, como ocurre con los conductores y las rutas que recorren.

Aunque esas figuras no se confundan, como se resalta en la CLT, ciertamente habrá cuadros heterogéneos, en los cuales las situaciones de trabajo externo y de teletrabajo son plenamente conjugables, como en el caso de un vendedor que desarrolle parte de sus actividades de forma remota, en su residencia, por medios virtuales (típico del teletrabajo), pero que tenga una agenda o cronograma de visitas a clientes que deba cumplir (típico del trabajo externo). En este tipo de escenario, es posible el encuadramiento como teletrabajo y la aplicación del estatuto especial siempre y cuando se atiendan los presupuestos legales, en especial el relativo a la habitualidad o regularidad del teletrabajo.

El segundo elemento del teletrabajo dice respecto a la utilización de herramientas digitales. La LTD alude a "medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación", mientras la CLT se refiere a "utilización de tecnologías de información y de comunicación". Las dos legislaciones adoptan expresiones amplias, capaces de abarcar diversas herramientas y equipos, materiales e inmateriales, como internet, intranet, *e-mail*, teléfonos, *smartphones*, *tablets, notebooks*, robótica, redes sociales, VPN, entre otras.

Hay una distinción relevante entre los dos ordenamientos, pues la ley española exige el uso exclusivo o prevalente de los medios digitales, mientras la legislación brasileña no trae esa condición, ya que la expresión "de manera preponderante o no" (art. 75-B, *caput*, de la CLT) se refiere al local de trabajo y no a los medios utilizados. Por lo tanto, la norma brasileña exime de la obligatoriedad de realizarse un examen sobre la forma o intensidad en la cual se utiliza la tecnología. Es la posición que, en el ámbito de este trabajo, se entiende más acertada, puesto que la ley española, al establecer ese requisito, crea una barrera —de relevancia dudosa— para el encuadramiento jurídico de las situaciones como teletrabajo.

El problema con la redacción adoptada en el art. 2.º, *b*, de la LTD, es la falta de referencia. Hay más de un factor que puede utilizarse para atestar la prevalencia de los medios virtuales, como el criterio cuantitativo (período de la jornada en el que se utilizan los medios digitales) o la regularidad o habitualidad (uso consecutivo de la tecnología, independientemente de la cantidad de horas). En nuestra opinión, el uso de medios digitales constituye una premisa –fáctica y jurídica– del teletrabajo, una vez que imprescindible para que el trabajo se realice de forma remota, implicando así el uso preponderante y continuo de estas herramientas para el mero ejercicio del teletrabajo.

El conjunto de exigencias establecidas por las actuales legislaciones, como los presupuestos de regularidad y del uso prevalente de los medios tecnológicos, aumenta las dificultades y complejidad ya inherente a este tema. En la realidad del teletrabajo, esas clasificaciones, a pesar de bien intencionadas a partir de la necesidad natural de hacer recortes y promover la categorización de los institutos jurídicos para posibilitar su regulación, terminan generando resultados contrarios al deseado, habida cuenta de su potencial de ampliar las barreras, establecer distinciones entre trabajadores en condiciones similares y estimular fraudes mediante la desvirtuación de alguno de los tantos requisitos establecidos, todo lo cual genera inestabilidad e inseguridad jurídica. Por esa razón, es necesario abandonar clasificaciones que más fragmentan que unen a favor de una definición más inteligible y abarcadora del fenómeno que nos ocupa y que, en este estudio, se viene denominando *trabajo digital*.

2.1.3 Trabajo Digital

Las actuales regulaciones han promovido categorías o recortes conceptuales que, muchas veces, restringen o dificultan la protección legal o establecen diferenciaciones injustificadas para figuras que comportan realidades de trabajo que presentan más aspectos en común que diferencias. No tiene sentido el actual movimiento que, al promover contrastes o subclasificaciones entre los diversos tipos de trabajo realizados por medios digitales, crea sistematizaciones que más bien dificultan o restringen el encuadramiento jurídico sin que eso se traduzca en resultados prácticos significativos.

Por eso, en esta investigación se adoptará la expresión *trabajo digital* como una propuesta de imprimir mayor amplitud conceptual, apartándose de categorías restrictivas. Cabe recordar que la palabra *digital* significa aquello que se realiza o transmite por medios digitales.[471] También se utiliza el término *digitalización* para expresar ese fenómeno de la influencia de la tecnología y de las herramientas digitales en la prestación del trabajo. Cuando se trata de tecnología y relaciones sociales, su rápida y constante modificación y transformación, con nuevas modalidades y características que se crean continuamente, las clasificaciones o taxonomías jurídicas más restrictivas o estáticas terminan volviéndose obsoletas rápidamente o perdiendo su razón de ser, por lo cual es necesario enfrentar el tema con la apertura y dinamismo que le son inherentes.

[471] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*. Disponible en: https://dle.rae.es/. Consultado el 6 de mayo de 2022.

De esta forma, el trabajo digital consiste en el trabajo realizado o intermediado por medios digitales, fuera de las instalaciones del empleador. Se basa en la idea de conectividad, de sustituir la interacción física —en el lugar de trabajo— por el ambiente virtual, haciendo el servicio —con sus instrucciones y comando— llegar al trabajador por medios digitales, así como el trabajo que se ha realizado (en cuanto a los medios) y entregado (en cuanto al resultado) al empleador también por medios digitales, independientemente del lugar o espacio físico y de la presencia simultánea de los actores involucrados. Aunque en esa delimitación estén comprendidas múltiples formas de trabajo a distancia, aun así representa un recorte conceptual importante, a partir de dos elementos nucleares (trabajo fuera del local de la empresa, con intermediación virtual/electrónica) que constituyen un eslabón capaz de unir diversas formas de trabajo en esta Era digital, dispensándoles un tratamiento homogéneo.

Como señala CEDROLA SPREMOLLA, *trabajo digital* es un término genérico que abarca todas las formas de trabajo realizado por medios informáticos en lugar diverso de los locales del empleador.[472] Para el autor, el trabajo digital está marcado por la *conectividad*, o sea, se trata de un trabajo que se realiza en conexión, sin importar el lugar o espacio físico desde el cual se trabaja.[473] Siguiendo la misma línea de raciocinio, se verifica que el *Diccionario de la RAE* define el teletrabajo como el "Trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las cargas laborales asignadas."[474]

La propuesta es de evolución hacia un concepto amplio, pragmático y finalista, capaz de abarcar y amparar las más variadas modalidades de trabajo remoto, siendo el criterio preponderante el de la intermediación digital del trabajo, esto es, cuando prevalezca el aspecto virtual, con respecto al empleador, en la realización del trabajo. Esa prevalencia de los medios digitales (aspecto virtual) en la relación con el empleador significa que él se servirá de herramientas tecnológicas para la dirección y control del trabajo, independientemente del espacio físico de realización, obviamente desde fuera de los lugares de la empresa. De esa forma, se suprimen el ambiente y la presencia física simultánea, que serán reemplazados por una relación de trabajo formada y/o desarrollada por medios digitales.

En este contexto, resulta irrelevante indagar si el trabajador realiza el trabajo interna o externamente, siempre que lo haga fuera del local de la empresa (a distancia), ya que

[472] CEDROLA SPREMOLLA, op. cit., p. 274-75.
[473] *Idem*, p. 284.
[474] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*. Disponible em: https://dle.rae.es/. Consultado el 6 de mayo de 2023.

en ambos casos es posible la intermediación del trabajo por el empleador por medio electrónico. Así, puede haber un trabajo digital puro que, por sus características, solo se realice de forma remota, o un trabajo que se podría realizar presencialmente en la sede del empleador, pero que se opta por realizarlo, en todo o en parte —e independientemente de la frecuencia o proporción—, en lugar diverso del centro de trabajo, utilizándose de los medios tecnológicos. De cualquier manera, ese ambiente físico será, necesariamente, ajeno a las instalaciones del empleador en un grado que justifique el tratamiento diferenciado resultante de esa condición especial de trabajo.

En la economía digital existen productos y servicios totalmente virtuales (como traducciones, soporte técnico, programación de *softwares*, etc.), pero también servicios mixtos que, a pesar de ser tangibles —prestados en el mundo físico—, son intermediados por medios digitales.[475] Las dos modalidades permiten el trabajo digital o físico, dependiendo de cada modelo de negocio. Como se vio en el primer capítulo, la OIT dividió el trabajo en las plataformas digitales en dos tipos: "las plataformas en línea", en las cuales el trabajo se realiza de forma virtual y remota, no importando dónde se encuentren las partes contratantes; y "las plataformas de trabajo localizado", en las cuales el trabajo lo realizan trabajadores desde su ubicación (app con geolocalización), cuyos exponentes más conocidos son los servicios de transporte y reparto.[476] Ambas hipótesis, por ejemplo, se encuadran en el concepto de trabajo digital planteado aquí.

Aunque aumenten las operaciones realizadas mediante tecnología y plataformas, siempre estarán íntimamente conectadas a operaciones y espacios físicos. Los servicios se prestan en el ambiente físico y no hay cómo apartar esos dos mundos; al fin y al cabo, el trabajo humano siempre lo realiza en persona y materialmente en un espacio determinado (localizado), aunque utilice el entorno virtual y los medios digitales para las interacciones necesarias y la entrega del producto de este trabajo. La compra puede realizarse en línea (así como el trabajo ser digital), pero el producto y la entrega serán físicos. Es posible contratar servicios de transporte por aplicación, pero se necesitará un conductor y un vehículo para realizar el transporte. Las comidas se pueden pedir en línea, pero habrá una cadena involucrada desde la compra y la preparación de los ingredientes hasta la entrega de la comida en el destino. Por lo tanto, en general, el ambiente digital sirve de acceso al ambiente físico.

[475] CEDROLA SPREMOLLA, op. cit., p.264.
[476] OIT. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Ginebra: OIT, 2021. P.82/83. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--pt/index.htm

Esos componen, así, realidades indisociables, por lo cual la tecnología no debe justificar un tratamiento diferenciado entre trabajadores, especialmente en lo que atañe a la caracterización del empleo (visto en el capítulo 2) y derechos basilares, exigiéndose solo ajustes de los aspectos más distintivos entre ambientes presenciales y virtuales de trabajo.

Esa gama de escenarios muchas veces se choca con clasificaciones rígidas. Por ejemplo, la venta de un libro electrónico se realiza integralmente por medio digital, pero la empresa vendedora podrá tener trabajadores presenciales, remotos o en modelo híbrido. La venta de un libro físico se podrá realizar por internet (con trabajo presencial o digital en la venta), pero con entrega física o en una librería (trabajo presencial). Lo mismo vale para servicios, como en la educación, campo en el que cada vez hay más cursos virtuales, sobre todo tras la pandemia, que acogen tanto el trabajo digital como el presencial. Otra referencia son los servicios bancarios, pues han surgido diversos bancos e instituciones financieras totalmente virtuales en los últimos tiempos, práctica que se ha extendido a los demás segmentos económicos.

Esa multiplicidad de modelos posibles ha fomentado diversos tipos de trabajo, como el trabajo por demanda (solo se trabaja en función de la demanda, pero con una reserva de trabajadores, modelo común en las plataformas digitales), los trabajadores nómadas digitales (teletrabajan fuera de los lugares del empleador, por intermedio de tecnologías de base digital, pero sin mantener un lugar fijo), el *crowdworking* (externalización del trabajo por medio de una plataforma en línea que pone en contacto la oferta y demanda de distintos tipos de trabajo) y trabajos independientes (modalidad colaborativa rápida y flexible, sin protección laboral, muchas veces realizada en espacios de *coworking*).[477]

Todo eso impone un reto permanente en la regulación laboral moderna para acoger los modelos divergentes dentro de este amplio segmento de trabajo digital, absorbiendo el impacto de la tecnología ante estas nuevas formas de trabajo y entorno laboral, en su mayoría sin la presencia física de personas ni existencia física de empresas o centros de trabajo.[478]

La solución pasa por una regulación que agregue modelos presenciales, híbridos y virtuales y evite establecer reglamentos distintos para cada modalidad, como si las modalidades fueran estancas y rígidas. Cada vez más, el trabajo presencial es digitalizado, o sea, realizado mediante el uso intenso de herramientas e instrumentos de tecnología, con características similares al teletrabajo aun cuando prestado en un centro de trabajo, mientras

[477] CEDROLA SPREMOLLA, op. cit., p. 275-76.
[478] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

que, por otro lado, muchos trabajos intermediados virtualmente solo se pueden realizar o entregar en el mundo físico, demostrando ser realidades indisociables.

De esa forma, la tendencia, que la actual realidad corrobora, es aquella que apunta a una fusión constante y continua de modelos y a un trabajo flexible y volátil que, muchas veces, se puede realizar presencial o virtualmente, por lo cual la regulación debe acompañar esa característica, o sea, ser flexible en su consideración de los modelos —no en cuanto a los derechos y la necesaria protección a cualquier tipo de trabajo subordinado—, respetar la autonomía organizativa empresarial y, sobre todo, preservar la isonomía (sustancial) normativa.

2.2 Principios

Los principios constituyen valores esenciales en el ordenamiento jurídico, verdaderas directrices, de carácter más abstracto e indeterminado, estrechamente vinculadas a la noción de justicia. Sirven como punto de partida, por su función normogenética, pero también como punto de llegada, por constituir elementos importantes para la interpretación y aplicación de las demás normas.

En materia de trabajo a distancia, existen normas que expresan esos valores fundamentales, ya que pueden establecer mandamientos concretos u orientar la interpretación y aplicación de las demás normas, sirviendo, además, para solucionar omisiones y antinomias, razón por la cual, en esta investigación, esas normas se tratan como principios. Las normas a las que se hace referencia son las relativas a la voluntariedad, a la igualdad de tratamiento y no discriminación, a la desconexión y a la no territorialidad.

2.2.1 Voluntariedad

El trabajo remoto despierta el interés de los dos actores contractuales —empleado y empleador—, por lo cual se deberá convenir, a partir del consenso entre ambos, a quién cabrá sopesar las ventajas y las cargas implicadas, ya sea en el momento inicial de la contratación o durante la ejecución contractual. En términos prácticos, cabrá al empleador o al empleado proponer el teletrabajo y la contraparte tendrá el derecho de aceptar o rechazar la oferta, sin que esto cause repercusiones negativas.

En esa línea de raciocinio, el capítulo II de la LTD trata del acuerdo de trabajo a distancia. En la primera sección, se establece la voluntariedad como presupuesto de esa

modalidad laboral, impidiéndose, así, la acción unilateral del empleador (art. 41 del ET). El art. 5º de la LTD dispone:

> Artículo 5. Voluntariedad del trabajo a distancia y acuerdo de trabajo a distancia.
>
> 1. El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en esta Ley, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que pueda ser impuesto en aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva.
>
> 2. La negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial y las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia, no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (...)

La redacción adoptada incorpora la directriz previamente establecida en el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* - AMET (2002), que dictamina, en su apartado 3: "(...) El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados (...)." A pesar de enaltecer el derecho a la conciliación de la vida personal/familiar y laboral, el AMET no previó excepciones a la voluntariedad ni situaciones que dieran lugar al derecho al teletrabajo.

De esa forma, la voluntariedad es condición tanto para la implantación del trabajo a distancia (art. 5.1) como para cualquier eventual modificación sustantiva del contrato de trabajo o reversión (art. 5.3, adelante), exigiéndose la formalización, por escrito, mediante el acuerdo individual disciplinado en el art. 7º de la LTD, previamente informado.

Además de ese dispositivo, el art. 8º de la LTD reafirma la voluntariedad en la modificación del acuerdo de trabajo a distancia, imponiendo las mismas garantías exigidas en el acuerdo inicial. Al apartar la incidencia del art. 41 del ET, la LTD pone de manifiesto que la conversión al teletrabajo (y modificaciones en el acuerdo) rebasa los límites de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que la referida conversión modifica la naturaleza misma del contrato, por lo cual la doctrina la clasifica como una novación de contrato constitutiva.[479][480] A este respecto, la SAN 272/2024, de 23 de enero de 2024, que consideró el trabajo a distancia como un "(...) genuino y específico contrato de trabajo (de subespecie lo califica la LTD), que va más allá del simple establecimiento de determinadas condiciones para la prestación del servicio retribuido por cuenta ajena del art. 1 ET."[481]

[479] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES, op.cit., p. 53
[480] *Idem*, p. 105.
[481] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. SAN 272/2024, de 23 de enero de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/56d517c143ae84c8a0a8778d75e36f0d/20240214

Por lo tanto, la norma española adopta la voluntariedad de forma amplia, exigiéndola para la implantación, reversión o modificación del trabajo a distancia, pudiendo la iniciativa partir de cualquiera de las partes.

De igual manera, la norma brasileña establece el mutuo acuerdo como presupuesto del teletrabajo, ya sea en la contratación o durante la ejecución del contrato (en el cual se modifica el régimen anteriormente presencial), como dispone el art. 75-C de la CLT:

> Art. 75-C. La prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo deberá constar expresamente del instrumento de contrato individual de trabajo. (Redacción dada por la *Ley nº 14.442*, de 2022)
> § 1º Se podrá realizar la modificación entre régimen presencial y de teletrabajo siempre y cuando haya mutuo acuerdo entre las partes, registrado en apéndice del contrato. (Incluido por la *Ley nº 13.467*, de 2017)
> § 2º Se podrá realizar la modificación del régimen de teletrabajo al presencial por determinación del empleador, garantizándose un plazo de transición mínimo de quince días, con el correspondiente registro en apéndice del contrato. (Incluido por la *Ley nº 13.467*, de 2017)
> § 3º El empleador no será responsable por los gastos resultantes del retorno al trabajo presencial, en la hipótesis de que el empleado opte por la realización del teletrabajo o trabajo remoto fuera de la localidad prevista en el contrato, salvo disposición en contrario estipulada entre las partes. *(Incluido por la Ley nº 14.442*, de 2022) (traducción propia)

Sin embargo, contrariamente a lo que se verifica en la ley española, la voluntariedad prevista en la norma brasileña es mitigada al permitirse la reversión al trabajo presencial de forma unilateral por el empleador, independientemente de motivación, exigiéndose únicamente el registro contractual y un aviso previo de 15 días (art. 75-C, §2º). Así, mientras la norma española se muestra rigurosa, llegando a no permitir que el empleador determine el retorno al trabajo presencial aun cuando haya dificultades en la realización del trabajo a distancia, la norma brasileña autoriza al empleador a revocar el trabajo a distancia, en cualquier momento, sin garantizar el mismo derecho de revocación al trabajador. Luego, la ley brasileña establece la voluntariedad en el acceso al teletrabajo, pero no en la reversión al régimen presencial.

La voluntariedad para establecer el régimen de teletrabajo constituye un presupuesto lógico y natural en esa relación jurídica, ya que involucra una transformación sustancial del contrato que afecta la esfera personal del trabajador, de la misma forma que el consenso es imprescindible para que se establezca un contrato de trabajo.

Más allá de su carácter bilateral, la voluntariedad se presenta sobre todo como una garantía del trabajador[482], pues impide imposiciones unilaterales por parte del empleador,

[482] En el mismo sentido: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit, p. 106.

quien tiene el poder económico y de negociación en la relación. En efecto, el principio de voluntariedad veda la imposición unilateral del trabajo a distancia por parte del empleador, garantizando un derecho de rechazo, por parte del empleado, ante eventual propuesta de teletrabajo, sin que su negativa implique ninguna carga para él. El eventual rechazo al teletrabajo no puede motivar el despido del empleado ni la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, ni tampoco otras consecuencias no explicitadas en la norma, como la suspensión del contrato de trabajo (art. 41 del ET). Así, de la voluntariedad emerge la intangibilidad de los derechos y de las condiciones de trabajo.

Este entendimiento es reforzado por las exigencias formales establecidas por la ley (como el acuerdo expreso de teletrabajo, debidamente firmado), mediante las cuales se busca evitar abusos empresariales, así como por la previsión contenida en la parte final del art. 5.1 de la LTD de que la negociación colectiva puede establecer el derecho (subjetivo) al teletrabajo. Este derecho fue contemplado en la ley para algunas situaciones específicas, como en los arts. 23.1.*a* y 37.8 del ET español, en el art. 75-F de la CLT y en el art. 7º de la *Ley 14.457*/2022 brasileña. Otras situaciones se pueden —o, según el caso, deben— establecer por negociación colectiva en virtud de ese significativo poder, otorgado por la LTD, de transformar la facultad del teletrabajo en derecho de los trabajadores.[483]

Por otro lado, la negociación colectiva no suple la necesidad de asentimiento individual de cada trabajador; en efecto, ningún trabajador puede ser obligado a aceptar el régimen de teletrabajo. Como lo refieren GÓMEZ GORDILLO et al.: "(...) el convenio colectivo no es instrumento hábil para obligar a la persona trabajadora a acceder a dicha modalidad [del teletrabajo] o a mantenerse en ella en contra de su voluntad."[484] Esta lógica de la voluntariedad prevalece en condiciones normales, puesto que, sin duda, habrá circunstancias excepcionales —y graves— que justifiquen un teletrabajo obligatorio, como en los casos de crisis sanitarias o climáticas (tormentas de nieve, inundaciones etc.), las que se pueden contemplar en normas colectivas. Por ejemplo, la jurisprudencia validó el teletrabajo obligatorio durante la pandemia de Covid-19.[485]

En la misma línea, cabe mencionar la SAN 272/2024, de 23 de enero, al señalar que la manifestación de voluntariedad por parte de cada trabajador interesado en trabajar

---

[483] ALFONSO MELLADO, Carlos L. y Fundación 1º de Mayo. *Observatorio De La Negociación Colectiva: Políticas De Empleo, Trabajo a Distancia y Derechos Digitales*. Primera Edición. Madrid: Ediciones Cinca, 2022. p. 269.

[484] GÓMES GORDILLO, RAFAEL [et al.] *Bloque 2: Trabajo a distancia y teletrabajo en la negociación colectiva*. In: ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 268.

[485] SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. *Visión general de la regulación del teletrabajo em España: la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. In:* FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS, op. cit., p. 186.

a distancia requiere un consentimiento expreso e individualizado, plasmado en el art. 5.1 de la LTD, que no puede ser sustituido por la simple adhesión tácita a acuerdos colectivos. Bajo la égida de la voluntariedad y de lo dispuesto en la D.A.1 de la LTD (que permite la regulación colectiva de determinadas condiciones del teletrabajo), esta sentencia pone de relieve que la negociación colectiva no sustituye ni suplanta la decisión unilateral, libre e individual de cada trabajador de prestar servicios a distancia.

En esa línea de raciocinio, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS afirman que la ley establece excepciones a la voluntariedad cuando garantiza al trabajador el derecho al trabajo a distancia, lo que se puede determinar de igual forma mediante negociación colectiva. Las excepciones legales aseguran el acceso preferencial al trabajo a distancia, independientemente de la voluntad del empleador, siempre y cuando se atiendan los presupuestos legales, en estas hipótesis: cuando utilizado para viabilizar la obtención de titulación académica o profesional (arts. 23.1.*a* del ET); para víctimas de violencia de género o de terrorismo (art. 37.8 del ET); como medida de adaptación al trabajo a la persona con discapacidad (art. 25 de la *Ley 31/1995* y art. 40.2 del RDL 1/2013); y para conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 34.8 del ET), garantizándose, en este último caso, el derecho de petición y un deber de negociación por parte del empleador.[486]

Así, la voluntariedad en la adopción del teletrabajo constituye un elemento directo, lógico y pragmático. Podrán surgir eventuales dificultades en el plano fáctico, especialmente si el empleador utiliza su posición de poder en la relación contractual para imponer determinada condición, sin respetar la voluntariedad, situación en la que restará al trabajador ejercer su derecho de resistencia o recurrir a la ayuda de los mecanismos legales de solución de conflictos. La propia LTD estableció un procedimiento urgente para quejas sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia (D.F. 2ª). Esto no elimina, no obstante, las dificultades prácticas que subsisten relacionadas a la garantía de la voluntariedad, como concluye FOLGOSO OLMO:

> Sin duda, sería coherente con el propósito de garantizar plenamente la voluntariedad del trabajador, que este tuviese la seguridad de que su negativa no le terminará causando ningún perjuicio en su prestación de servicios. Ello podría haberse resuelto a través del establecimiento de una prohibición clara de despedir o de modificar condiciones, con el aseguramiento consecutivo de las necesarias medidas de garantía, que implicasen, en su caso, la declaración de la nulidad de las medidas de flexibilidad externa o interna aplicadas.[487]

[486] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 148-52.
[487] FOLGOSO OLMO, Antonio. *Insuficiencia de las medidas normativas aprobadas para asegurar la voluntariedad del acuerdo de trabajo a distancia.* In: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 110.

Sin embargo, aunque con una lógica similar, la reversibilidad del régimen de teletrabajo presenta algunos matices. Este derecho está regulado en el artículo 5.3 de la LTD:

> Artículo 5. Voluntariedad del trabajo a distancia y acuerdo de trabajo a distancia. (...)
> 3. La decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora. El ejercicio de esta reversibilidad podrá ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia al que se refiere el artículo 7.

El precepto garantiza la reversibilidad en el teletrabajo, lo que implica la prohibición de que el empresario determine la reversibilidad mediante una decisión discrecional. Sin embargo, la regulación de este derecho fue remitida a la negociación colectiva o, en su defecto, a los acuerdos individuales de teletrabajo. Destaca la sentencia del Tribunal Supremo que, con base en los artículos 1256 del Código Civil y 5.3 de la LTD, ratifica la nulidad de la cláusula estandarizada contenida en varios contratos de teletrabajo, que condicionaba la reversibilidad a las posibilidades empresariales, es decir, a un parámetro discrecional (Sentencia STS 959/2024, de 26 de junio de 2024). Se transcribe parte de la sentencia:

> 4.- La sentencia de instancia declara la nulidad del siguiente inciso de la cláusula 8, punto 2: "La empresa contestará por escrito informando de la aceptación de la solicitud en atención a sus posibilidades". Argumenta que, con ella, la decisión voluntaria del trabajador se deja condicionada a las posibilidades empresariales, en definitiva, a su personal voluntad, lo que resulta contrario al art. 1256 del CC. (...). Dicha cláusula supone que la reversión solicitada por el trabajador está condicionada a la decisión discrecional del empresario, lo que vulnera el art. 1256 del CC. Por consiguiente, procede confirmar la sentencia de instancia, que declaró la nulidad de ese inciso.[488]

En el mismo sentido, la SAN 2978/2024, de 3 de junio, declaró nula la cláusula de adhesión contenida en los acuerdos de trabajo a distancia que permitía al empresario establecer unilateralmente, por necesidades organizativas o de coordinación de proyectos, el trabajo presencial en porcentajes no superiores al 20% de la jornada mensual, por vulnerar el requisito de voluntariedad (art. 5 de la LTD) y promover la alteración unilateral del porcentaje de trabajo a distancia inicialmente pactado sin respetar lo dispuesto en el art. 8 de la LTD.[489]

---

[488] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 959/2024, de 26 de junio de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1110bf8564aa4abaa0a8778d75e36f0d/20240712

[489] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia SAN 2978/2024, de 3 de junio de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/103c75ce7e9fe6cda0a8778d75e36f0d/20240624. Consultado el 17 dic 2024.

En análisis del tema, se entiende que la reversibilidad del régimen de teletrabajo presenta matices que demandan una regulación más detallada, mostrándose insuficientes las soluciones previstas en los dos ordenamientos jurídicos estudiados, limitadas a extender la voluntariedad a la reversión del régimen. Por ejemplo, la reversión al trabajo presencial en el contrato que, en un principio, era presencial y que luego se convirtió en teletrabajo tiene contornos distintos a la situación de un contrato en el cual, desde el comienzo, se estableció el régimen de teletrabajo sin que existiera un lugar físico preexistente (al que, eventualmente, se podría volver) ni, aun, un puesto presencial disponible; un caso como este último exigirá negociación entre las partes que podrá resultar en novación de contrato.[490]

También hay situaciones excepcionales en las que la reversibilidad resulta de razones técnicas, sanitarias, de fuerza mayor o de otras causas graves ajenas a la voluntad de las partes. A título ilustrativo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña validó el despido disciplinario aplicado por desobediencia a la orden unilateral de reincorporación al trabajo presencial; en el caso se trataba de teletrabajo concedido excepcionalmente durante la pandemia de Covid-19 (regulado por el RDL 28/2020), a diferencia del régimen jurídico ordinario del trabajo a distancia, regulado por la LTD (inaplicable al caso), que exige acuerdo voluntario entre las partes (sentencia 6045/2023, de 25 de octubre).[491] En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en un caso similar (sentencia 1578/2023, de 23 de mayo).[492] Incluso se podría pensar en utilizar el mismo razonamiento para episodios más cotidianos, como el incumplimiento, por parte del trabajador, de obligaciones inherentes al teletrabajo; períodos de vacaciones o de licencias de trabajadores que demanden una reposición de la actividad presencial; o la pérdida de un cliente al que se le prestaban servicios mediante teletrabajo, la cual puede determinar que se tenga que adaptar a los teletrabajadores a las exigencias de otro cliente al que no sea viable atender por esa modalidad.

En esos contextos, es importante valerse de fuentes normativas complementarias, especialmente de las normas colectivas, o de una aplicación sistemática de las normas - incluso en lo referente al artículo 41 del ET -, para reconocer situaciones en las que sea posible la reversibilidad o la propria modificación unilateral del trabajo a distancia, en

---

[490] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 54.

[491] ESPANÃ. Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Sentencia 6045/2023, de 25 de octubre de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f31eb62922135262a0a8778d75e36f0d/20231229

[492] ESPANÃ. Tribunal Superior de Justicia de de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Social. Sentencia 1578/2023, de 23 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d43be004d18318cea0a8778d75e36f0d/20230727. Consultado el: 17 dic. 2024.

casos excepcionales y justificados, observándose los postulados de la razonabilidad y de la proporcionalidad.

En la experiencia brasileña, la previsión del art. 75-C, §2º, de la CLT no garantiza al empleador un poder arbitrario, pues la orden de reversión al trabajo presencial debe acompañarse de adecuada motivación, fundada ya sea en razones técnicas, económicas u organizacionales. Esa norma, por ejemplo, no permite utilizar el recurso del teletrabajo para simplemente favorecer a determinados trabajadores en detrimento de otros, mucho menos utilizarlo como instrumento sancionatorio. En ese sentido, hay quienes exijan la demostración de la real necesidad de la reversión como corolario de la buena fe objetiva bajo pena de caracterizar ejercicio abusivo del poder del empleador, en la misma línea del entendimiento consolidado en la *Súmula 43*[493,494] del Tribunal Superior del Trabajo (TST), relativo a la transferencia del empleado.[495]

La voluntariedad constituye un derecho irrenunciable y se debe garantizar en el momento en el que se acuerda el teletrabajo, por lo cual no se puede imponer al teletrabajador, en el contrato de trabajo, una obligación futura de pasar al régimen de teletrabajo mediante simple determinación empresarial. Habrá discusión en cuanto a la irreversibilidad, puesto que, a pesar de que también se trata de una garantía irrenunciable, la ley determina que las condiciones de reversibilidad estén previstas en norma colectiva o en el acuerdo individual de teletrabajo (arts. 5.3 y 7, *g*, de la LTD). Así, es posible acordar previamente los términos de la reversibilidad en el momento en el que se acuerda el teletrabajo, sobre todo para establecer procedimientos, plazos, motivos y repercusiones, relativizándose la autonomía individual. Algunas empresas adoptan criterios objetivos para el acceso al teletrabajo, como la existencia de un contrato por tiempo indeterminado, la antigüedad en el puesto o en la empresa, la habilidad o formación específica relacionada al uso de herramientas tecnológicas, plazos mínimos de permanencia, entre otros.[496]

En ese sentido, es posible acordar el teletrabajo por tiempo indeterminado —permaneciendo válido hasta que las partes decidan por la reversibilidad— o por plazo determinado, como de seis meses a un año, con posibilidad de prórroga. También es posible

---

[493] TST *SÚMULA 43* - TRANSFERENCIA. Se presume abusiva la transferencia de que trata el §1º del art. 469 de la CLT sin comprobación de la necesidad del servicio (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003). (traducción propia). Disponible en: https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1#void.

[494] *Súmulas* son directrices resultantes de un conjunto de decisiones tomadas con el mismo entendimiento sobre un asunto determinado, teniendo la función de uniformar la jurisprudencia de un Tribunal.

[495] PACHECO, Fábio Luiz; DESTE, Janete Aparecida. *O teletrabalho na legislação brasileira e sua multidisciplinariedade: aspectos teóricos e práticos.* São Paulo: Mizuno, 2021. p. 42-43.

[496] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 65-66.

vincular la duración del teletrabajo a circunstancias objetivas de la actividad que se realizará, como la conclusión de determinado proyecto o la atención a un cliente específico. Algunas normas colectivas, incluso, prevén un período de experiencia en el cual ambas partes evalúan la evolución del teletrabajo, pudiendo, en cualquier momento y mediante aviso previo, ejercer el derecho de arrepentimiento.[497]

A pesar de eso, esa capacidad regulatoria no se debe interpretar en el sentido de permitir a las partes, ni aunque sea de común acuerdo, establecer previamente y *ex ante,* en el acuerdo individual de teletrabajo, el derecho a revertir, en cualquier momento y de forma unilateral —sin causa objetiva—, el teletrabajo al régimen presencial, puesto que, de cierta forma, eso correspondería a una renuncia anticipada a la voluntariedad en la conversión entre regímenes, prohibida por los arts. 3.5 del ET y 9º de la CLT. De la misma forma, el acuerdo previo no puede simplemente impedir el retorno a la modalidad presencial, derecho garantizado por el principio de la voluntariedad, de acceso y reversibilidad al teletrabajo.

En esa dirección, TRILLO PÁRRAGA recuerda que el contrato de trabajo (y el acuerdo de teletrabajo) es de adhesión, puesto que las cláusulas son predefinidas por el empleador, cabiendo al trabajador solo adherir o no. Así, el empresario podrá establecer las condiciones para el ejercicio de la reversibilidad, pero no podrá, por esta vía, limitar ni restringir el ejercicio de ese derecho por parte del trabajador porque eso configuraría previa renuncia al derecho, como en el caso de que se establezca una cláusula que prevea que el empleador puede determinar unilateralmente la reversibilidad en cualquier momento.[498]

Se debe hacer una salvedad en el caso brasileño, ya que la propia ley permite la reversión al trabajo presencial de forma unilateral por parte del empleador mediante registro contractual y un aviso previo mínimo de 15 días (art. 75-C, §2º), además de exigir al empleador el deber de motivación —causa justificante— aludido anteriormente. Así, es posible acordar previamente los términos de la reversibilidad, sobre todo para establecer procedimientos, plazos, causas y repercusiones, siempre y cuando se respeten el plazo mínimo previsto en ley y la forma escrita.

El principio de la voluntariedad también se debe analizar desde la perspectiva de la igualdad de tratamiento y no discriminación para que no se utilice la voluntad doble —o no la desvirtúa— para amparar decisiones arbitrarias con respecto a la concesión del teletrabajo. Así, se entiende que la voluntariedad atrae el deber empresarial de motivar el eventual rechazo, que será válido en el contexto del ejercicio regular de ese derecho (por ejemplo, un rechazo del

[497] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 272-4.
[498] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 52.

teletrabajo cuando no hay condiciones ergonómicas adecuadas o cuando han cambiado las circunstancias objetivas que motivaron ese régimen), pero no servirá de fundamento para promover un tratamiento desigual o discriminatorio en el caso de trabajadores en condiciones idénticas o similares.

En el mismo sentido, TRILLO PÁRRAGA afirma que existe una obligación empresarial de justificar el rechazo al teletrabajo requerido por el trabajador cuando este está amparado en un derecho fundamental.[499] En ese aspecto, una vez más, la negociación colectiva, en términos generales, revela ser un importante y adecuado instrumento para establecer procedimientos, en la solicitud o reversión del teletrabajo, que exijan más transparencia y determinadas garantías, como plazos de respuesta, registros formales, reuniones, intervención sindical, supeditación a instancias revisoras y la motivación expresa de los actos.[500]

Así, ser voluntario, desde la perspectiva del empleador, significa que él tiene el poder de decidir libremente en cuanto a implantar o no el teletrabajo, en todo o en parte, por actividades o sectores, o mediante determinadas condiciones, habida cuenta de su facultad de organización del trabajo, ya que responderá por los riesgos inherentes al emprendimiento económico. Eso no supone, no obstante, un poder arbitrario de rechazo al teletrabajo —o de reversión— por criterio solo subjetivo o de forma que implique un perjuicio para el trabajador, recordándose que la ley brasileña prohíbe la modificación contractual perjudicial en los contratos de trabajo (art. 468 de la CLT), norma aplicable al teletrabajo, incluso en las hipótesis de reversión. Además, resulta implícita en el pacto de teletrabajo la cláusula *rebus sic standibus*[501], que legitima su revisión si se verifica una modificación sustancial de las premisas fácticas o jurídicas existentes al momento de la celebración.

Las legislaciones de España y de Brasil exigen que el teletrabajo se formalice por escrito en aras de la transparencia; la firma del trabajador servirá, entonces, para demostrar su anuencia (voluntariedad). Amparados en eso, hay quienes defiendan la forma escrita como requisito constitutivo cuya ausencia anularía el acuerdo de trabajo a distancia, que no se podría exigir del trabajador.[502] No obstante, se entiende que, así como la voluntariedad constituye una garantía del trabajador, la forma escrita tiene carácter probatorio en función de la carga de la documentación que cabe al empleador y que su falta no aparta la protección legal específica del teletrabajo si este es efectivamente realizado, aun mediante acuerdo verbal, ante la primacía de

[499] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 50.
[500] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 272-4.
[501] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 140.
[502] *Idem*, p. 128.

la realidad, lo que determina una presunción favorable al empleado. Además, el incumplimiento del requisito formal puede acarrear sanciones administrativas para la empresa por suponer el incumplimiento de la legislación laboral y ser considerada una infracción grave (art. 7.1 de la *Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* - LISOS).

Otra dificultad no prevista ni por la legislación española ni por la brasileña es la relativa a la posibilidad de existencia de un empleador que no cuente con establecimientos o dependencias físicas, una realidad que ha aumentado en el reciente movimiento de priorización y proliferación de ambientes digitales que afecta directamente la voluntariedad y reversibilidad que fundan el trabajo a distancia. Esto puede ocurrir tanto en empresas que, desde su origen, no poseen centros de trabajo como con empresas que deciden migrar al ambiente virtual.

La voluntariedad y la reversibilidad tienen como supuesto la existencia de locales físicos en los cuales se pueda realizar el trabajo presencial, siendo una garantía individual del trabajador la de no ser tratado de forma desigual ni ser discriminado mediante imposiciones arbitrarias sobre la realización o no del trabajo a distancia. No existiendo centros de trabajo —situación que afecta a todos los trabajadores por igual—, la voluntariedad será ejercida en el momento de la contratación, puesto que la aceptación de la oferta de trabajo en esas condiciones significa anuencia en cuanto al trabajo a distancia.

Sin embargo, cuando una empresa que posee un establecimiento y ofrece trabajo presencial decide migrar totalmente al ambiente virtual, se deberá resguardar la voluntariedad en el momento de la transición aun cuando la no aceptación del teletrabajo termine resultando en la rescisión contractual —o suspensión—, puesto que será concretamente imposible mantener el trabajo presencial en aquella empresa. Más difícil aun es el caso de cierre de algunos centros de trabajo físicos de forma tal que impida el retorno presencial al mismo lugar, pero con la posibilidad de que se asigne otro lugar distinto. En estos casos, el ejercicio de la voluntariedad por parte del trabajador no puede acarrear sanción o perjuicio, considerándose cualquier despido como una iniciativa del empleador, basada en circunstancia de la empresa (despido objetivo).

De cualquier manera, es necesario tener cautela y realizar un examen detenido en los modelos de negocios 100% digitales para comprender el sector y la actividad económica, sus características, motivaciones y otros factores, cohibiéndose que se utilice ese recurso para prácticas de *dumping social* o como forma de escapar de la regulación laboral. Como lo advierte TRILLO PÁRRAGA, por ejemplo, la ausencia de un centro de trabajo, con el consecuente

trabajo remoto obligatorio, no se debe confundir ni utilizar para sustentar la naturaleza autónoma de la relación laboral.[503]

Por último, por tratarse de un principio general del teletrabajo, la voluntariedad debe exigirse para todo y cualquier trabajo digital, revelándose una norma de naturaleza intrínsecamente digital.

2.2.2 Igualdad de tratamiento y no discriminación

La igualdad de condiciones entre el teletrabajador y los trabajadores presenciales constituye un presupuesto lógico garantizado por el principio de isonomía y de la no discriminación. En definitiva, habrá prestación de trabajo y trabajadores, independientemente del lugar en el que se realice (fuera o dentro de las dependencias del empleador) o del medio por el cual se realice o entregue el trabajo (virtual o presencial). La mera utilización de medios de comunicación digitales o de herramientas tecnológicas en el flujo de trabajo no modifica su naturaleza, debiendo preservarse todos los derechos garantizados a los trabajadores por el simple hecho de que realizan su labor. En ese sentido, se comparte el pensamiento de KROST:

> En primer lugar, no es de hoy que sostengo que no existe "teletrabajo" como categoría ontológicamente autónoma. Lo que existe y siempre ha existido es el trabajo, que se puede realizar dentro o fuera de las dependencias del empleador.
> Lo que puede ser "tele" no es el trabajo en sí, sino su resultado, transmitido por vía telemática. Sin embargo, esta posibilidad no modifica el modo de hacer y nada impide que la remesa ocurra por medio físico (CD, DVD o *pendrive*, por ejemplo).[504] (traducción propia)

Sin embargo, se reputa importante la previsión de normas de refuerzo de ese principio general de igualdad de tratamiento y no discriminación en el contexto del trabajo remoto. Más que eso, la igualdad constituye la génesis y canon de las leyes que rigen el teletrabajo, creadas justamente para garantizar —y adaptar—, en esta modalidad laboral, los derechos y condiciones históricamente previstos en la legislación laboral, estructurada para el trabajo presencial.

---

[503] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 37.
[504] KROST, Oscar. *A divina comédia teletrabalhista.* Julho/2022. Disponible en: https://direitodotrabalhocritico.com/2022/07/11/a-divina-comedia-teletrabalhista.

Se ha hecho hincapié en este principio desde la regulación del trabajo a distancia, como consta en el art. 4º del *Convenio nº 177* de la OIT, cuyo primer apartado establece una norma general de igualdad de trato:

> Artículo 4.
> 1. En la medida de lo posible, la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa. (…) [505]

El segundo apartado hace énfasis en ciertos aspectos del principio de igualdad de trato que deben ser fomentados por su relevancia en el contexto del trabajo a domicilio. A saber: el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; la remuneración; la protección por regímenes legales de seguridad social; el acceso a la formación; la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; y la protección de la maternidad.

Aunque se haya elaborado en otro contexto, es interesante notar que la parte final del art. 4.1 citado permite, a fines de preservar la igualdad, una comparación de condiciones con trabajadores que lleven a cabo trabajos idénticos o similares en otras empresas, lo que, en la actual realidad, puede servir de parámetro para casos que involucren empresas que cuentan exclusivamente con trabajadores virtuales. Además, el dispositivo impone un juicio de ponderación al garantizar los mismos derechos "teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio" —expresión que también se adopta en el AMET—, lo que permite tanto una adaptación de las condiciones a la realidad del trabajo a distancia (mobiliario, infraestructura y equipos) como la supresión de derechos u obligaciones vinculadas a la presencialidad.

Al amparo del mismo principio se edificó el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* (2002), que, en su art. 4º, prevé:

> 4) Condiciones de empleo
> En lo que afecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos.

[505] OIT. *Convenio sobre el trabajo a domicilio*, 1996 (núm. 177). Disponible en: https://www.ilo.org

Además de esa regla general, el principio de igualdad aparece en otras disposiciones, abarcando tres aspectos principales: la carga de trabajo (art. 9º); el derecho a la formación y a la promoción profesional (art. 10); y derechos colectivos, en especial el derecho de representación en la empresa (art. 11).[506]

Desde su "Exposición de Motivos" (ítem IV), la LTD española exalta el principio de la igualdad de tratamiento y de oportunidades como sustentáculo sobre el cual se erigió esta legislación especial, destinada a "(...) llenar el vacío normativo que existe, igualando el tratamiento jurídico en los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo".

En su texto, el art. 4º de la LTD —que forma parte del capítulo inicial, relativo a las disposiciones generales— concreta ese principio al prever expresamente la igualdad de tratamiento y de oportunidades y la no discriminación en el trabajo a distancia. Conviene citar una parte de la SAN 3415/2024 que, basándose en la jurisprudencia constitucional, aborda la distinción entre el principio general de igualdad y el principio de no discriminación, en los siguientes términos:

> Conviene recodar, como punto de partida, que la igualdad ante la ley implica el derecho de los sujetos a obtener de la norma jurídica laboral (leyes, reglamentos o convenios colectivos), un trato igual, entendido como respuesta o consecuencia jurídica igual para supuestos de hecho iguales. Sin embargo, no existe un mandato de igualdad absoluto, pues no toda diferencia de trato en el ordenamiento jurídico está prohibido, sino sólo el que está desprovisto de una justificación objetiva y razonable (TCo 63/1984; 197/2003). (...) Así pues, no toda diferencia de trato constituye una discriminación y, por lo tanto, no debe confundirse el principio general de igualdad con el principio de no discriminación. El principio de igualdad compara situaciones presumiblemente iguales a las que se dispensa un trato diferente sin justificación, mientras que la interdicción de discriminación hace referencia esencialmente a supuestos en los que la causa del trato menos favorable coincide, directa o indirectamente, con las identificadas por el legislador como prohibidas. (...)[507]

El art. 4º de la LTD contempla cinco apartados que subdividen la cuestión del siguiente modo: la igualdad de derechos (apartado 1), la protección contra los perjuicios (apartado 2), la prevención a la discriminación (apartado 3), la protección frente al acoso (apartado 4) y los derechos a la conciliación y la corresponsabilidad (apartado 5).

El art. 4.1 de la LTD asegura la igualdad de condiciones de trabajo como una cláusula general —que repercute en los demás apartados y normas— y, en su parte final, agrega

[506] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 92-3.
[507] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia SAN 3415/2024, de 28 de junio de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/22d8a07292b8abb9a0a8778d75e36f0d/20240711. Consultado el: 17 dic. 2024.

y resalta expresamente la igualdad en lo que dice respecto a la retribución, a la estabilidad en el empleo, a la jornada de trabajo y a la formación y promoción profesional, en los siguientes términos:

> Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación.
>
> 1. Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional.
>
> Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, las personas que desarrollan total o parcialmente trabajo a distancia tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones, así como los complementos establecidos para las personas trabajadoras que solo prestan servicios de forma presencial, particularmente aquellos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo.

La norma general de igualdad de condiciones ya estaba prevista en la redacción anterior del art. 13.3 del ET, pero el nuevo dispositivo de la LTD es más enfático y amplio, incluso por agregar una prohibición expresa de que el teletrabajador sufra cualquier perjuicio en sus condiciones de trabajo.[508]

Al comentar el dispositivo, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS aducen que la norma utiliza un módulo comparativo hipotético —demostrado por el tiempo verbal aplicado— que permite comparaciones hipotéticas de diversos órdenes para viabilizar la paridad de tratamiento propagada. Los autores concluyen:

> Tal entendimiento de la igualdad sustentada en el módulo comparativo hipotético permite aplicar el juicio de igualdad aunque no haya un comparativo real dentro del personal de la empresa porque toda la plantilla trabaje a distancia, y solventa las dificultades de identificar de modo preciso un comparador real cuando no hay personas trabajadoras presenciales del grupo o categoría profesional igual o similar a quienes trabaja a distancia.[509]

Se observa que el segundo párrafo del art. 4.1 de la LTD realza la isonomía en materia remuneratoria garantizando al teletrabajador la misma remuneración de su categoría profesional, nivel, puesto y función, así como garantiza los mismos complementos salariales, exceptuándose los estrictamente vinculados al trabajo presencial, como gastos con transporte, estacionamiento, prestaciones adicionales vinculadas a una situación relacionada con el lugar físico de trabajo (como insalubridad y peligrosidad) o uniforme, si es el caso.

---

[508] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 31.

[509] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 96.

Hay un debate sobre la adjudicación de la prestación por alimentación: se discute si estaría vinculada a la comparecencia presencial en el centro de trabajo. En este aspecto, se comparte la posición doctrinaria de que se deba mantener tal ayuda a fin de preservarse una equiparación real de las condiciones de trabajo y evitarse cambios en el *status* jurídico del trabajador, impidiéndose, así, discriminaciones.[510] Lo ideal es que la norma colectiva prevea la extensión de ese y otros beneficios para que no haya distinciones salariales ni tratamientos dispares, desestimulándose, así, el surgimiento de conflictos laborales que, la mayoría de las veces, se fundan en esa materia.

Aunque en un contexto fáctico distinto y peculiar, el Tribunal Supremo (Sentencia 491/2024, de 20 de marzo de 2024) rechazó la equiparación, para los teletrabajadores, de la compensación por alimentos abonada a los trabajadores presenciales durante la pandemia del Covid-19, por entender que la igualdad de trato no se aplica frente a esta situación dispar. Antes de la pandemia, la compensación sólo se abonaba a los trabajadores presenciales con jornada partida. Con la llegada de la pandemia y la priorización del teletrabajo, aquellos que empezaron a trabajar a distancia dejaron de percibir esta ayuda. Se destacan los motivos adoptados por el Tribunal:

> 4. En todo caso y sea como fuere, como bien afirma la sentencia recurrida, no se puede pretender untrato "idéntico" entre los trabajadores presenciales y no presenciales en la materia que nos ocupa de lacompensación por comida de los trabajadores con jornada partida que no trabajaron presencialmente.
> Y ello porque, así como los trabajadores con jornada partida que trabajaron presencialmente tenían querealizar la comida necesariamente fuera de sus domicilios (y es este gasto al que subviene la compensaciónpor comida), no sucede lo mismo, por el contrario, con los trabajadores con jornada partida. Estos últimosteletrabajaron toda la jornada en sus domicilios y pudieron, así, realizar la comida en sus propios domicilios,por lo que no estaban en la misma posición que los primeros, que precisamente no podían efectuar la comidaen sus domicilios. Consta, por lo demás, que la empresa no abonaba esta compensación a quienes teletrabajaban antes de lapandemia del coronavirus y que la cantidad de 11,10 euros se abonó a los trabajadores presenciales por díatrabajado, lo que expresa bien su clara naturaleza extrasalarial.(...)[511]

En otro caso relacionado con el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al teletrabajo, la SAN 3415/2024, de 28 de junio, examinó la alegación de discriminación por la exclusión de los trabajadores regidos por convenio colectivo de la posibilidad de teletrabajar -en su domicilio- durante periodos determinados, como verano y Navidad, beneficio que sólo era concedido a los trabajadores fuera del régimen del convenio.

[510] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 31.
[511] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 491/2024, de 20 de marzo de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/5dca6532d9cc4751a0a8778d75e36f0d/20240412

Sin embargo, el Tribunal concluyó que no existía vulneración al principio de igualdad (art. 14 de la CE y art. 4 de la LTD) por considerar que la diferencia de trato estaba justificada por circunstancias objetivas y razonables. En particular, destacó la existencia de un régimen contractual diferenciado, pactado previamente y con responsabilidades distintas, entre los trabajadores amparados y los no amparados por el convenio colectivo, disfrutando estos últimos de mayor flexibilidad, jornadas irregulares y mayores responsabilidades.[512]

En el art. 4.2 de la LTD, a su vez, se prohíbe que el teletrabajador se vea perjudicado o que sus condiciones de trabajo sean modificadas en razón de dificultades, cuestiones técnicas u otras causas no imputables al trabajador, en los siguientes términos:

> Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. (...)
> 2. Las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo. (…)

Aunque haga hincapié en el teletrabajo, este dispositivo refleja el principio de la alteridad que, de modo general, imputa al empleador la carga por eventuales dificultades técnicas u operativas en la realización del trabajo, en los casos en los que no se verifique culpa del trabajador. Así, este no podrá salir perjudicado de la situación para la cual no colaboró, ya sea en el trabajo presencial o en el teletrabajo. De la misma forma que un corte de energía eléctrica puede impedir el trabajo presencial, sin que eso resulte en perjuicio para el trabajador, el mismo tratamiento se debe dar al teletrabajo, como, por ejemplo, cuando ocurre una caída o inestabilidad del sistema o de la conexión o, aun, de la energía eléctrica.

En este sentido, el Tribunal Supremo dictaminó - sobre la base del RDL 28/2020, cuyo artículo fue repetido en la LTD - que el tiempo de inactividad causado por incidencias externas debe computarse como tiempo efectivo de trabajo, correspondiendo al trabajador justificar la ocurrencia ante la empresa (Sentencia 565/2023, de 19 de septiembre de 2023). Cabe destacar la siguiente parte de la sentencia:

> A la vista de esta previsión legal, es indudable que el tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser de peor condición que las del trabajo presencial de forma que si en el caso presente, los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de trabajo de la demandada no conlleva que sus trabajadores presenciales deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario,

[512] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia SAN 3415/2024, de 28 de junio de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/22d8a07292b8abb9a0a8778d75e36f0d/20240711. Consultado el: 17 dic. 2024.

> tampoco ello puede afectar a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo, tal y como ha entendido la sentencia recurrida. Y a ello no se opone el que en el caso del trabajo presencial se pudiera ocupar ese tiempo de interrupción de la actividad en formación ya que, al margen de que ello no está declarado probado, resulta que el art. 9 del RDL 28/2020, como no podía ser de otra forma, también contempla el derecho a la formación del personal que trabaja a distancia con lo cual, de seguir el criterio de la parte recurrente, lo que coherente es seguir ese mismo criterio y no obligar a recuperar el tiempo de inactividad o descontarlo del salario. (...) [513]

El tercer apartado del art. 4º de la LTD está dedicado a la prevención de la discriminación:

> Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. (…)
> 3. Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, edad, antigüedad o grupo profesional o discapacidad, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, asegurando la igualdad de trato y la prestación de apoyos, y realizando los ajustes razonables que resulten procedentes.
> Igualmente, las empresas están obligadas a tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad. (…)

Así, en ello se establece una cláusula general contra cualquier discriminación, directa o indirecta, en especial contra la discriminación en razón de sexo, edad, antigüedad, grupo profesional o discapacidad, de lo que se extrae que constituyen factores de discriminación potenciados en la realidad del teletrabajo. Por otro lado, el segundo párrafo de este dispositivo impone la consideración de los teletrabajadores y de sus condiciones de trabajo en los planes de igualdad. Se infiere que con eso se hace referencia a un plan relativo a la igualdad de género, único previsto en la ley española, pero se considera adecuada la interpretación de la norma en un sentido más amplio, que contemple las condiciones personales y laborales de las personas en trabajo a distancia para cualquier medida o plan de igualdad de cualquier clase.[514]

El plan de igualdad con medidas para evitar la discriminación entre hombres y mujeres en el trabajo es impositivo para empresas con más de 250 trabajadores, lo que no exime a las demás empresas de adoptar esas medidas prevencionistas, independientemente de que no estén obligadas a adherir al plan.[515] De conformidad con el art. 4.3 de la LTD, esos planes de igualdad deberán tener en cuenta las circunstancias inherentes al trabajo a distancia, si existe en la empresa, y, además, se entiende que la norma invita a las empresas que adoptan el teletrabajo a elaborar un plan de igualdad específico para esta modalidad laboral,

[513] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 565/2023, de 19 de septiembre de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/386c0c55c863de51a0a8778d75e36f0d/20231006
[514] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 112.
[515] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 179.

considerando sus características y las respectivas condiciones personales, familiares y de trabajo de los trabajadores.

En esa dirección y resaltando la preocupación sobre esa noción —casi idílica— de que el teletrabajo siempre fomentaría la conciliación entre la vida familiar y profesional, presente en diversas normativas, afirma GALA DURÁN:

> Aplicando esta lógica a los planes de igualdad, a nuestro entender, estos deberán estar muy atentos a cuestiones como quiénes teletrabajan en la empresa y en qué categorías profesionales —porcentaje hombres/mujeres y sus perfiles (edad, causa del paso al teletrabajo, si son teletrabajadores a tiempo parcial o a tiempo completo, tiempo que llevan teletrabajando, categoría o perfil profesional…)—, que no se excluyan del teletrabajo determinados puestos de trabajo de la empresa (aunque objetivamente sean teletrabajables, como el caso de los puestos directivos), posibilidades de promoción de los teletrabajadores y de desarrollo de su carrera profesional en condiciones de igualdad, condiciones laborales de los mismos (política de formación, organización del tiempo de trabajo, remuneraciones y compensaciones de gastos, derecho a la desconexión digital adaptado…), posibilidades reales de conciliación de su vida laboral y familiar, cómo se articula la reversión del teletrabajo en la empresa, fomentar la puesta en marcha de medidas de corresponsabilidad para evitar sesgos de género en el teletrabajo en la empresa (fijando, por ejemplo, una puntuación mayor o una preferencia mayor en el caso de que se trate de hombres que solicitan el teletrabajo para cuidar de sus hijos o familiares dependientes), etc. Como venimos señalando, la visión del plan de igualdad —o de las medidas de igualdad si aquel no existe— debe adaptarse a la realidad del teletrabajo y dirigirse particularmente a fomentar no solo la conciliación sino también la corresponsabilidad.[516]

Respecto a los derechos de conciliación y corresponsabilidad, el art. 4.5 de la LTD establece:

> Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. (...)
> 5. Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar. (…)

En este artículo se reafirman, en cuanto al trabajo a distancia, los mismos derechos en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluso en lo que se refiere a la adaptación de la jornada para conciliar la vida personal/familiar y el trabajo (art. 34.8 del ET), ya que esta compatibilización es tan o más importante en el teletrabajo que en el trabajo presencial, a pesar de que el teletrabajo sea constantemente referido como fomentador de esa conciliación. Se recuerda que con el derecho de conciliación se busca garantizar el equilibrio entre el trabajo y la vida privada, personal o familiar (deberes de cuidado y cumplimiento de

[516] GALA DURÁN, Carolina. *Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿solución o trampa? In:* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.] op. cit., p. 293-294.

las responsabilidades familiares), especialmente en lo relacionado a la distribución del tiempo dedicado a cada ámbito de forma tal que una no se superponga a la otra.[517]

En ese sentido, TRILLO PÁRRAGA afirma que "(...) en algunas ocasiones las necesidades de conciliación se incrementan en contextos de trabajo a distancia, particularmente cuando coinciden con el cuidado de personas dependientes".[518] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS llaman la atención hacia la importancia de que los teletrabajadores no sufran restricciones o limitaciones —en comparación con el trabajador presencial— en cuanto al reconocimiento o goce de los derechos de conciliación (como la flexibilidad horaria) en virtud de la cercanía (o incluso coincidencia) de los espacios de trabajo y el ambiente personal/familiar y de cuidado.[519] Un mismo y único lugar pasa a albergar lugares otrora distintos (trabajo, competitividad y productividad *versus* descanso, ocio y vida privada)[520], lo que puede aportar facilidades para la conciliación (como la disposición del tiempo que antes se utilizaba para desplazamientos), pero también dificultades que demandan atención.

Aunque los derechos examinados ya estén reconocidos en la propia *Constitución* o en otras leyes, siempre es importante el realce que le otorga la LTD (a despecho de la técnica jurídica), reforzando la norma general de equidad en el contexto del teletrabajo —o aun como una reafirmación política de ese principio— y, por sobre todo, redoblando la atención hacia temas significativos, como es el caso de la violencia de género y del acoso sexual, moral o por causa discriminatoria, tal como establece el artículo 4.4 de la LTD:

> Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. (…)
>
> 4. De conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.
>
> En la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas. (…)

Esto porque el acoso y la violencia, del tipo que sean, también se pueden practicar en el ambiente digital y por medios virtuales e, incluso, muchas veces, ser facilitados por el uso de herramientas tecnológicas de la información y de la comunicación, como se

[517] GALA DURÁN, op. cit., p. 289.
[518] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 41.
[519] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 121.
[520] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 301.

reconoce en el *Convenio nº 190* de la OIT, y por la mayor informalidad de ese ambiente y de los medios de interacción y de comunicación. La Directiva (UE) 2024/2831, al proteger la salud física y mental de los trabajadores de las plataformas digitales (art. 12), prohibió expresamente que los sistemas automatizados de monitorización y toma de decisiones ejerzan presión indebida sobre los trabajadores, exigiendo medidas preventivas frente a la violencia y el acoso.[521]

La igualdad, especialmente en temas como la discriminación, el acoso y la violencia, no se restringe a obstar esas prácticas, sino que impone un deber empresarial positivo al adoptar medidas efectivas tendientes a su prevención (como códigos de conducta, campañas y entrenamientos) y de protección a las víctimas en eventuales sucesos (como protocolos para denuncias y atención de casos, asistencia a la víctima y castigo de los agresores).

Además de la norma general prevista en el art. 4º, hay otros dispositivos de la LTD que garantizan el principio de la isonomía en temas específicos, como los arts. 9.1 (sobre el derecho a la formación), 13 y 14 (sobre la extensión de las normas de registro y horario flexible), 15 (sobre la prevención de los riesgos laborales), 17 (sobre el derecho a la intimidad y a la protección de datos), 18 (sobre el derecho a la desconexión digital), 19.1 (sobre derechos colectivos), entre otros, todos los cuales se examinarán a lo largo de este trabajo, en el capítulo correspondiente a cada materia.

En Brasil, la igualdad de tratamiento y la no discriminación en el trabajo a distancia están previstas en el art. 6º de la CLT, norma anterior —incluida por la *Ley 12.551*/2011— y situada fuera del capítulo del teletrabajo. El texto de la ley versa:

> Art. 6º No se distingue entre el trabajo realizado en el establecimiento del empleador, el ejecutado en el domicilio del empleado y el realizado a distancia, siempre y cuando estén caracterizados los presupuestos de la relación de empleo. (Redacción dada por la *Ley nº 12.551*, de 2011)
> Párrafo único. Los medios telemáticos e informatizados de dirección, control y supervisión se equiparan, para fines de subordinación jurídica, a los medios personales y directos de dirección, control y supervisión del trabajo ajeno. (Incluido por la *Ley nº 12.551*, de 2011) (traducción propia)

A pesar de esta cláusula general, las demás normas relativas al teletrabajo no enfatizan —expresamente— la proclamada igualdad de tratamiento entre trabajadores presenciales y teletrabajadores. Al contrario, la regulación buscó apartar el control de la jornada (art. 62, III, de la CLT) y hacer depender temas relevantes de pactos individuales entre

[521] UNIÓN EUROPEA. *Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales.* Disponible en: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/2831/oj. Consultado el: 24 nov. 2024.

empleador y empleado (como los gastos con equipos e infraestructura), contradiciendo el principio protectivo que fundamenta el ordenamiento jurídico-laboral. De esta forma, son constantes los debates acerca de antinomias entre el art. 6º de la CLT y las demás normas que regulan el teletrabajo, como se analizará más adelante en cada tema tratado.

De esa forma, la norma brasileña se sitúa a contrapelo de las demás normas de teletrabajo (internacionales, europeas y españolas), concebidas y estructuradas a partir de la igualdad, principio del cual derivan los demás preceptos que, en síntesis, buscan promover la equiparación de derechos y de condiciones de trabajo entre las modalidades laborales, con adaptación de los elementos más distintivos, justamente como forma de adecuar todo un ordenamiento jurídico-laboral creado y pensado para el trabajo presencial.

Además, al remitir temas relevantes a la negociación individual, la ley brasileña consiente con lo que, justamente, debería prohibir, a saber, la posibilidad de que se establezcan condiciones de trabajo peores en aspectos importantes, sin las garantías existentes en el trabajo presencial, creándose una injusta y temeraria asimetría, además de desconsiderarse el principio protectivo y de contribuir al desequilibrio ínsito a las relaciones de trabajo. Así, la nueva ley ya nació obsoleta al estar fundada en la autonomía de la voluntad individual —y no en la igualdad—, criterio que se utilizó en los primeros modelos legislativos, en los cuales el teletrabajo representaba una figura excepcional, a diferencia de lo que sucede en la realidad actual, en la cual el trabajo digital es cada vez más común y no cesa de fortalecerse.

Uno de los grandes desafíos en la promoción de la igualdad de condiciones en el teletrabajo consiste en determinar cuáles serían los derechos "inherentes" al trabajo presencial, como previsto, por ejemplo, en el art. 4.1 de la LTD. O sea, en un panorama en el cual se pretende concretar el objetivo mayor de igualdad de condiciones y la equiparación entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia, evitándose al máximo toda y cualquier diferenciación entre regímenes, ¿cuáles serían los elementos distintivos que justificarían un tratamiento normativo diferenciado?

En lo que respecta a la LTD, los derechos inherentes al teletrabajo serían los dispuestos en el capítulo III, divididos en estos grupos: derecho a la carrera profesional (sección 1ª); derechos relativos a gastos y equipos (sección 2ª); derechos relativos a la jornada de trabajo (sección 3ª); prevención de los riesgos laborales (sección 4ª); derechos relacionados al uso de medios digitales (sección 5ª); y derechos colectivos (sección 6ª). El *Convenio nº 177* de la OIT, a su vez, enumeró estos derechos (art. 4.2): derechos de libertad sindical y negociación colectiva; protección contra la discriminación en el empleo; protección en materia de salud y seguridad laboral; remuneración; previsión social; acceso a la formación; respeto a la edad

mínima para el trabajo; y protección a la maternidad. De esa enumeración se desprende que, más allá de encuadrarse como normas distintivas del teletrabajo, esas materias conllevan, en realidad, un riesgo potencial de discriminación y de tratamiento desigual, lo que justifica la atención que le otorgan estas normativas.

En el contexto en el que el teletrabajo se presenta como una modalidad flexible y dinámica, con frecuentes modelos híbridos, permanece intrincada una división estanca de estatutos y regulaciones, siendo impositiva *(i)* la paridad de condiciones como regla, *(ii)* una interpretación restrictiva en el examen de las normas inherentes al trabajo presencial y, de un modo general, *(iii)* la aplicación sistemática y armónica de las reglas especiales del teletrabajo con las demás normas laborales, dada la simbiosis necesaria reflejada en la realidad laboral de actividades presenciales y virtuales.

Una de las implicaciones del principio de la igualdad en el teletrabajo es la inversión de la carga de la prueba. Cabrá al empleador la carga de la prueba en cuestiones relacionadas a alegaciones de tratamiento desigual, puesto que se presume la paridad de derechos. Así, al promover un tratamiento desigual entre trabajadores presenciales y remotos, cabrá al empleador indicar y demostrar los elementos distintivos que justifican dicho tratamiento diferenciado, el cual, como se ha visto, se deberá revestir de carácter excepcional y circunscrito —con interpretación restrictiva—, para aquellas condiciones efectiva y verdaderamente disímiles, ante el deber de equiparación —al máximo— de todos los derechos y condiciones de trabajo.

La no discriminación también presenta importante vertiente positiva (discriminación lícita o justificada) en el sentido de implantar medidas y acciones afirmativas para promover la igualdad —real y material— de condiciones y combatir injusticias en un mundo repleto de desigualdades sistémicas en pro de la diversidad y de la inclusión.

El art. 75-F de la CLT establece una prioridad para el teletrabajo a los empleados con discapacidad o con hijos de hasta 4 años, como medida positiva de enfrentamiento de la discriminación ante ese grupo de trabajadores. He aquí la redacción de la norma:

> Art. 75-F. Los empleadores deberán dar prioridad a los empleados con discapacidad y a los empleados con hijos o niños bajo guarda judicial de hasta 4 (cuatro) años de edad en la asignación de vacantes para actividades que se puedan efectuar por medio del teletrabajo o de trabajo remoto. (Incluido por la *Ley nº 14.442*, de 2022) (traducción propia)

En España, aunque no haya previsión expresa, es posible postular el derecho al trabajo a distancia como medida necesaria para la adaptación al trabajo de la persona con discapacidad, en los términos del art. 25 de la *Ley 31/1995* y del art. 40.2 del RDL 1/2013, lo que también encuentra respaldo en el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 34.8 del ET).[522] En la misma línea se encuentra el RDL 5/2023, de 28 de junio, complementado por el RDL 2/2024, de 21 de mayo, que refuerzan las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, entre las que se incluye el trabajo a distancia.

También la *Ley 14.457*/2022, de 21 de setiembre, que instituyó el *Programa Emprega Mais Mulheres* [Programa Emplea Más Mujeres] en Brasil, incluyó el teletrabajo como medida de apoyo a la parentalidad por medio de la flexibilización del régimen de trabajo (art. 1º, II, "a"), al conceder acceso prioritario a esa modalidad para los trabajadores con hijos, hijastros o niños bajo guarda judicial de hasta 6 años de edad o con discapacidad (art. 7º), siempre y cuando haya voluntad expresa del trabajador (art. 22). El texto dispone:

> Art. 7º En la asignación de vacantes para las actividades que se puedan efectuar por medio de teletrabajo, trabajo remoto o trabajo a distancia, en los términos del Capítulo II-A del Título II de la Consolidação das Leis do Trabalho, aprobada por el Decreto-Ley nº 5.452, de 1º de mayo de 1943, los empleadores deberán otorgar prioridad:
> I - a las empleadas y a los empleados con hijo, hijastro o niño bajo guarda judicial de hasta 6 (seis) años de edad; y
> II - a las empleadas y a los empleados con hijo, hijastro o persona bajo guarda judicial con discapacidad, sin límite de edad.[523] (traducción propia)

En la misma línea legislativa, el *Real Decreto-ley 6/2019*, de 1º de marzo, que trata de la garantía de igualdad de tratamiento y de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, modificó el art. 34.8 del ET —expresamente referido en el art. 4.5 de la LTD—, para destacar la importancia del trabajo a distancia en la concreción del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

El artículo reconoce expresamente el derecho de los trabajadores a adaptar su jornada laboral, reforzando su posición jurídica, especialmente en contextos de desigualdad derivados de la sobrecarga que supone el cuidado de la familia. La norma garantiza a las personas trabajadoras el derecho a solicitar cambios relacionados con la duración y distribución de la jornada laboral y formas de prestación del trabajo, haciendo hincapié en la implantación del teletrabajo, en los siguientes términos:

---

[522] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 152.
[523] BRASIL. *Lei 14.457*, de 21 de setembro de 2022. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm

> Artículo 34. Jornada. (...)
> 8. Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. (...)

Por tanto, la norma garantiza al trabajador, de forma general, el derecho a solicitar —y el deber del empleador de negociar— el trabajo a distancia para la conciliación de la vida familiar y laboral.

Ese derecho a la adaptación está extendido a los trabajadores con responsabilidades de cuidado, es decir, con hijos menores de 12 años o mayores, cónyuges, parientes cercanos y otras personas dependientes con las que convivan y necesiten cuidados. El planteamiento refleja una visión humanista, acorde con los principios de solidaridad social y responsabilidad familiar, pero también impone la carga de justificar y probar tales condiciones, por lo que es esencial que este procedimiento se lleve a cabo con discreción y prudencia, dado que se trata de cuestiones personales de carácter delicado. La norma dice lo siguiente:

> Artículo 34. Jornada. (...)
> En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.
> Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición. (...)

En esta línea, el precepto enfatiza la negociación colectiva como instrumento hábil para regular el ejercicio de este derecho, garantizando que los criterios adoptados no provoquen discriminaciones directas o indirectas, especialmente en relación con las mujeres, que suelen asumir una carga desproporcionada cuando se trata del cuidado familiar, veamos:

> Artículo 34. Jornada. (...)
> En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.
> Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará

> la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión. (...)

Aunque, por su finalidad, se trate de un derecho garantizado a los progenitores y cuidadores, obviamente apunta a la superación de las dificultades para conciliar la vida familiar y laboral que enfrentan sobre todo las mujeres en un escenario en el cual persisten prejuicios y disparidades de género en lo que atañe al trabajo y a las responsabilidades familiares.

En este sentido, recordamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sentencia 4011/2023, de 24 de mayo de 2023), que reconoció el derecho del trabajador a mantener el teletrabajo (iniciado durante la pandemia) como forma de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 del ET). El Tribunal destacó el teletrabajo como una herramienta práctica de conciliación de la vida familiar, ya que permite flexibilizar la organización y adaptación del tiempo de trabajo en sectores en los que el trabajo presencial no es imprescindible, y también defendió la primacía del derecho (individual) a la conciliación sobre los intereses genéricos de la empresa -de carácter organizativo o productivo-, especialmente en ausencia de pruebas objetivas de perjuicio para el servicio.[524] En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencia 2427/2024, de 24 de abril) ratificó la sentencia de instancia que reconocía a una trabajadora el derecho a trabajar a distancia para conciliar su vida familiar y profesional, refutando, por falta de pruebas objetivas, los argumentos de la empresa de que concurrían razones organizativas y productivas en su conducta. También se condenó a la empresa al pago en concepto de indemnización por daños morales, al calificarse como discriminación indirecta por razón de sexo.[525]

La solicitud por parte del trabajador obliga a que se abra un proceso de negociación en la empresa, basado en la buena fe, cuyo resultado se deberá comunicar por escrito, debidamente fundamentado, ya sea en el sentido de acoger o de denegar la petición, con indicación de las razones organizacionales y demostración de la ausencia de discriminación o vulneración de otros derechos en la decisión tomada.

Por último, el dispositivo también garantiza la reversibilidad del acuerdo y la resolución de los posibles litigios por la jurisdicción social, en los siguientes términos:

---

[524] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia da Galicia. Sentencia 2554/2023, de 24 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eeaf5309e6583702a0a8778d75e36f0d/20230630

[525] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia 2427/2024, de 24 de abril de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84007f5925448419a0a8778d75e36f0d/20240605

> Artículo 34. Jornada. (...)
>
> La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.
>
> En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.
>
> Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis.
>
> Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Así, el trabajador tendrá derecho a regresar a su condición anterior al término del periodo acordado o cuando cesen las causas que originaron la solicitud, salvo que se produzca un cambio de circunstancias que justifique objetivamente la denegación del derecho a la reversibilidad. Este precepto busca incentivar y promover la confianza de los trabajadores en el ejercicio de su derecho a la conciliación, ya que es común el temor a que la adhesión a estas medidas pueda poner en peligro su posición en el empleo o su carrera profesional. Por tanto, el art. 34.8 del ET representa una norma progresista que promueve el equilibrio entre la vida personal y profesional, especialmente en el actual escenario de creciente flexibilidad en la actividad laboral. Sin embargo, su eficacia depende de una aplicación ponderada y de unas directrices que garanticen la equidad en su aplicación.

El *Real Decreto-ley 6/2019,* de 1º de marzo, aunque sea anterior, está afinado con la *Directiva (UE) 2019/1158* del Parlamento Europeo y del Consejo[526], aprobada meses después del *Real Decreto-ley* y relativa a la conciliación entre la vida profesional y familiar de los progenitores y cuidadores. En el art. 9º, la *Directiva* garantiza la adopción de regímenes de trabajo flexibles para progenitores (hasta que los hijos cumplan, por lo menos, ocho años) y cuidadores. Dentro de esos regímenes, se encuadra el teletrabajo, a pesar de que no estar mencionado expresamente en la norma.

Pero es necesario estar atento a los efectos del teletrabajo, porque, aunque pueda ser un importante instrumento de inclusión —para personas con discapacidad, adultos mayores, embarazadas y madres lactantes, progenitores, cuidadores etc.—, también puede terminar siendo un grave factor de discriminación. Como ya se ha visto, si la regulación no garantiza igualdad de derechos y condiciones entre el teletrabajo y el trabajo presencial, las personas que potencialmente se podrían beneficiar con el teletrabajo pueden convertirse en

[526] UNIÓN EUROPEA. *Directiva (UE) 2019/1158* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1158.

trabajadores de segunda clase, con menos derechos o peores condiciones, retrocediéndose, en los hechos, a normativas del siglo pasado que excluían el trabajo a domicilio del ámbito de incidencia de la legislación laboral, o, aun, perpetuándose roles de género, estereotipos o discriminaciones históricas.

En ese sentido, se revelan especialmente oportunas las consideraciones de GALA DURÁN:

> Es muy posible que los sesgos de género ya presentes en el trabajo presencial se trasladen e incluso se intensifiquen en el marco del teletrabajo (en otras palabras, el teletrabajo puede convertirse en una trampa "profesional" para las mujeres, aunque se asuma de forma voluntaria)
> (...)
> al encontrarnos en un país con un modelo de trabajo presencial, es posible incluso que aquellos trabajos que puedan desarrollarse mediante el teletrabajo —principalmente por mujeres—, sean considerados como de menor valor o importancia (si pueden realizarse en casa…), lo que, nuevamente, repercuta negativamente sobre el colectivo de los teletrabajadores.[527]

Por lo tanto, el análisis de toda y cualquier norma que involucre el teletrabajo se debe basar, fundamentalmente, en la preservación de la igualdad sustancial entre los trabajadores, presenciales o remotos.

Por tratarse de un principio general del teletrabajo, la igualdad de condiciones y de tratamiento y la no discriminación se deben exigir para todo y cualquier trabajo digital, revelándose una norma de naturaleza intrínsecamente digital.

2.2.3 Desconexión digital

En un mundo cada vez más digital, que tanto aporta un sinfín de facilidades y ventajas como conlleva acentuados riesgos para las personas —para su salud física y mental— y para las sociedades —manipulaciones y vulneraciones de derechos fundamentales—, el derecho a la desconexión, tratado en una multiplicidad de estudios y obras, descola como uno de los más relevantes en el contexto de la Revolución Digital. Habida cuenta del propósito de esta investigación —el de realizar un examen comparado de las regulaciones sobre el trabajo digital—, en esta sección se abordarán los aspectos más significativos del principio de la desconexión digital en el contexto del teletrabajo, sin que se albergue ninguna pretensión de agotar un tema tan complejo.

[527] GALA DURÁN, op. cit., p. 293-294 y 323.

Pionero en la reflexión sobre esta problemática en Brasil, SOUTO MAIOR sitúa la desconexión entre la tecnología —factor determinante de la vida moderna— y el trabajo humano, definiéndola como el derecho a no trabajar (en el sentido de trabajar menos) o a desconectarse del trabajo, el cual no debe interferir en la vida privada del trabajador. Sin embargo, sostener el no trabajo representa un desafío enorme en el contexto de un mercado laboral marcado por la inquietud del desempleo masivo y por una competitividad feroz que impone al trabajador la necesidad de mantenerse capacitado e informado —y, por ende, conectado— todo el tiempo para no perder espacio; un mercado en el que, además, culturalmente, aun tiene un peso significativo la idea del trabajo como elemento que dignifica y que posibilita la socialización del individuo.[528]

El avance tecnológico rompe con la delimitación espacio-temporal, más precisa en el pasado, entre trabajo y no trabajo, como se vio en el primer capítulo. El desarrollo acentuado de los medios de información y de comunicación elimina barreras físicas, lo que conlleva que se les imponga a las personas el permanecer conectadas y respondiendo mensajes de forma permanente, fenómeno que no se limita al ambiente y a la relación de trabajo (que, de por sí, va invadiendo cada vez más la vida particular), incidiendo en prácticamente todos los aspectos de la vida social. El trabajo se puede realizar, literalmente, desde cualquier lugar (desde la casa, el auto, cafeterías, hoteles, aeropuertos, trenes, etc.), bastando con que se cuente con una conexión a internet. En estos tiempos digitales, el equilibrio entre la vida profesional y la personal —distinción con fronteras cada vez más difusas— ha sido uno de los temas más candentes en la sociedad. En el Derecho Laboral, el debate ha conducido a un florecimiento de la idea de desconexión, estrechamente relacionada a la limitación de la jornada y al descanso, ya que se trata de un "derecho a estar desconectado/ausente".[529]

En el teletrabajo, realizado mediante la utilización de las TIC y en el que se tiende a trasformar la residencia (u otro lugar que se elija) en lugar de trabajo, se acentúa el grado de aislamiento social, de conectividad (muchas veces excesiva) y de interdependencia con el trabajo, lo que conlleva un incremento de los riesgos psicosociales asociados al trabajo. Esto es lo que pone de manifiesto y refuerza la defensa del derecho a la desconexión digital, estrechamente relacionado, también, a la salud del trabajador y al derecho a conciliar la vida personal, familiar y profesional, visto en el tema tratado en el apartado anterior. En todas las normas de trabajo a distancia, el teletrabajo se presenta como propulsor de la calidad de vida

[528] SOUTO MAIOR, op. cit., p. 1-2.
[529] LIMA, Anne Floriane da Escóssia. *O dano existencial no teletrabalho sob a perspectiva do direito à desconexão.* Leme/SP: Mizuno, 2023. p. 89.

del trabajador y como una herramienta de equilibrio entre el trabajo y la vida/esfera personal. La desconexión cumple un papel vital en ese sentido, puesto que la tecnología no solo posibilita la conexión: también compele al trabajador a permanecer disponible en tiempo integral.

Como lo resume MIÑARRO YANINI:

> El actual contexto de transformación digital está provocando la interconectividad digital continuada, que frecuentemente se identifica con disponibilidad permanente para realizar las diversas actividades, entre ellas, las profesionales. Es por ello que la conexión digital permanente elimina las fronteras entre lugares, tiempos vitales y ámbitos, confundiendo e incluso fundiendo las dimensiones laboral y extralaboral.[530]

TRILLO PÁRRAGA enfatiza los riesgos para la salud relacionados a la desconexión, en especial la *hiperconectividad* (saturación por exceso de información), que dificulta la concentración y puede llegar a convertirse en una adicción; la fatiga informática; la ejecución de tareas laborales en horarios poco comunes o en tiempos y lugares inadecuados; y el agravamiento de conflictos personales y familiares derivados de la invasión del trabajo en los períodos de la vida privada.[531] De esa hiperconexión surgen nuevas enfermedades como el *tecnoestrés*, la *tecnoadicción,* la fatiga informática y la *nomofobia* (nomenclatura utilizada en el contexto de las plataformas digitales para designar el miedo irracional que sienten los trabajadores a no tener sus móviles en su poder o a permanecer desconectados).[532]

Así, la desconexión constituye el derecho del trabajador de, efectivamente, disfrutar de los períodos de pausas y descansos del trabajo, sin interrupciones de ningún orden. En el teletrabajo, la desconexión adquiere una relevancia mayor en virtud de la urgente necesidad de que se delimiten mejor los tiempos dedicados al trabajo y los de descanso. Aunque la limitación de la jornada y los descansos sean temas tan viejos como el propio Derecho Laboral y de que haga más de un siglo que integran la noción de trabajo decente de la OIT[533], el desarrollo tecnológico y las herramientas digitales contemporáneas intensificaron las cuestiones relacionadas a ese ámbito, constituyendo la desconexión una respuesta a la altura de los desafíos impuestos por la nueva realidad.

Para TODOLÍ SIGNES, la desconexión presenta una doble naturaleza, pues, por un lado, es una manifestación del derecho al descanso y, por otro, un límite al uso de los medios informáticos. El autor comprende el derecho a la desconexión de este modo:

---

[530] MIÑARRO YANINI, Margarita. *El sistema de prevención de riesgos laborales como garantía de efectividad del derecho a la desconexión digital. In:* TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 577.
[531] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 90.
[532] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 264.
[533] TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 599.

> Así, el derecho a la desconexión en el trabajo a distancia queda comprendido, no solo por la exención de obligación alguna del trabajador de contestar mensajes o llamadas, sino que el empresario queda obligado a abstenerse de cualquier actuación, especialmente mediante el uso de medios tecnológicos, que pudiera perturbar el tiempo de descanso del trabajador.[534]

GOLDSCHMIDT y GRAMINHO definen la desconexión como "(...) el derecho del trabajador a no responder 'a los e-mails, a los mensajes instantáneos y a los enviados por medio de redes sociales', así como a no atender llamadas relacionadas a las actividades laborales" y, de modo general, el "(...) derecho a no ser importunado por el empleador en los períodos destinados al descanso y al ocio" (traducción propia).[535]

Resulta pertinente mencionar la experiencia de Perú. En este país, en un decreto de urgencia establecido el primer año de la pandemia de la Covid-19, se definió como tiempo de desconexión digital el "período comprendido entre el final de un turno de trabajo diario y el comienzo del siguiente, así como los días destinados al descanso semanal, feriados, vacaciones, licencias y otros períodos de suspensión de la relación de trabajo."[536] Se pone de manifiesto, así, la necesidad de delimitar el horario de trabajo o, en último caso, definir un horario de descanso/desconexión. Algunas legislaciones llegaron a exigir una desconexión de 12 horas corridas en un período de 24 horas.[537]

El derecho a la desconexión se expresa en la limitación de la jornada y, especialmente, en los períodos de descanso (intervalos, descanso semanal y vacaciones), que presuponen una desvinculación plena del trabajo, una pausa efectiva.[538] De esa forma, el complejo de bienes jurídicos tutelados por las normas relativas a la jornada de trabajo —en su mayoría, derechos fundamentales— también es reconocido en el derecho a la desconexión, con el que se busca preservar la salud (física y psicológica) del trabajador, un medio ambiente laboral protegido y sano (evitándose la fatiga y los accidentes), la educación, la capacitación, la recreación, la convivencia familiar, la cultura, la libertad religiosa y política, la socialización, la privacidad y vida privada, el ocio, etc. En definitiva, se trata de preservar y promover la dignidad de la persona trabajadora, ya que la desconexión es esencial para la realización de muchos derechos fundamentales y para el libre y completo desarrollo de la personalidad.

---

[534] *Idem*, p. 237-8.
[535] GOLDSCHMIDT, Rodrigo; GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. *O direito fundamental do trabalhador à desconexão. In*: KROST, VIDIGAL, ESTRADA, op. cit., p. 197.
[536] *Idem*, p. 202.
[537] En Chile, Perú y Ecuador, por ejemplo (KROST, VIDIGAL, ESTRADA (Org.), op. cit., p. 198-203).
[538] SOUTO MAIOR, op. cit., p. 17.

A pesar de que la desconexión se considera en su relación con la salud laboral y la prevención de riesgos, LIMA resalta la importancia del derecho al ocio[539] (en toda su extensión y profundidad), que debe considerarse imbricado al derecho al trabajo, ya que el ser humano es el resultado de la suma del ser trabajador y del ser social. Así, el ocio y el descanso son esenciales para el pleno desarrollo del ser social del trabajador. El exceso de trabajo genera escasez de tiempo libre (en cantidad y calidad) y hace aumentar los niveles de cansancio y estrés, perjudicando cualquier actividad que el trabajador desee realizar durante su período de descanso. La autora también resalta la incidencia frecuente de la llamada *telepresión,* fenómeno incorporado al mundo y a la cultura empresarial de incentivar y presionar a los trabajadores para que todos estén disponibles de forma permanente y para que respondan instantáneamente a los mensajes, incluso fuera del horario de trabajo, a partir del uso indiscriminado de las herramientas y equipos tecnológicos (celulares/smartphones, tablets y notebooks).[540] Independientemente del propósito, la comunicación y el envío de mensajes instantáneos naturalmente agregan presión al ritmo laboral, más cuando se tiene en cuenta el escenario de competitividad feroz, las exigencias de alta productividad y las excesivas horas de trabajo.[541]

En el ámbito europeo, está tramitando una propuesta de directiva para regular el derecho a la desconexión, reconocido como derecho fundamental de los trabajadores, visto que "La cultura de estar 'siempre activos' y la creciente expectativa de que los trabajadores deben estar disponibles en cualquier momento pueden afectar negativamente el equilibrio entre la vida laboral y personal, la salud física y mental y el bienestar."[542]

En España, el derecho a la desconexión digital está expresamente previsto en el art. 18 de la *Ley 10/2021* —así como en su Exposición de Motivos—*,* incorporado en la sección de los derechos relacionados al uso de los medios digitales. El texto legal expresa así el precepto:

> Artículo 18. Derecho a la desconexión digital.
>
> 1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.
>
> El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a

[539] Previsto en la *Constitución* española (arts. 43 y 50) y en la brasileña (arts. 6º; 7º, IV; 227 y 217, §3º), así como en la CLT (art. 223-C).
[540] LIMA, op. cit., p. 91-5.
[541] TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 602.
[542] FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén [et al]. *Relaciones Laborales e Industria Digital: Redes Sociales, Prevención de Riesgos Laborales, Desconexión y Trabajo a Distancia en Europa*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2022. p. 235-237.

> cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. (…)

A su vez, la *Ley Orgánica 3/2018,* de 5 de diciembre (*Ley de Protección de Datos Personales y de Garantía de Derechos Digitales* – en adelante, LOPD), inauguró el tema de la desconexión digital en el ordenamiento jurídico español —a partir de la regulación del reglamento europeo de protección de datos[543]—, al disponer, en su art. 88, sobre la desconexión en el trabajo:

> Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.
> 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. (…)

Cabe resaltar que el art. 88 de la LOPD garantiza el derecho a la desconexión para todos los trabajadores que utilizan medios digitales, independientemente del régimen de trabajo (si presencial, remoto o híbrido), superando el óbice impuesto por la *Ley 10/2021*, de aplicación restringida a los empleados que realizan teletrabajo regular. La LOPD incorporó, además, el art. 20 bis en el ET español para garantizar el derecho de los trabajadores a la desconexión y a la intimidad con respecto al entorno digital. Llama la atención que ambos dispositivos (LTD y LOPD) refieren expresamente la desconexión también para los puestos de dirección (altos empleados), los cuales, por su naturaleza y por las responsabilidades de los cargos correspondientes (y por su mayor remuneración), suelen demandar o imponer a sus ocupantes una necesidad de estar siempre presentes, disponibles y conectados.

De conformidad con la LTD, el derecho a la desconexión garantiza la limitación del uso de medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso, así como la observancia de los límites máximos de la jornada (art. 18.1). En cambio, la previsión contenida en la LOPD (art. 88) —y también en el art. 20 bis del ET— es más abstracta y finalista, pues prevé el derecho a la desconexión para garantizar, fuera del período de trabajo, el respeto de los tiempos de descansos, licencias y vacaciones, sin ahondar en su contenido ni mencionar el uso de dispositivo e instrumentos digitales. LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS señalan que en el trabajo

[543] FERNÁNDEZ COLLADOS [et al], op. cit., p. 221.

presencial el derecho a la desconexión está más centrado en los límites de conexión y en el derecho a no recibir ni contestar mensajes fuera del horario de trabajo, mientras que en el caso de la desconexión en el teletrabajo la tónica está puesta en la preocupación con respecto al control y limitación de la jornada, que, en general, puede resultar excesiva.[544]

El empleador tiene el deber de garantizar la desconexión (art. 18.1) y de adoptar una política interna en la que se definan las modalidades de ejercicio de la desconexión y que incluya acciones formativas sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas (art. 18.2, adelante), lo cual supone un papel activo y preventivo (orientación, monitoreo y supervisión)[545] del empleador en el cumplimiento de ese deber, incluso con respecto a terceros que mantengan contacto directo con los trabajadores, como clientes y tomadores del servicio. Esto no deja lugar a justificaciones con las que se intente ocultar la omisión, como cuando, por ejemplo, simplemente se atribuye al empleado la iniciativa de no haber observado los períodos de descanso o límites de la jornada, lo que, por otro lado, no atenúa la corresponsabilidad existente entre empleador y empleado en cuanto a la concreción de ese derecho, cabiendo al trabajador ocuparse y comprometerse con el uso adecuado y razonable de los medios digitales.

Para el ejercicio de la desconexión, prevista en el art. 18 de la LTD, es imprescindible que exista un horario de trabajo definido, pues, de lo contrario, no habría cómo saber cuándo comienza la desconexión. Esta exigencia es reforzada por el art. 7º, *c*, de la LTD, que establece el contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo y que exige, entre otros requisitos, la previsión de un "horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad". Al analizar la normativa, TODOLÍ SIGNES afirma que existe una verdadera prohibición del teletrabajo sin horarios delimitados, lo que no impide la flexibilidad horaria, dado que el teletrabajador puede elegir su horario libremente siempre y cuando se lo informe a la empresa para que esta tenga conocimiento de los períodos de disponibilidad e indisponibilidad o para que, por lo menos, establezca períodos de disponibilidad en los cuales la empresa podrá entrar en contacto con el trabajador.[546]

Así, el empleador no puede exigir una conexión fuera del horario de trabajo —o del período de disponibilidad establecido— ni tampoco que el teletrabajador permanezca ubicable en ese período. Para eso, la empresa puede adoptar mecanismos de desactivación de dispositivos y sistemas o de acceso a la red empresarial fuera del horario de trabajo o, también, activar alertas o mensajes automáticos que avisen sobre la indisponibilidad del trabajador o

[544] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 265.
[545] TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 256.
[546] *Idem*, p. 238-9.

programar el envío de mensajes y tareas exclusivamente en horarios predeterminados.[547] El *Acuerdo Marco sobre Digitalización* menciona la importancia de que haya una "cultura que evite el contacto fuera del horario de trabajo" y una "cultura de no culpabilidad" para evitar perjuicios a trabajadores que no se logre ubicar fuera del horario de trabajo.

Los artículos 18.2 de la LTD y 88.3 de la LOPD establecen el deber empresarial de elaborar una política interna con respecto al ejercicio del derecho a la desconexión y a medidas para prevenir la fatiga informática, en los siguientes términos:

> Artículo 18. Derecho a la desconexión digital. (…)
> 2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas los que ocupen puestos directivos, en la 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 de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. (…)
>
> Artículo 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. (…)
> 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 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.

También cabe destacar el segundo párrafo del art. 18.2 de la LTD, que realza el papel de la negociación colectiva para garantizar y regular el derecho a la desconexión, en el cual se deben establecer los medios y medidas para garantizar el efectivo cumplimiento de la desconexión y regular el uso de las herramientas digitales en el sector o empresa de que se trate. Esta es la redacción del dispositivo:

> Artículo 18. Derecho a la desconexión digital. (…) 2. (…) Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso.

Esto configura una realidad distinta a la que se plantea en la norma brasileña, que no incluyó la desconexión entre los temas sujetos a la negociación colectiva (art. 611-A de la CLT).

[547] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 260.

Por otro lado, a efectos de la elaboración de la citada política interna de desconexión, la LTD y la LOPD sólo exigen previa audiencia de los representantes de los trabajadores, y no negociación colectiva. La SAN 2119/2024, de 6 de mayo, se pronunció en este sentido, distinguiendo entre las políticas de desconexión digital (unilateral, previa audiencia a los representantes de los trabajadores) y la regulación del ejercicio del derecho a la desconexión digital (que debe hacerse a través de la negociación colectiva):

> Por ello, y matizando cuanto razonamos en nuestra SAN de 22-3-2.022- autos 33/2022- debemos señalar que la LOPD distingue entre políticas de desconexión digital y regulación del ejercicio de los derechos de desconexión digital. Mientras que la elaboración de las primeras se encuentra encomendada en la empresa, previa audiencia a la RLT, la regulación del ejercicio de tales derechos se encomienda a la negociación colectiva y, en su defecto al acuerdo de empresa.
> En nuestro caso resulta que la empresa ha elaborado de forma unilateral una política de desconexión digital, si bien, con carácter previo a la misma, se ha dado a la representación de los trabajadores la preceptiva audiencia previa a su implantación con arreglo a lo preceptuado en el art. 64.5 del ET con antelación suficiente para que se emitiera el informe correspondiente, y que por otro lado, de forma colectiva y a nivel sectorial se ha pactado que el ejercicio de los derechos de desconexión digital con arreglo a la ley y las políticas de cada de una delas empresas. Por ello, en este aspecto, no puede afirmarse que se haya privado en modo alguno a la organización demandante de participar en proceso de negociación colectiva alguno.[548]

La negociación colectiva también es importante para establecer las situaciones excepcionales de reconexión (por ejemplo, cuándo será necesario trabajar durante un período de descanso, que se interrumpirá en razón de circunstancias urgentes y extraordinarias —interpretadas de forma restringida—, como las previstas en el art. 35.3 del ET, período que se deberá computar y remunerar.[549] Esta incumbencia fue expresamente prevista en la LTD, al establecerse que los convenios colectivos deben regular "las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión" (D.A.1ª, apartado 2). Así, las normas colectivas pueden delimitar el ejercicio de ese derecho, pero jamás disponer de él.

Sin embargo, la realidad española se ha mostrado distinta a lo establecido en la previsión normativa, como lo señala GALA DURÁN:

> En definitiva, desde la perspectiva de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la regulación convencional del derecho a la desconexión digital se caracteriza, por regla general, por sus términos genéricos, dejando, por lo tanto, cuestiones pendientes, así como, en bastantes casos, por la previsión de que la desconexión podrá

[548] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. SAN 2119/2024, de 6 de mayo de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aedddf0345208006a0a8778d75e36f0d/20240523
[549] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 93.

> interrumpirse en determinadas circunstancias vinculadas a conceptos, como hemos visto, como emergencias, urgencias, causas de fuerza mayor, etc. [550]

Si bien la negociación colectiva va regulando paulatinamente la desconexión, las previsiones normativas siguen siendo bastante genéricas y lacónicas, sin ahondar en su contenido ni establecer medidas concretas, limitándose, muchas veces, a mencionar determinado derecho o a reproducir los términos legales, tanto en el ámbito sectorial como en el empresarial, exceptuándose algunos sectores específicos, como el financiero, el tecnológico y el de las telecomunicaciones.[551]

De cualquier manera, España ocupa una posición de vanguardia al prever expresamente el derecho a la desconexión en su ordenamiento jurídico —uniéndose a países como Francia, Bélgica, Italia y Portugal— a partir de la LOPD y, posteriormente, con la LTD, habiendo otorgado una posición de relieve a la negociación colectiva y a los protocolos internos de las empresas para instrumentar el efectivo cumplimiento de ese derecho.[552] La eventual ausencia de esos mecanismos, empero, no impide el reconocimiento directo e inmediato del derecho a la desconexión, de naturaleza fundamental, basado en los términos del segundo párrafo del art. 18.1 de la LTD.

En Brasil, en cambio, no consta previsión expresa del derecho a la desconexión digital en el capítulo relativo al teletrabajo. Al contrario, las innovaciones legislativas restringieron el cómputo de la jornada y el régimen de *sobreaviso* [tiempo de localización o guardia] en el teletrabajo. El art. 62, III, de la CLT, excluye a los teletrabajadores (que prestan servicios por producción o tarea) del capítulo de la duración del trabajo, así como el art. 75-B, §5º de la CLT excluye el tiempo de uso de los equipos y herramientas digitales fuera de la jornada de trabajo normal del régimen de *sobreaviso* o de *prontidão*[553] [tiempo de disponibilidad], disponiendo de esta forma:

> Art. 75-B. [...] § 5º El tiempo de uso de equipos tecnológicos y de infraestructura necesaria, así como de softwares, de herramientas digitales o de aplicaciones de internet utilizados para el teletrabajo, fuera de la jornada de trabajo normal del empleado, no constituye tiempo a disposición o régimen de *prontidão* [disponibilidad inmediata] o de *sobreaviso*, excepto si está previsto en acuerdo individual o en acuerdo o convenio colectivo de trabajo. (Incluido por la *Ley nº 14.442*, de 2022; cursivas nuestras). (traducción propia)

[550] GALA DURÁN, op. cit., p. 309.
[551] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 428-431.
[552] FERNÁNDEZ COLLADOS, op. cit., p. 230.
[553] *Sobreaviso* y *prontidão* constituyen expresiones adoptadas en la CLT (art. 244, §§2 y 3) para indicar: a) *sobreaviso*: período en el que el empleado permanece en su propio domicilio esperando en cualquier momento ser llamado a trabajar, con remuneración de 1/3 del salario; b) *prontidão*: período en el que el trabajador permanece en situación de disponibilidad en el lugar de trabajo, a la espera de órdenes, siendo retribuido a razón de 2/3 del salario.

Aunque estos dispositivos se analizarán cuando se trate el tema de la jornada de trabajo, es importante referir que no restringen ni constituyen óbice al derecho a la desconexión, garantizado constitucionalmente cuando se prevén, como derecho fundamental de los trabajadores brasileños, límites en la duración del trabajo (art. 7º, XIII, de la CF), descansos (art. 7º, XV y XVII, de la CF), un medio ambiente laboral seguro y sano (art. 7º, XXII, de la CF), el derecho a la intimidad y a la vida privada (art. 5º, X, de la CF) y el derecho a la convivencia familiar (art. 227 de la CF). La desconexión en el teletrabajo también se apoya en la parte final del art. 75-B de la CLT, que dispone: "El acuerdo individual podrá prever horarios y medios de comunicación entre trabajador y empleador, siempre que se garanticen los períodos legales de descanso" [énfasis añadido].

Además, la desconexión constituye corolario directo de la norma general que equipara las modalidades de trabajo (presencial y a distancia) y los medios utilizados (virtuales y físicos), prevista en el art. 6º de la CLT, ya examinado. En ese sentido, la jurisprudencia de los Tribunales Regionales y del Tribunal Superior del Trabajo está reconociendo, cada vez más, el derecho a la desconexión.[554]

Es tanta la relevancia y dimensión del derecho a la desconexión, en especial en el teletrabajo, que es común que se utilice la expresión *esclavos digitales* en situaciones de inobservancia grave de ese derecho, en virtud de la privación de libertad ocasionada por la conectividad exagerada y por controles virtuales excesivos por parte del empleador.[555,556,557] El derecho a la desconexión también tiene una importante dimensión colectiva, más allá de ser un derecho individual del trabajador, puesto que es esencial en la preservación de la sociedad y de la familia.[558]

La no observancia del derecho a la desconexión puede motivar diversas repercusiones, como contraprestaciones pecuniarias al trabajador por el tiempo a disposición (de conexión) e incluso indemnizaciones por daño extrapatrimonial, destacándose el llamado daño existencial. Como lo sugiere su propia denominación, el daño existencial corresponde al perjuicio generado al pleno desarrollo de la personalidad, tanto por restringir proyectos de vida (relacionados con lo que la persona decide hacer en su tiempo libre para aprovechar al máximo sus potencialidades, como, por ejemplo, cursando una carrera universitaria) como por

[554] LIMA, op. cit., p. 103-5.
[555] *Idem*, p. 97.
[556] GOLDSCHMIDT, GRAMINHO, op. cit., p. 196.
[557] TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 599-600.
[558] SOUTO MAIOR, op. cit., p. 19.

perjudicar una vida de relaciones (al impedir que el trabajador disfrute de las diversas formas de actividades sociales y recreativas). Como lo advierte LIMA, "No establecer límites para la jornada de trabajo del teletrabajador, entrando en contacto con él en cualquier momento para solucionar las más diversas cuestiones, impacta en su subjetividad y puede causar perjuicios a su vida de relación y a sus proyectos futuros" (traducción propia).[559] TODOLÍ SIGNES defiende el derecho a la desconexión como un derecho fundamental de los ciudadanos, amparado en el art. 18.4 de la CE, directamente aplicable, cuya violación es tratada como afrenta a un derecho fundamental.[560]

Sin embargo, la solución de conflictos relacionados con el derecho a la desconexión demanda cautela y razonabilidad, sopesándose la actual realidad de profunda influencia de la tecnología —de sus herramientas y dispositivos— en todas las esferas de la vida contemporánea. En la línea argumentativa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, es necesario ponderar si las eventuales intervenciones o limitaciones ocurren de forma consistente y con intensidad, llegando a afectar, de modo considerable, los períodos de descanso.[561]

Por corresponder a un principio general del teletrabajo (de naturaleza fundamental), estrechamente correlacionado a varios derechos fundamentales de los trabajadores, la desconexión se vuelve impositiva para todo y cualquier trabajo digital, revelándose una norma de naturaleza intrínsecamente digital.

2.2.4 No territorialidad

Por definición, el teletrabajo se caracteriza por la no territorialidad. Esto significa que el lugar de la prestación de servicios —criterio tradicionalmente utilizado como parámetro para la aplicación de la ley y de diversos institutos laborales— ocupa un papel secundario en el trabajo realizado a distancia, por medios digitales. Así, el teletrabajo, al no exigir la presencia física del trabajador, se puede realizar desde cualquier lugar, en ámbito nacional o aun internacional (con respecto a la matriz de la empresa), de forma fija o itinerante, ya que presupone una libertad de elección del trabajador, bastando, para que se pueda realizar el trabajo, con que el lugar cuente con conexión e infraestructura tecnológica.

[559] LIMA, op. cit., p.89.
[560] TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 238-9.
[561] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 92.

Esta situación genera un intenso debate con respecto al derecho aplicable al teletrabajador, sobre todo cuando su actividad se realiza en otro país que no sea el de la matriz de la empresa. En Europa, considerando las distancias más cortas entre países y la cooperación política y económica propiciada por la Unión Europea, en especial la moneda única y la libre circulación de ciudadanos y trabajadores en su territorio, se han vuelto cada vez más habituales situaciones de teletrabajo transnacional. Incluso en Brasil, a pesar de la dimensión continental del país y de la ausencia de acuerdos de libre circulación de trabajadores con países vecinos, aun así existen diversos casos de teletrabajadores que prestan servicios desde otros países, ya sea en el bloque del Mercosur o en regiones más alejadas, como en Norteamérica y Europa.

En España, a pesar de las peculiaridades del teletrabajo, las normas existentes hasta este momento no definen un criterio específico sobre la materia, lo que remite a la aplicación de las normas sobre conflictos de ley en el espacio aplicables al trabajo presencial.

En Brasil, en cambio, la CLT prevé una regla específica de derecho internacional, al determinar la aplicación de la legislación brasileña al teletrabajo prestado fuera del territorio nacional:

> Art. 75-B. [...] § 8º Al contrato de trabajo del empleado admitido en Brasil que opte por la realización de teletrabajo fuera del territorio nacional se aplica la legislación brasileña, exceptuadas las disposiciones contenidas en la *Ley nº 7.064*, de 6 de diciembre de 1982, salvo disposición en contrario estipulada entre las partes. (Incluido por la *Ley nº 14.442*, de 2022) (traducción propia)

Para comprender esta disposición específica es necesario, antes, discurrir sobre las reglas de solución de los conflictos entre ordenamientos jurídico-laborales distintos.

En la mayoría de los países, incluyendo Brasil y España, prevalece el principio de la territorialidad en el ámbito laboral, lo que significa que se aplica la ley laboral nacional para el trabajo prestado en el territorio del país como consecuencia lógica de la soberanía.

En España, hay dos sistemas para la solución de conflictos normativos en el trabajo realizado en el exterior: uno oriundo del sistema europeo (actualmente regido por el *Reglamento Comunitario 593/2008*, de 17 de junio) y otro previsto en el Derecho interno (arts. 1.4 del ET y 10 del *Código Civil*), de aplicación residual en virtud del carácter universal del *Convenio de Roma*.[562]

El *Reglamento Comunitario 593/2008,* de 17 de junio (ROMA I) adopta como regla general la libertad de elección por las partes contratantes de la ley que regirá el

[562] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 443.

contrato de trabajo, en todo o en parte (arts. 3.1 y 8.1), siempre y cuando no se prive al trabajador de las normas laborales indisponibles —no susceptibles de modificación por negociación individual—, que, en el Derecho español, se encuentran en el art. 3.5 del ET. Si no hay elección por las partes, se aplica la *lex loci laboris*, o sea, la ley del país en el que o desde el cual el trabajador presta habitualmente el servicio (art. 8.2) y, cuando no sea posible determinarla, el contrato será regulado por la ley del país en el que esté situado el establecimiento del empleador que haya contratado al trabajador (art. 8.3). También es posible apartar la regla de los arts. 8.2 y 8.3 cuando se constata que el contrato presenta una conexión más estrecha con determinado país diverso del de las hipótesis legales, aplicándose, entonces, su ley.[563] En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera como otros elementos de conexión la nacionalidad de la persona jurídica, la moneda en la que se abona el salario, las cotizaciones sociales, la residencia fiscal del trabajador, entre otros.[564]

Como señala GÓMEZ en relación con ROMA I, incluso cuando las partes eligen la ley aplicable, es necesario comprobar las garantías mínimas de protección establecidas en los apartados del artículo 8, analizando "(...) en primer lugar "(...) en primer lugar, habríamos de determinar la ley que hubiera sido aplicable a falta de elección, posteriormente, examinar si dicha ley contiene disposiciones imperativas de protección de los trabajadores y finalmente, aplicar la que resulte más favorable en esas previsiones mínimas y, en todo lo demás, la ley elegida pelas partes", sin perjuicio de que el juez aún puede determinar la aplicación de una ley distinta si llega a la conclusión de que, por todas las circunstancias, el contrato está más estrechamente vinculado a otro país.[565]

En cuanto al ET español, en su art. 1.4 determina que "La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo." El dispositivo establece requisitos subjetivo (empleado y empleador españoles) y objetivo (contrato realizado en España con prestación de servicio realizada fuera de su territorio). Cuando no se atienden esos requisitos, se aplican las reglas del *Código Civil* (arts. 10.5 y 8.1) que determinan la aplicación de la ley elegida por las partes o, cuando esta falta, la ley del lugar de la prestación de servicios.[566]

En los países americanos, el principio *lex loci executionis* o *lex loci laboris* se encuentra previsto en el art. 198 del *Código de Bustamente* (*Convención sobre Derecho*

[563] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 138/139.
[564] GÓMEZ, op. cit., p.14.
[565] *Idem*, p.14-15.
[566] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 444.

Internacional Privado), ratificado por Brasil[567], que también incorporó la territorialidad en su ordenamiento interno mediante la *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* [Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño] - LINDB (*Decreto-Ley nº 4.657/1942*, de 4 de septiembre), el cual prevé en su art. 9º que "Para calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en el que se constituyan"[568] (traducción propia).

Además, la *Ley nº 7.064/1982*[569], de 6 de diciembre, estableció una excepción al principio de la territorialidad al determinar la aplicación de la legislación más favorable para empleados contratados en Brasil o transferidos para prestar servicios en el exterior (art. 3º).[570] Esta ley, originalmente, tenía aplicación restringida a empresas prestadoras del servicio de ingeniería en el exterior, pero fue modificada por la *Ley nº 11.962/2009*, de 3 de julio, para que su aplicación se extendiera a todos los trabajadores independientemente del segmento económico, lo que ya se venía reconociendo en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo brasileño.

Por lo tanto, en Brasil prevalece el principio de la norma más favorable sobre el de la territorialidad cuando el empleado es contratado en Brasil o transferido al exterior, con excepción de los servicios de naturaleza transitoria o intermitente (realizados por un período no superior a 90 días). Al cotejarse los ordenamientos jurídicos de Brasil y España, se constata que es similar el tratamiento dado a los trabajadores nacionales transferidos al exterior, garantizándose la aplicación de la ley laboral nacional, a diferencia de los criterios adoptados por el ROMA I.

Adentrando específicamente en el tema del teletrabajo, la única norma especial de derecho internacional existente corresponde al art. 75-B, §8º, de la CLT, sometiéndose el resto de la materia a las disposiciones comunes de aplicación del derecho para el trabajo en el exterior. Como se vio anteriormente, ese dispositivo determina la aplicación de

---

[567] *Decreto nº 18.871/1929*, de 13 de agosto.

[568] BRASIL. *Decreto-Ley nº 4.657*, de 4 de septiembre de 1942, con redacción dada por la *Ley nº 12.376/2010*. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

[569] BRASIL. *Ley nº 7.064/1982*, de 6 de diciembre de 1982. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7064.htm.

[570] Art. 3º - La empresa responsable por el contrato de trabajo del empleado transferido le asegurará, independientemente de la observancia de la legislación del lugar de la ejecución de los servicios:
I - los derechos previstos en esta Ley;
II - la aplicación de la legislación brasileña de protección al trabajo en lo que no sea incompatible con lo dispuesto en esta Ley, cuando más favorable que la legislación territorial, en el conjunto de normas y con relación a cada materia.
Párrafo único. Respetadas las disposiciones especiales de esta Ley, se aplicará la legislación brasileña sobre Previsión Social, Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio - FGTS y Programa de Integración Social - PIS/PASEP. (traducción propia)

la ley brasileña para el contrato de trabajo de "empleado admitido en Brasil que opte por la realización de teletrabajo fuera del territorio nacional", pero con las salvedades de las hipótesis previstas en la *Ley nº 7.064/82* y de una eventual disposición en contrario estipulada por acuerdo individual entre las partes.

En líneas generales, el art. 75-B, §8º, de la CLT, adopta el mismo paradigma de la *Ley nº 7.064/82*, al determinar la aplicación de la ley nacional para el teletrabajo en el extranjero del empleado contratado en Brasil, asegurándole la protección laboral garantizada constitucionalmente (art. 7º). Sin embargo, al hacer la salvedad de los casos previstos en la *Ley nº 7.064/82*, la norma de la CLT dio lugar a más cuestionamientos que a una solución, puesto que la aplicación de la ley brasileña (si más favorable) para el teletrabajador que presta servicios en otro país ya correspondería por fuerza de la propia *Ley nº 7.064/82*. La salvedad que se hizo puede interpretarse, así, en el sentido de excluir de esta regla al teletrabajo realizado en el exterior de forma transitoria (por un período no superior a 90 días), como previsto en el art. 1º, párrafo único, de la *Ley nº 7.064/82*, o simplemente considerarla como un refuerzo del patrón garantizado por la *Ley nº 7.064/82* de aplicación del principio de la norma más favorable en detrimento de la territorialidad (*lex loci laboris)*.

En lo que respecta a la segunda salvedad, en cuanto a que las partes podrían disponer de otro criterio mediante acuerdo individual, es necesario adoptar una interpretación sistemática y armónica con relación a las demás reglas del sistema de protección del trabajo, en el sentido de que las partes pueden acordar someterse a otra legislación que rija el teletrabajo realizado en el exterior si esa resulta más favorable al trabajador que la legislación nacional. Se muestra equivocada una eventual interpretación literal y restrictiva de ese dispositivo en el sentido de permitir, por acuerdo individual, derogar normas laborales imperativas del sistema brasileño (protegidas constitucionalmente, con estatus de derechos fundamentales) para establecer condiciones perjudiciales al trabajador, contradiciendo el principio tutelar —y reforzando el notorio desequilibrio del poder de negociación en la relación laboral— que orienta esta rama del Derecho y sus corolarios de aplicación de la norma más favorable y de prohibición del retroceso social.

A pesar de que no existe ninguna regla específica española sobre la materia, MERCADER UGUINA aduce que la novedad aportada por el art. 8.2 del *Reglamento Comunitario 593/2008,* al utilizar la expresión "a partir del cual", podría abarcar la realidad del teletrabajo.[571] Aun así, se revela intrincado simplemente adoptar la territorialidad (lugar de la

[571] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 447.

prestación de servicios), criterio creado en el contexto exclusivamente presencial, cuando se revela periférico en la realidad del teletrabajo. Como se ha visto, las reglas establecidas en ROMA I para el trabajo internacional no se han ajustado a la realidad del teletrabajo -no territorializado e incluso transfronterizo- a pesar de ser también aplicable en esta modalidad, lo que exige un esfuerzo interpretativo para compatibilizar estas reglas con el contexto del trabajo digital.

Uno de los mayores riesgos inherentes al teletrabajo internacional consiste en la posibilidad de *dumping social*, cuando una empresa busca la aplicación de la legislación laboral menos protectora con vistas a reducir costos y obtener ventaja competitiva a partir de la restricción de derechos laborales. Este riesgo es mayor en las situaciones de teletrabajo fijo y exclusivo, a diferencia de lo que sucede en el caso del teletrabajo itinerante, que presupone la libertad de elección de los lugares de trabajo por el teletrabajador. Muchas veces, el costo y las implicaciones de transferir un negocio entero a determinado país no compensan la economía resultante de una menor protección laboral. Pero en el teletrabajo, que no exige un establecimiento físico proporcionado por el empleador en la localidad que desea la prestación de servicios, se ha vuelto más fácil "elegir" un lugar con menor protección laboral. Esto hace imperiosa la protección del teletrabajo para que ese no sea sometido a la ley laboral menos favorable.

Aunque no haga referencia al conflicto de leyes en el espacio, la LTD española establece el domicilio de referencia del teletrabajador, a fines de adjudicación de la autoridad laboral y de servicios y programas públicos, a partir de estos parámetros: *(i)* el domicilio establecido en el contrato; *(ii)* en caso de omisión, el domicilio de la empresa o del centro de trabajo físico (disposición adicional primera).[572] De la misma forma, la *Ley nº 28/2022, de 21 de diciembre*, que trata del fomento de empresas emergentes (*startups*), prevé la siguiente definición de teletrabajo de carácter internacional:

> Artículo 74 bis. Definición.
>
> 1. Se halla en situación de residencia por teletrabajo de carácter internacional el nacional de un tercer Estado, autorizado a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En el caso de ejercicio de una actividad laboral, el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional. En el supuesto de ejercicio de una actividad profesional, se permitirá al titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando

[572] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

> el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 % del total de su actividad profesional.[573]

El artículo reconoce la figura del teletrabajador internacional como una categoría de residencia legal para ciudadanos de otros países, permitiéndoles permanecer en España mientras prestan servicios remotos para empresas extranjeras, con el fin de atraer a los nómadas digitales manteniendo un equilibrio entre los beneficios económicos y la protección del mercado interior.

De este modo, con este dispositivo se buscó regular la situación de teletrabajadores extranjeros que quieran residir en España, especialmente en lo relativo a visas y autorización para el trabajo. El precepto no menciona nada sobre la aplicación de la legislación laboral española, silencio que se puede entender como una omisión con respecto a las reglas ordinarias de solución del conflicto entre normas, aunque se note un alejamiento con respecto al criterio de la territorialidad, ya que se refuta, implícitamente, la aplicación del Derecho español para el trabajo que se ejecuta en España por parte de un trabajador extranjero y para una empresa extranjera.

Por lo tanto, se entiende que la no territorialidad en el teletrabajo actúa más con eficacia negativa, pues impide la mera aplicación del criterio geográfico para la definición del derecho aplicable al teletrabajo internacional. Ante esa prescindencia del paradigma territorial, cabe indagarse acerca de cuáles serían los parámetros que se deberían utilizar para solucionar el conflicto de ordenamientos jurídicos laborales en el teletrabajo con vistas a proteger al teletrabajador y para que este no sea sometido a una legislación que lo perjudique y también para que se pueda garantizar estabilidad y seguridad jurídica.

En un primer momento, es necesario distinguir las hipótesis de trabajo a distancia a partir de dos factores: *(i)* si el teletrabajo es exclusivo o si adopta un régimen híbrido; y *(ii)* si se trata de un teletrabajo fijo o móvil/itinerante. También se debe tener en cuenta la amplitud de los puntos de conexión, que pueden ser: *(i)* la matriz de la empresa; *(ii)* el domicilio del trabajador; (*iii)* el lugar de la prestación del servicio; *(iv)* el lugar de la entrega del resultado del trabajo o del ejercicio del poder directivo empresarial; *(v)* la región en la que está concentrada la actividad económica sustancial de la empresa; y *(v)* la nacionalidad de las partes involucradas (trabajador y empleador).

[573] ESPAÑA. *Ley nº 28/2022*, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21739&p=20221222&tn=1

Desde la perspectiva de la actual legislación —que en Europa y España aun no ha definido ningún parámetro específico para el teletrabajo, por lo cual se muestra disonante con respecto a la realidad que debería contemplar—, se observa la prevalencia del criterio del lugar de la prestación de servicios (*lex loci laboris*), admitiéndose la posibilidad de extenderse la aplicación de la legislación nacional a los trabajadores (y teletrabajadores) contratados en el país o transferidos para trabajar en el exterior, de acuerdo a lo previsto en los ordenamientos jurídicos español y brasileño. Este panorama no se modifica sustancialmente por el ROMA I, a pesar de que impone la libertad de elección por las partes (así como lo hace el art. 75-B, §8º, de la CLT), visto que también determina que se observe la protección mínima (derechos indisponibles) garantizada por ley, preservándose, en ese aspecto, la aplicación de las normas laborales españolas esenciales.

Sin embargo, el momento demanda un ajuste legislativo para albergar parámetros adecuados al contexto del trabajo digital.

En este raciocinio, se descarta el criterio de la libre elección de las partes, visto que presupone una paridad de negociación poco común —para no decir inexistente— en la relación de trabajo. Es manifiesto el desequilibrio del poder de negociación (individual) en las relaciones de trabajo, razón de existir del Derecho Laboral. En términos prácticos, ese criterio resultaría en la libre elección por parte del empleador, con un acentuado riesgo de que él seleccione el lugar que ofrezca la menor protección laboral, raciocinio que se debe extender al art. 75-B, §8º, parte final, de la CLT. Adoptar el criterio del domicilio del empleado también plantea dificultades, especialmente por su heterogeneidad en los casos de teletrabajo itinerante o incluso fijo pero que comprenda una pluralidad de regiones, lo que vuelve demasiado compleja la organización del trabajo (jurídica, administrativa y económicamente), además de conllevar el riesgo de promover un tratamiento asimétrico entre teletrabajadores, incluida la posibilidad de buscar regiones con mayor protección laboral.

El criterio del lugar de la prestación de servicios se muestra débil por estar basado en la territorialidad (aspecto geográfico), contradiciendo la propia naturaleza del teletrabajo, basado en la libre elección del lugar y en la movilidad/desafijación territorial del teletrabajador, como visto anteriormente. Aunque sea posible identificar el lugar (geográfico) donde se realiza el teletrabajo, este criterio entraría en contradicción con los demás puntos de conexión del contrato de trabajo.[574] En los casos de teletrabajo itinerante, aun sería necesario identificar el lugar de trabajo habitual, planteándose dificultades para definir la medida y el

[574] GÓMEZ, op. cit., p.10.

momento en el que se establece habitualidad. No siempre es posible establecer —o prever— el lugar de trabajo preponderante al comienzo o durante el contrato, ya que, en la dinámica de la relación laboral, los cambios y adaptaciones son comunes, más aun en el teletrabajo. Sería más fácil verificar ese criterio al final de la relación, pero eso conlleva una acentuada inseguridad para las partes, en el curso de la relación contractual, sobre los derechos aplicables.

Hay que hacer una salvedad para el teletrabajo híbrido o el trabajo digital localizado (como en plataformas digitales offline), situaciones en las que habrá asistencia presencial a un centro de trabajo o la prestación de trabajo físicamente en una zona geográfica determinada. Es decir, se basan en la territorialidad y, por lo tanto, están sujetas al criterio del lugar de prestación de los servicios. En este sentido, recordemos la Directiva (UE) 2024/2831 (analizada en el primer capítulo) sobre plataformas digitales, que adopta el lugar de la prestación del trabajo plataformizado -dentro de la UE- como criterio de aplicación de sus normas (art. 1.3).

Tampoco se muestra razonable adoptar la nacionalidad como vector, bajo pena de promoverse una diferenciación injustificada entre trabajadores que ejecuten su labor en idénticas condiciones exclusivamente en virtud de su origen o nacionalidad.

En esta coyuntura, el indicador más congruente en el ámbito del teletrabajo es la aplicación de la ley del lugar en el que esté situada la matriz del empleador, pues permite que se aplique un tratamiento uniforme e isonómico a los trabajadores y confiere estabilidad y seguridad jurídica a los empleadores. Si hay más de un establecimiento, deberá utilizarse el lugar al que está vinculado el teletrabajador dentro de la estructura de la empresa, es decir, el centro de gravedad de la relación laboral (como el origen de las órdenes e instrucciones, a quién reporta, la entrega de los frutos de su trabajo, etc.).[575] Tratándose de teletrabajo en régimen híbrido, se dará prioridad al lugar del establecimiento o centro de trabajo en el que actúe presencialmente el trabajador, aunque sea de modo itinerante, caso en el que se considerará la localidad predominante.

Con un objetivo similar, aunque por un camino distinto, GÓMEZ propone redefinir el concepto de lugar de trabajo en el teletrabajo internacional (nómadas digitales), desvinculado del espacio físico donde se encuentra el trabajador, para considerar como tal el lugar donde se produce -y dirige- la prestación de servicios y se cumplen las principales obligaciones del contrato de trabajo, lo que sería una especie de versión *virtual* del principio *lex loci laboris*.[576]

[575] GÓMEZ, op. cit., p.18-19.
[576] *Idem*, p.21-2.

El parámetro sugerido en este estudio se debe evaluar a partir de un criterio formal y material que tenga en cuenta la región en la cual se lleva a cabo, de forma sustancial, la actividad económica ejercida por la empresa. En los casos de fraude y *dumping social*, esto es, cuando la empresa traslada o establece su matriz en determinado país en el cual no realiza ninguna actividad económica relevante, buscando una menor protección laboral, se deberá descartar la localidad fraudulenta en detrimento de la que corresponda a la realidad de los hechos. Este criterio del lugar de la actividad económica también se puede utilizar en los casos de empresas sin matrices físicas, las cuales aun constituyen casos excepcionales en la actual coyuntura. Si no es posible determinar esos parámetros, no queda otra alternativa que la de utilizar la regla del lugar de la prestación de servicios, con todas las desventajas inherentes.

2.3 Contratación

El capítulo II de la LTD dispone sobre el acuerdo de trabajo a distancia, estableciendo obligaciones formales (art. 6º), un contenido mínimo (art. 7º) y criterios para eventuales modificaciones (art. 8º). Ese acuerdo será parte integrante del contrato de trabajo, sea cual sea la modalidad de trabajo que se adopte (a plazo determinado o indeterminado, a destajo, a tiempo parcial, de formación, etc.).

La exigencia de formalización de un *acuerdo* de trabajo a distancia, de carácter individual —como lo es el contrato de trabajo—, pone de manifiesto el aspecto bilateral y negociable del acuerdo, que incluye condiciones específicas relacionadas a las características de cada trabajador, no pudiendo simplemente ser convertido en pactos de adhesión ofrecidos por el empleador, aun cuando algunas condiciones generales puedan estar previstas en negociación colectiva o en la política interna de la empresa. Las exigencias formales también ponen en evidencia una preocupación con respecto a la seguridad jurídica de los actos constitutivos del régimen de teletrabajo.

En cuanto a los requisitos formales, prevé el art. 6º de la *Ley nº 10/2021*:

> Artículo 6. Obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia.
>
> 1. El acuerdo de trabajo a distancia deberá realizarse por escrito. Este acuerdo podrá estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior, pero en todo caso deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia. (…)

Ese cuidado con respecto a la formalización y garantía de que el trabajador tenga conocimiento de las condiciones del trabajo remoto —expresión de la voluntariedad— ya estaba presente en la *Recomendación nº 184* de la OIT, que, en sus arts. 4º y 5º, imponía el

deber del empleador de mantener al trabajador informado sobre las condiciones de empleo, especialmente en cuanto al nombre y dirección del empleador, el valor y criterios de cálculo de la remuneración y la naturaleza del trabajo.[577] Es importante recordar también el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* (2002), que, en su tercer apartado, prevé el deber del empleador de informar al teletrabajador con respecto a las condiciones de trabajo, incluyendo la descripción del puesto de trabajo, las normas colectivas aplicables, el departamento al cual está asociado, quién es su superior jerárquico y las personas a quienes se puede dirigir para obtener información, etc.

Además de la formalización por escrito y previamente al comienzo del teletrabajo, el dispositivo prevé la intervención sindical y de la oficina de empleo en la concertación del teletrabajo y en sus modificaciones, mediante el envío de la copia del respectivo acuerdo —con el debido ocultamiento de los datos protegidos—, apuntándose con eso a preservar la transparencia y el pleno cumplimiento de los derechos y deberes inherentes al trabajo a distancia, conforme a lo dispuesto en el artículo art. 6.2:

> Artículo 6. Obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia. (…)
>
> 2. La empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores. El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos.
>
> Esta copia se entregará por la empresa, en un plazo no superior a diez días desde su formalización, a la representación legal de las personas trabajadoras, que la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega.
>
> Posteriormente, dicha copia se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de las personas trabajadoras también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo.

En la SAN 4145/2022, de 12 de septiembre, se condenó a la empresa, al amparo del artículo 6.2 de la LTD, a entregar a la representación de los trabajadores una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia y sus modificaciones, al no haber logrado acreditar el cumplimiento de esta obligación legal.[578]

Tales exigencias demuestran que se dispensa un tratamiento similar al acuerdo de teletrabajo que el que se confiere a un contrato de trabajo, incluso en la línea de lo

[577] OIT. Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184). Disponible en: https://www.ilo.org

[578] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia 4145/2022, de 12 de septiembre de 2022. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e8bef8d26bfdf23a0a8778d75e36f0d/20220929.

previsto en el art. 8.2 del ET, como lo observa LAHERA FORTEZA: "El trabajo a distancia se sitúa en el espacio de una, así, revitalizada individualización de la relación laboral, que exige el acuerdo individual, lo dota de un contenido amplio, y lo formaliza como si prácticamente se tratara de un contrato de trabajo."[579]

En Brasil, el art. 75-C de la CLT, de igual forma exige que la "[...] prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo deberá constar expresamente del instrumento de contrato individual de trabajo" (traducción propia). El teletrabajo puede quedar establecido en el contrato originario o mediante apéndice, si se implanta posteriormente a la contratación (art. 75-C, §1º, de la CLT). De cualquier manera, esa formalización por escrito debe efectuarse antes del comienzo del teletrabajo. A diferencia de la norma española, la ley brasileña no exige un contenido mínimo para el acuerdo de teletrabajo e incluso se revocó el deber de especificar en el contrato las actividades del teletrabajo, deber que estaba previsto en la redacción originaria del art. 75-C de la CLT.

Actualmente, las únicas imposiciones legales de formalización son las relativas a la implantación o reversión del régimen de teletrabajo (art. 75-C, *caput* y §1º, de la CLT); a la responsabilidad por la adquisición, mantenimiento y suministro de equipos e infraestructura (art. 75-D de la CLT); y a la orientación a los empleados sobre la prevención de enfermedades y accidentes de trabajo (art. 75-E de la CLT). En las demás normas, solo consta una sugerencia o posibilidad de previsión en acuerdo individual. Es lo que se verifica en los arts. arts. 75-B, §§5º (sobre el tiempo de uso de equipos tecnológicos y de infraestructura), 8º (excepción a la territorialidad) y 9º (fijación de horarios y medios de comunicación), y 75-C, §3º (sobre los gastos resultantes de la reversión a la modalidad presencial), todos de la CLT.

En España, el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia está previsto en el art. 7º de la *Ley nº 10/2021*, que versa:

> Artículo 7. Contenido del acuerdo de trabajo a distancia.
>
> Será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente:
>
> a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.
>
> b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

[579] LAHERA FORTEZA, Jesús. *El acuerdo individual y los requisitos formales del trabajo a distancia regular y estructural. In:* TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit. p. 63.

> c) Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.
>
> d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.
>
> e) Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.
>
> f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.
>
> g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso.
>
> h) Medios de control empresarial de la actividad.
>
> i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.
>
> j) Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.
>
> k) Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.
>
> l) Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

El *caput* del dispositivo prevé la posibilidad de regulación del contenido del acuerdo de teletrabajo también por negociación colectiva. CASAS BAAMONDE afirma que la cláusula "sin perjuicio" indica que el contenido previsto en ley es mínimo y obligatorio en la concertación individual, sin perjuicio de la actuación autónoma de la negociación colectiva con respecto a ese contenido, como se refuerza en el primer apartado de la disposición adicional primera al permitirse que convenios y acuerdos colectivos establezcan "(...) contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia (...)".[580] En cuanto a ese aspecto, se recuerda que la LTD otorgó a la negociación colectiva la identificación de los puestos de trabajo y de las funciones compatibles con el trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral en el teletrabajo, su duración máxima y otros contenidos adicionales que se reputen necesarios (D.A.1º).

El contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia, previsto en el art. 7º de la LTD, está relacionado a tres esferas esenciales de ese régimen laboral: el lugar de trabajo (apartados *a*, *b*, *e, f*), como el inventario de materiales y equipos, los gastos con materiales e infraestructura, la indicación del lugar de trabajo y la adscripción a un centro empresarial; la duración y tiempo de trabajo (apartados *c*, *d*, *g*, *l*), como la jornada, los períodos presenciales, el tiempo de disponibilidad y la duración del teletrabajo; y los medios digitales (apartados *h*, *i*, *j*, *k*), como los medios de control empresarial, soporte técnico y protección de datos y seguridad de la información.

[580] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

En lo que atañe a los dos primeros aspectos (lugar y tiempo de trabajo), se observa que el acuerdo de trabajo a distancia establecerá condiciones específicas y concretas del empleado que lo celebra, tomando en cuenta sus características y necesidades personal y familiar, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las cuestiones pertinentes a los medios digitales, relacionadas con condiciones y procedimientos generales relativos al uso de la tecnología comunes a todos los teletrabajadores. Cualquier modificación de esas condiciones exigirá un nuevo acuerdo, con las mismas formalidades (art. 8º de la LTD).

A su vez, LAHERA FORTEZA clasifica el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia en tres tipos de cláusulas: cláusulas de configuración del trabajo a distancia (apartados *d*, *e*, *f*, *g, l*, *i*); cláusulas de condiciones económicas y laborales (apartados *c*, *a*, *b*, *h*); y cláusulas de protección de datos personales y seguridad informática (apartados *j*, *k*). El autor también hace un paralelismo con el art. 8.5 del ET, ya que los requisitos formales previstos en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7º) responden al cumplimiento del deber de información de las condiciones del contrato de trabajo.[581]

El primer requisito del acuerdo de trabajo a distancia consiste en la inclusión de un inventario de los medios, equipos y herramientas necesarios para la realización del teletrabajo (art. 7º, *a*), que deberán ser proporcionados o cubiertos por el empleador (art. 11 de la LTD). En el mismo sentido, el apartado siguiente (de letra *b*) exige la previsión —cualitativa y cuantitativa— de los gastos inherentes al teletrabajo y de sus respectivas formas de compensación a partir de la regla general de abono y compensación de los gastos (arts. 11 y 12 de la LTD), con remisión expresa a la negociación colectiva como instrumento esencial para regular la materia.

Con base en el artículo 7.b de la LTD, la Audiencia Nacional se ha pronunciado reiteradamente sobre el carácter imperativo de la obligación empresarial de asumir los gastos generados por el trabajo a distancia (SAN 44/2022, de 27 de enero; y 144/2022, de 10 de noviembre). LAHERA FORTEZA critica la necesidad de prever la vida útil o el plazo para la renovación de equipos, por resultar excesiva e incierta. Según el autor, bastaría con la garantía de amparo técnico (art. 11.2 de la LTD) y con la realización del reemplazo cuando se hiciera necesario.[582]

Más allá de la cuestión patrimonial, esa exigencia de inventario también refleja el cuidado —preventivo— con respecto al medio ambiente y a los equipos que se utilizarán, buscando asegurar plenas condiciones en materia de salud y seguridad laboral.

[581] LAHERA FORTEZA, op. cit., p. 68-75.
[582] *Idem*, p. 71.

Incluso, aunque no conste de forma expresa en la LTD, es recomendable prever, en el acuerdo de teletrabajo, la anuencia del trabajador en cuanto a recibir una visita en el lugar de trabajo para la evaluación de esas condiciones (si no puede hacerse por otros medios), ya que se trata de un requisito esencial para la implantación de ese régimen laboral.

El conjunto de los apartados *c*, *d* y *l* integran el eje que contempla el tiempo de trabajo en la modalidad a distancia, imponiendo que se prevea en el acuerdo individual la delimitación de la jornada y horarios, el porcentaje de distribución de las actividades presenciales y a distancia y la duración del teletrabajo.

En los apartados *c* y *d* se exige la indicación, en el acuerdo, del horario de trabajo, disponibilidad y porcentaje de distribución del trabajo presencial y remoto, sin perjuicio para la flexibilidad horaria (art. 13 de la LTD). Hay diversas configuraciones posibles en la distribución del trabajo presencial y remoto, como la fijación de una cantidad de días en la semana (como 1, 2 o 3 días en la semana), el establecimiento de determinados días de la semana para cada modalidad (como el trabajo presencial los martes y jueves) o, aun, sistemas dinámicos y alternativos (entre 10 y 20 días por mes), no habiendo factores condicionantes para ese arreglo siempre y cuando comporte un porcentaje mínimo del 30% de trabajo a distancia (art. 10 de la LTD). El art. 7.d) de la LTD exige que el acuerdo individual de trabajo a distancia defina con precisión el porcentaje de la jornada que se trabajará a distancia, resultando inválido establecer horquillas entre el 30 y el 100% de la jornada, lo que supone la disponibilidad arbitraria de este régimen laboral a favor del empresario. En este sentido, SAN 272/2024, de 23 de enero de 2024; SAN 5109/2022, de 10 de noviembre de 2022; y SAN 4145/20222, de 12 de septiembre de 2022.

Además de la delimitación temporal ordinaria, resulta conveniente para el empleador antever situaciones peculiares en la dinámica laboral que puedan demandar ajustes en la distribución del período de trabajo presencial o remoto, como reuniones, cursos, vacaciones, licencias, feriados, proyectos, entre otros. En consecuencia, es importante establecer en el acuerdo de teletrabajo la dinámica para la comparecencia presencial del teletrabajador, o sea, si se hará mediante previo aviso, concertación u otra forma, puesto que la comparecencia del trabajador fuera de los días y horarios informados depende de la anuencia del empleador, a quien cabe la organización del trabajo. Lo mismo debe ocurrir con las hipótesis de convocatoria del teletrabajador por parte del empleador, cuyas reglas y procedimientos deben estar bien definidas en el acuerdo de teletrabajo por demandar antelación y planificación del trabajador, visto que estar a disposición en el teletrabajo no significa disponibilidad presencial.

No obstante, deben respetarse los límites establecidos por los artículos 7.d) y 8.1 de la LTD, los cuales exigen que el porcentaje y la distribución entre trabajo presencial y a distancia sean definidos mediante acuerdo previo entre las partes. En este sentido, sobre la base de las normas citadas, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la cláusula del contrato de teletrabajo que preveía la determinación del tiempo de teletrabajo por el responsable jerárquico, en atención a las necesidades de la empresa (Sentencia STS 959/2024, de 26 de junio de 2024), por los siguientes motivos:

> El inciso discutido de la cláusula 6 no garantiza el acuerdo de voluntades entre el trabajador y la empresa en relación con el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia, que forma parte del contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo (arts. 5, 6 y 7 de la LTD). El resto del contenido de la cláusula 6 no avala los argumentos de la empresa sino todo lo contrario puesto que, ni en esa cláusula, ni en el anexo en su integridad, se recoge la posibilidad de acuerdo entre las partes interesadas sobre este punto, sino que se atribuye tal facultad en exclusiva al responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. Por lo tanto, el recurso de debe ser desestimado en este punto.[583]

Otra cláusula obligatoria del acuerdo de teletrabajo consiste en la concertación de los períodos de disponibilidad (o de guardia), esto es, los períodos en los que el trabajador, fuera de la jornada efectiva, permanecerá disponible (y ubicable) para que lo llamen a prestar servicios urgentes, en cualquier momento, lo cual se remunerará con un adicional (plus de disponibilidad) por el simple hecho de permanecer disponible.[584] Esto permite que se llame al trabajador en cualquier momento —con la consecuente restricción de su descanso y de la desconexión—, por lo cual el horario o jornada de trabajo podrá sufrir modificaciones para que el trabajador atienda tareas urgentes sin que eso, no obstante, redunde en un aumento de esa jornada.

Sin embargo, la expresión "reglas de disponibilidad", utilizada en la LTD (art. 7º, *c*), es problemática, puesto que se la puede interpretar como la disponibilidad definida en el párrafo anterior, pero también se la puede asociar a los períodos en los que el teletrabajador, en un régimen de flexibilidad horaria, deberá permanecer conectado y disponible para el empleador. En ese sentido, advierten GÓMES GORDILLO *et al.*:

> A pesar de su nombre (que puede inducir, claramente, a confusión), no estamos ante un tiempo de disponibilidad similar al de las guardias de localización que, como bien sabemos, no se consideran tiempo de trabajo con carácter general. Por lo tanto, si la persona trabajadora se ha comprometido a prestar servicios efectivos en unos determinados períodos, debe necesariamente cumplirlos.[585]

---

[583] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 959/2024, de 26 de junio de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1110bf8564aa4abaa0a8778d75e36f0d/20240712
[584] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 270.
[585] GÓMES GORDILLO *et al*., op. cit., p. 305.

Así, se entiende que las reglas de disponibilidad exigidas en el acuerdo individual de trabajo a distancia (art. 7º, *c*) abarcan tanto las franjas horarias en las cuales se exige la conexión y disponibilidad del trabajador a distancia (más habitual) como eventuales períodos de disponibilidad en los que el trabajador permanece disponible y ubicable (fuera de la jornada efectiva) para ser convocado a prestar servicios urgentes si esta es una exigencia del cargo o puesto de trabajo que ocupa. Aun así, se trata de un instituto que se debe regular por negociación colectiva, evitándose eventuales abusos o imposiciones unilaterales.

A su vez, en el apartado *l* se exige la concertación del tiempo de duración del trabajo a distancia sin imponer factores condicionantes mínimos ni máximos. Así, salvo previsión diversa en negociación colectiva, se puede arreglar el trabajo a distancia por tiempo indeterminado o determinado, por períodos prorrogables o no, en cuantitativos establecidos por las propias partes, que pueden ser de 3 o 6 meses a uno o más años, como lo mencionamos anteriormente al analizar la voluntariedad y la reversibilidad en el trabajo a distancia. Por inferencia de la presunción que incide sobre los contratos de trabajo, la no estipulación de un plazo de duración del trabajo a distancia resultará en un pacto por tiempo indeterminado.

De la misma forma, en el art. 7º de la LTD se exige que el acuerdo de teletrabajo especifique el centro de trabajo al cual estará adscrito el trabajador (apartado *e*) y el lugar en el que se realizará el teletrabajo (apartado *f*). De esto resulta la posibilidad de que el lugar del teletrabajo no coincida con el centro al que se vincula el trabajador, algo que sería poco común en la lógica del trabajo presencial, pero que resulta apropiado en la dinámica del teletrabajo. El centro de adscripción (o sea, la vinculación a un espacio físico del empleador) es un elemento importante en la definición de muchos factores, como el vínculo con la seguridad y asistencia social, la representación sindical, las medidas sanitarias y de prevención de riesgos laborales, la equiparación de derechos (en especial de especie remuneratoria), los feriados locales y días festivos, entre otros. Igualmente importante es el lugar de trabajo, con múltiples reflejos, como el relativo al reconocimiento de accidente del trabajo y a la propia legislación laboral aplicable.

En el teletrabajo híbrido, el centro de adscripción será aquel en el cual se realice la actividad presencial, como se desprende de la parte final del art. 7 de la LTD. El problema está en saber cuál es el centro de adscripción en el régimen de teletrabajo exclusivo, puesto que en la LTD no se especifica ningún criterio, solo se indica la necesidad de que conste en el acuerdo individual, lo que podría llevar a la conclusión de que esa elección quedaría a criterio del empleador. Ante eso, HERAS GARCÍA describe las soluciones adoptadas en

negociación colectiva: vincular al teletrabajador a un centro concreto de la empresa; vinculación al centro con el cual el trabajador establece la conexión telemática (si en línea) o del cual recibe las instrucciones (si *offline*); adscripción al centro en el cual realiza el mayor número de horas de actividad presencial; vinculación de todos los teletrabajadores a un único y mismo centro; entre otras.[586]

De cualquier manera, la exigencia que consta en el apartado *e* no permite la libre indicación del centro de adscripción, cuya elección debe justificarse y guardar correspondencia con la realidad del teletrabajo concertado y, dentro de lo posible, con el lugar habitual de la prestación de servicio u otro parámetro definido en negociación colectiva. En el teletrabajo en régimen híbrido, habrá vinculación al centro de trabajo al que el teletrabajador concurra presencialmente (art. 7º, *e*), aunque de modo itinerante, caso en el que se utilizará la localidad predominante. En el teletrabajo exclusivo, se recomienda la adscripción al centro de trabajo más cercano al lugar habitual de la prestación del servicio o, en su falta, a la matriz/domicilio de la empresa (D.A. 3ª).

Como ejemplo de las dificultades que plantean los criterios adoptados en la LTD, podemos citar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sentencia 584/2024, de 2 de octubre), al analizar un conflicto de competencia territorial relativo a un contrato de teletrabajo en el que figuraba como lugar de teletrabajo el municipio de Badajoz (donde, de hecho, el trabajador realizó sus actividades remotas), pero con una vinculación formal (centro de adscripción) a un establecimiento situado en Madrid. El Tribunal concluyó que el lugar habitual de prestación de servicios en el teletrabajo puro es determinante para la competencia territorial de la jurisdicción social (art. 10.1 de la Ley de la Jurisdicción Social y art. 7.e de la LTD).[587] En una sentencia similar, relativa a un caso en que el teletrabajador trabajaba presencialmente tres días a la semana en Madrid pero tenía su domicilio en Zaragoza, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón aplicó la regla de que cuando los servicios se prestan en lugares de distintas circunscripciones territoriales, el trabajador puede elegir entre el lugar de su domicilio, el del contrato o el del domicilio del demandado (art. 10 de la LRJS), reconociendo al final la competencia territorial de los juzgados de Zaragoza (sentencia 380/2024, de 16 de mayo).[588]

---

[586] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 41-2.

[587] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Social. Sentencia 584/2024, de 2 de octubre de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/02cf4598f3a405bda0a8778d75e36f0d/20241111

[588] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Social. Sentencia 380/2024, de 16 de mayo de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7503fbaf57af383a0a8778d75e36f0d/20240813

Con respecto al apartado *f* (exigencia de indicación del lugar de teletrabajo elegido por el teletrabajador), no se puede adoptar interpretación restrictiva en el sentido de tener que indicar solo un lugar determinado, limitando el teletrabajo a la modalidad fija. Se entiende adecuada una interpretación amplia que admita la indicación de más de un lugar de trabajo o, aun, la posibilidad de previsión genérica de una región. Por ejemplo, sería posible establecer en el acuerdo que el teletrabajo se podrá prestar en cualquier lugar del territorio español, de la Unión Europea o de Madrid; o, aun, adoptarse un criterio dinámico en el acuerdo en cuanto a que el teletrabajador informará el lugar de trabajo semanalmente —o con otra frecuencia— o con determinada antelación. Esta interpretación ampliativa es más acorde con la realidad dinámica y desterritorializada del trabajo remoto, invocándose, en ese aspecto, los fundamentos aducidos anteriormente al discurrir sobre la no territorialidad.

Por otro lado, resulta evidente que la exigencia de indicación del lugar de trabajo cumple un papel importante en la gestión de la salud y seguridad laboral, permitiendo al empleador adoptar todas las cautelas necesarias para prevenir riesgos laborales en el(los) ambiente(s) indicado(s). Ese deber (y sus efectos) es objeto de debate cuando se trata de teletrabajo móvil (sin lugar fijo) o itinerante, ya que esta modalidad inviabilizaría la adecuación de todos los lugares por parte del empleador en cada prestación, tema que se analizará posteriormente, en la sección en la que se abordará lo relativo a la salud y la prevención de los riesgos laborales.

Por último, la inclusión de cláusulas relacionadas con los medios digitales (entendidos como tales los apartados *h*, *i*, *j* y *k)* como materia obligatoria del acuerdo de teletrabajo apunta más a la preservación del derecho de información del trabajador que a una eventual negociación individual, habida cuenta del reducidísimo contenido negocial de esos temas. Así, con esas cláusulas se busca asegurar el conocimiento, por parte del teletrabajador, de los medios de control de las actividades utilizados por el empleador, de los procedimientos para la obtención de soporte técnico y de las instrucciones que se deben observar para garantizar la protección de datos y la seguridad informática, habida cuenta de que el teletrabajo involucra una intensa transferencia y circulación de datos en los más diversos equipos, redes y ambientes. Este tema será retomado con más detenimiento más adelante, cuando se analicen los derechos relacionados al uso de las herramientas digitales.

A pesar de la preocupación del legislador en cuanto a la formalización por escrito, olvidó establecer eventuales consecuencias para los casos en los que esa formalidad no se respete o se observe de forma incompleta. Sin duda, el incumplimiento de la norma legal podrá determinar que la inspección del trabajo abra un expediente administrativo, pero persiste

la duda en cuanto a los efectos con respecto al trabajador. GOERLICH PESET concluye que la falta de formalización no producirá efectos contractuales relevantes, dado que no es posible aplicar la regla general del art. 8.2 del ET y que mucho menos se podría manejar la hipótesis de retorno al trabajo presencial en virtud de la falta de forma.[589] TRILLO PÁRRAGA, por su parte, afirma que "La falta de forma escrita no provoca su nulidad, sino exclusivamente la presunción de haberse celebrado el contrato de trabajo por tiempo indefinido y a tiempo completo (art. 8.2 del ET)".[590] En el mismo sentido, LAHERA FORTEZA señala que los requisitos formales del acuerdo de teletrabajo constituyen un medio probatorio y de seguridad jurídica y no un elemento esencial constitutivo cuya ausencia impediría la aplicación del régimen jurídico específico, amparado en el principio de la realidad.[591]

En ese aspecto, se entiende que la exigencia de formalidad, con contenido mínimo, del trabajo a distancia constituye una garantía del trabajador de forma tal que la no observancia de esos preceptos (por parte del empleador) no podrá perjudicarlo. Así, la eventual ausencia de la debida formalización conllevará una presunción favorable al trabajador que se deberá evaluar en cada caso concreto. El mismo raciocinio se aplica en la realidad brasileña cuando el teletrabajo —u otra cláusula obligatoria— no conste expresamente en el instrumento contractual, puesto que se trata de incumplimiento normativo imputado al empleador y que no podrá resultar en perjuicio para el trabajador. Al contrario, habrá una presunción favorable al trabajador en la cuestión en debate.

Además, considerando la realidad normativa brasileña, que no establece un rol con el contenido mínimo del pacto de teletrabajo, es recomendable para el empleador formalizar ese instrumento de forma tal que contemple los aspectos esenciales de esa modalidad. Para ello podrá tomar como referencia la ley española, que retrata muy bien las cuestiones relacionadas al lugar y tiempo de trabajo, gastos y cuidados/protecciones en el uso de equipos y herramientas digitales.

De cualquier manera, aunque la legislación establezca exigencias formales que servirán como pruebas preconstituidas, siempre prevalecerá la realidad de los hechos, en virtud de la primacía de la realidad que impera en el Derecho Laboral.

Por último, esas reglas relativas a las exigencias formales del trabajo a distancia no se encuadran como normas intrínsecamente digitales y, por lo tanto, no se pueden

[589] GOERLICH PESET, José María. *La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general. In* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 37.
[590] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 46.
[591] LAHERA FORTEZA, op. cit., p. 76.

extender a las hipótesis de teletrabajo no regular. Sin embargo, es recomendable la formalización por escrito de los acuerdos de teletrabajo, aunque no sea regular, con vistas a resguardar la voluntariedad y la seguridad jurídica en los actos constitutivos de esa modalidad laboral.

2.4 Derechos de los Trabajadores

El capítulo III de la *Ley nº 10/2021* versa sobre los derechos de las personas trabajadoras a distancia. En términos generales, la nueva Ley se aleja de la regulación anterior, basada en la autonomía de la voluntad individual, ya que el trabajo a distancia ha pasado a ser una modalidad habitual y creciente, dejando de ser una situación excepcional, por lo cual demanda un nuevo marco de relaciones laborales.[592]

En la dirección contraria, la norma brasileña enaltece la autonomía individual al remitir temas relevantes a pactos individuales entre empleador y empleado, generando inseguridad con respecto a diversos derechos laborales otrora consolidados y generando un reto hermenéutico constante para conciliar los principios y normas laborales —establecidos en la *Constitución* y en la CLT— con las reglas especiales del teletrabajo sin comprometer la necesaria equidad que debe prevalecer entre los trabajadores (en cualquier modalidad) y entre todos los tipos de trabajo.

Para una mejor organización didáctica, los derechos se analizarán a partir de tres vectores preponderantes: derechos de naturaleza económica, derechos relacionados a la jornada de trabajo y derechos relacionados al uso de herramientas digitales. Esto no significa que se ignore el carácter polifacético de esos derechos, que pueden involucrar más de uno de los aspectos mencionados. También cabe aclarar que los capítulos se ordenaron siguiéndose las disposiciones de la ley española, con sus seis secciones en el tercer capítulo, relativo a los derechos de los trabajadores a distancia, por lo cual no se trata, obviamente, de una ordenación axiológica. Además, por la relevancia del tema, se optó por abordar la cuestión relativa a la salud y seguridad laboral y a los derechos colectivos en secciones específicas, al final del trabajo.

2.4.1 Derechos de naturaleza económica

[592] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

Uno de los principales aspectos del trabajo a distancia es el relativo a los costos para la realización del trabajo, en especial los relacionados a los medios, equipos, herramientas e infraestructura, los cuales deben ser cubiertos por el empleador, como resultado de la carga de desarrollar una actividad económica. Se puede incluso afirmar la existencia de un verdadero principio de no imputación de gastos al trabajador por llevar a cabo el teletrabajo, ya que compite al empleador cubrir los costos de producción. La eventual imputación de gastos al trabajador resultaría, de hecho, en términos prácticos, en la reducción del valor real del salario y de sus ingresos, así como la transferencia indebida de las cargas y riesgos de la actividad económica.

Desde 1996, la OIT resalta la importancia del resarcimiento de los gastos necesarios al trabajo a domicilio, como se observa en el art. 16 de la *Recomendación nº 184*:

> 16. Los trabajadores a domicilio deberían percibir una compensación por:
> (a) los gastos relacionados con su trabajo, como los relativos al consumo de energía y de agua, las comunicaciones y el mantenimiento de máquinas y equipos;
> (b) el tiempo dedicado al mantenimiento de máquinas y equipos, al cambio de herramientas, a la clasificación, al embalaje y desembalaje y a otras operaciones similares.[593]

Por otro lado, el *Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo* —gestado en el contexto del desarrollo tecnológico— es más minucioso, puesto que establece la necesidad de que se acuerden previamente esas condiciones, así como define las responsabilidades de cada parte: al empleador compite proporcionar y mantener las herramientas necesarias, cubrir los gastos directos oriundos del trabajo, proveer soporte técnico y responsabilizarse por las pérdidas y daños de los aparatos utilizados; al empleado se atribuyen los deberes de cuidado y utilización segura de los equipos. Esta es la redacción dada al art. 7º del AMET:

> 7) Equipamientos
> Todas las cuestiones relativas a los equipamientos de trabajo, a la responsabilidad y a los costos son definidos claramente antes de iniciar el teletrabajo.
> Como regla general, el empresario está encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo.
> Si el teletrabajo se realiza regularmente, el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones.
> El empresario dotará al teletrabajador de un servicio adecuado de apoyo técnico.
> El empresario tiene la responsabilidad, conforme a la legislación nacional y a los convenios colectivos, en lo referente a los costes ligados a la pérdida o a los desperfectos de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador.
> El teletrabajador cuidará los equipamientos que le han confiado; no recogerá ni difundirá material ilícito vía internet.

[593] OIT. Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184). Disponible en: https://www.ilo.org

La ley española resaltó dos artículos para tratar de ese tema. El primero (art. 11), para exigir del empleador el suministro y mantenimiento de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para la realización del trabajo a distancia; el segundo (art. 12), para garantizar el resarcimiento de otros gastos inherentes al teletrabajo, no proporcionados ni puestos a disposición por el empleador, sobre todo los vinculados a las instalaciones utilizadas. Según la SAN 1478/2023, de 21 de marzo, la dotación de medios y la compensación de gastos corresponden a dos institutos diferenciados:

> Debemos indicar en primer término que conforme a la exposición de motivos de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, el Capítulo III desarrolla entre otros aspectos los " *derechos relativos a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos"*, siendo que ya esta primera aproximación revela que "dotación de medios" y "compensación de gastos" son dos institutos diferenciados.
> En concreto, el art. 7 de la Ley, regulador del contenido del acuerdo de trabajo a distancia ahonda en dicha diferenciación, pues dentro del contenido mínimo obligatorio de dicho acuerdo, el precepto alude a dichos institutos en dos apartados diferenciados: 1) el apartado a): " *Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos*"; 2) y el apartado b): " *Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como formade cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma pararealizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivode aplicación".*
> Y de nuevo, la Sección Segunda del Capítulo Tercero, atinente a los derechos de las personas trabajadorasa distancia, contiene dos preceptos distintos, regulando el primero el derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas (art. 11) y el segundo, el derecho al abono y compensación de gastos.[594]

Sobre el derecho a la dotación de medios, dispone el art. 11 de la *Ley nº 10/2021*:

> Artículo 11. Derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas.
> 1. Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación. En el caso de personas con discapacidad trabajadoras, la empresa asegurará que esos medios, equipos y herramientas, incluidos los digitales, sean universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa.
> 2. Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo.

[594] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. *SAN 1478/2023, de 21 de marzo*. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dbb2f3986c80686ea0a8778d75e36f0d/20230412. Consultado el 17 dic 2024.

A su vez, en el art. 12º de la LTD se prevé el derecho al resarcimiento y compensación de los gastos vinculados al desarrollo del trabajo digital, en estos términos:

> Artículo 12. El derecho al abono y compensación de gastos.
> 1. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral.
> 2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

Además de ser institutos distintos que no deben confundirse, la ordenación que se verifica en la LTD es indicativa del carácter preferencial conferido al suministro y al mantenimiento de los medios, infraestructura y equipos por el empleador (art. 11), restando el abono y la compensación de los gastos (art. 12) —de carácter subsidiario— como alternativa para los gastos cuya provisión directa, por su naturaleza, sea inviable o dificultosa, visto que implican gastos relacionados a las instalaciones utilizadas como lugar de trabajo, generalmente administradas por el trabajador, como, por ejemplo, la energía eléctrica, el teléfono o internet de la residencia desde la cual se realiza el teletrabajo. Se verifica, no obstante, entendimiento diverso en el sentido de afirmar el carácter complementario de esos derechos, dada la realidad compleja que puede presentar el teletrabajo.[595]

Ambos dispositivos ponen claramente de manifiesto que ningún gasto necesario para la realización del trabajo a distancia deberá ser abonado por el trabajador, como se infiere del uso del determinante indefinido “todos” [los medios y equipos] en el art. 11 de la LTD y de la remisión expresa que consta en el art. 12 de que “(...) no podrá suponer [el teletrabajo] la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral.” El artículo 12.2 de la LTD exhorta a la negociación colectiva -como instrumento adecuado- para materializar el derecho al abono y compensación de los gastos derivados del teletrabajo, lo que, sin embargo, corresponde al empresario por fuerza de ley, aunque no esté previsto en convenio colectivo.

A este respecto, el Tribunal Supremo, aunque guiado por el RDL 28/2020, pero cuyos preceptos fueron reiterados en la LTD, reafirmó la responsabilidad del empresario de facilitar los medios necesarios para la realización del trabajo a distancia, incluyendo las herramientas, equipos y soportes técnicos, cuyo incumplimiento no puede recaer sobre el

[595] GÓMES GORDILLO, op. cit., p.295.

trabajador (Sentencia 565/2023, de 19 de septiembre de 2023).[596] En otra resolución, el Tribunal Supremo reafirmó el deber empresarial de dotar de los medios materiales necesarios para el trabajo a distancia y de compensar los gastos realizados por los trabajadores como consecuencia de su actividad laboral, aunque desestimó la reclamación colectiva, por tratarse del periodo de pandemia, en el que la materialización de esta compensación depende de la negociación colectiva (al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del RDL 28/2020 y de la LTD), sin perjuicio de la vía de reclamación individual por su eventual incumplimiento (Sentencia 179/2023, de 8 de marzo).[597]

De hecho, incluso antes de esta nueva regulación del trabajo a distancia ya había indicadores consistentes sobre la responsabilidad del empleador en lo referido a los costos del trabajo a distancia, como lo aborda CHUECA al tratar del período anterior a la pandemia (y a la LTD):

> De este modo, antes de la pandemia, ya existían criterios judiciales (en particular, abuso de derecho por consentimiento débil del trabajador, ajenidad en los medios y enriquecimiento injusto o sin causa) que, aplicados análogamente al trabajo a distancia, derivan, parecería que inexorablemente deba ser el empleador quién deba asumir los costes de los medios en el trabajo a distancia.[598]

Además, en el art. 11.1 de la LTD, al exigirse del empleador que ofrezca las condiciones adecuadas y universalmente accesibles de trabajo, se introduce una importante previsión para garantizar la reinserción social de los trabajadores con discapacidad, dado que el teletrabajo permite la superación de diversas barreras sociales y materiales impuestas a las personas con discapacidad y, por consiguiente, la reformulación del concepto de discapacidad laboral frente a este nuevo escenario de amplias posibilidades de trabajo.

Por su parte, la norma brasileña no garantiza, expresamente, el suministro de equipos ni el resarcimiento de los gastos resultantes del teletrabajo, puesto que deja la materia librada a la concertación individual entre empleado y empleador, como lo dispone el art. 75-D de la CLT:

> Art. 75-D. Las disposiciones relativas a la responsabilidad por la adquisición, mantenimiento o suministro de los equipos tecnológicos y de la infraestructura necesaria y adecuada a la prestación del trabajo remoto, así como al reembolso de gastos cubiertos por el empleado, serán previstas en contrato escrito. (Incluído por la *Ley nº 13.467*, de 2017)

[596] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 565/2023, de 19 de septiembre de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/386c0c55c863de51a0a8778d75e36f0d/2023100
[597] ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 179/2023, de 8 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/de7beca5fb082543a0a8778d75e36f0d/20230323
[598] CHUECA, Oriol Cremades. *Notas acerca de la compensación de gastos en el trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19*. *In:* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p.140.

> Párrafo único. Las utilidades mencionadas en el caput de este artículo no integran la remuneración del empleado. (Incluido por la *Ley nº 13.467*, de 2017) (traducción propia)

A pesar de presentar lagunas, el precepto normativo se debe analizar en conjunto con los principios y demás normas que orientan el Derecho del Trabajo, de forma tal que cabrá al empleador abonar los gastos resultantes de la implantación y mantenimiento del teletrabajo, habida cuenta de que es suya la carga de la actividad económica (arts. 2º, 468 y 458, §2º, I, de la CLT).

Considerando las diversas actividades realizables por medio de teletrabajo, la norma citada permite una adecuación, mediante acuerdo individual, para cada realidad, pudiéndose especificar los equipos e infraestructura necesarios, las reglas para su suministro, utilización y mantenimiento, la previsión de resarcimiento de gastos inherentes al lugar (como energía eléctrica, *internet,* materiales), entre otros. Pero el acuerdo individual no podrá imputar al trabajador que asuma los gastos necesarios a la realización del trabajo, de ningún orden, ya que se trata de costos del proceso productivo, de responsabilidad del empleador.

En ese sentido se aprobó el *Enunciado 70* en la 2ª *Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho* [2ª Jornada de Derecho Material y Procesal Laboral], promovida por la *Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho* (ANAMATRA) brasileña, en mayo de 2018, el cual dispone:

> 70. TELETRABAJO: PAGO DE EQUIPOS
> El contrato de trabajo debe disponer sobre la estructura y sobre la forma de reembolso de gastos del teletrabajo, pero no puede transferir al empleado sus costos, que deben ser abonados exclusivamente por el empleador. Interpretación sistemática de los artículos 75-D y 2º de la CLT a la luz de los artículos 1º, IV, 5º, XIII y 170 de la Constitución de la República y del artículo 21 del Convenio 155 de la OIT.[599] (traducción propia)

El texto de la CLT alude a *equipos tecnológicos*, entendidos como equipos corpóreos imprescindibles para la realización del teletrabajo (ordenadores, teléfonos, impresora, audífonos, micrófonos, *mouse*, monitores), así como a la *infraestructura*, correspondiente a los medios por los cuales se realizará el teletrabajo, que pueden ser físicos y corpóreos (mesa, silla, descanso para los pies, soportes) o incorpóreos (internet, energía eléctrica, softwares).[600]

[599] ANAMATRA. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, 2018. Disponible en: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf
[600] PACHECO, DESTE, op. cit., p. 47.

En la LTD, se utilizan las expresiones “medios”, “equipos” y “herramientas”, bastante amplias, que abarcan todo tipo de equipo, objeto, instrumentos, espacio físico e infraestructura, tanto físicos como digitales, necesarios al trabajo a distancia. La adopción de conceptos jurídicos indeterminados permite una mejor adaptación regulatoria de esa materia a la realidad de cada región, sector, actividad y empresa, lo que amplifica el papel otorgado a la negociación colectiva para concretar y trazar el contorno de este relevante derecho/deber. Sin embargo, será necesario permanecer atento para que esa gran versatilidad no dé lugar a que el teletrabajador asuma gastos que no le corresponden.

Incorporado a la obligación general de provisión y mantenimiento de los medios, infraestructura y equipos, está el deber —correlato— del empleador de prestar el respectivo soporte técnico, especialmente en el teletrabajo, que impone la utilización de herramientas informáticas y tecnológicas, utilizadas en lugares heterogéneos, estando más propenso a fallas o dificultades técnicas y operativas. Esta exigencia de apoyo técnico deriva de la responsabilidad por el “mantenimiento” de los medios, expresión adoptada en las leyes española y brasileña, además de constar, expresa y específicamente, en el AMET (apartado 7 supra) y en el art. 11.2 de la LTD (supra), cabiendo al teletrabajador el deber de comunicar y provocar ese soporte, inmediatamente, ante cada falla o evento, en las condiciones definidas por la empresa.

Así, el empleador deberá proveer el soporte técnico de las máquinas, equipos y herramientas utilizadas en el teletrabajo, lo que no podrá quedar a cargo del trabajador. Cualquier falla o dificultad técnica no deberá implicar ningún perjuicio para el trabajador, como descuentos salariales o compensaciones de los períodos de indisponibilidad (art. 4.2 de la LTD). Recordando el principio de la igualdad (sustancial) abordado en capítulo anterior, la necesidad de dotar a los teletrabajadores de un adecuado soporte técnico responde al objetivo de equiparar las condiciones a las del trabajo presencial, en el cual se ofrece toda la estructura, equipos y materiales necesarios para el trabajo y en perfecto estado de funcionamiento, al igual que está prohibido que los trabajadores se vean perjudicados en caso de cualquier dificultad técnica, operativa u otra eventualidad -no imputable a ellos- que inviabilice el trabajo (como el corte de energía eléctrica, de sistema o de internet y el deterioro o defecto de los equipos, etc.), lógica que se extiende de igual forma al teletrabajo.

Desde esa perspectiva, la empresa debe incentivar una política prevencionista y realizar actualizaciones constantes del parque tecnológico, equipos y mobiliarios, evitándose eventos y paralizaciones por desgaste, falta de mantenimiento o deterioro de los medios. Sobre el tema, resulta oportuna la manifestación de MUÑOZ RUIZ en cuanto a que “(...) la empresa

también podrá cambiar los equipos y medios, en función de criterios técnicos y de productividad y competitividad, incluso antes del fin de la vida útil esperada, sin que el inventario del acuerdo de trabajo a distancia deba considerarse un obstáculo para ello."[601]

Por otro lado, paralelamente a ese deber de suministro de los medios por parte del empleador, existe la obligación, para los trabajadores, de guarda, cuidado (expreso en el art. 7º del AMET) y buen uso de los equipos, dispositivos y herramientas recibidos —en comodato—, de acuerdo con las instrucciones prescritas y la finalidad prevista, bajo pena de responder por eventuales daños y averías causados por una utilización impropia o desvirtuada (art. 462, §1º, de la CLT). Como lo subrayan LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, "[...] el principio de ajenidad de los medios por causa no imputable al trabajador se debe imputar al empleador, porque es el que tiene la obligación de proporcionarlos en buen estado para que se pueda desempeñar el trabajo", al mismo tiempo en que en el caso de "[...] dificultades que no sean propiamente técnicas, sino que obedezcan a un mal uso de la persona trabajadora, esta estaría obligada a los costes de reparación de averías y mantenimiento".[602]

Cabe observar que ambos ordenamientos jurídicos establecen el deber de acordar, previamente y por escrito, las condiciones relativas al suministro y mantenimiento de los equipos e infraestructura necesarios al teletrabajo, así como el reembolso de los gastos directamente relacionados al desarrollo de la actividad laboral, de conformidad con el art. 75-D de la CLT y los arts. 7º, *a* y *b*, 11 y 12, de la LTD. Además, la regla general de suministro de los medios e infraestructura adecuada para la realización del teletrabajo abarca, especialmente, los equipos de protección personal, sin los cuales no se permitirá la realización de la labor. Se trata de imputación lógica derivada no solo de la responsabilidad empresarial de proporcionar todas las herramientas necesarias para la realización de la actividad laboral, sino, sobre todo, del deber de asegurar un ambiente de trabajo seguro y sano para todos los trabajadores, un deber asociado con la prevención de los riesgos laborales.

Como el empleador tiene el deber de proveer los equipos necesarios para la realización del teletrabajo, se prohíbe exigir del trabajador que utilice sus equipos personales para el cumplimiento de la actividad laboral. La gran cuestión que se plantea gira en torno a la posibilidad de que el teletrabajador utilice su propio equipo, si así lo desea. La primera premisa es la de que la voluntad debe ser libre y verdadera, ya que situaciones unilateralmente impuestas (abuso de poder), fraudulentas o en las que la decisión del trabajador estaba condicionada por

[601] MUÑOZ RUIZ, Ana Belén. *Derechos económicos del teletrabajador. In:* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 121.
[602] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 204.

el temor a sufrir algún tipo de perjuicio o sanción (como la pérdida de oportunidades o de la posibilidad de realizar teletrabajo o, aun, el temor a ser despedido) no se encuadran en esta hipótesis.

De esa forma, existiendo una real y efectiva voluntad del teletrabajador, no habrá óbice en cuanto a que utilice su propio equipo, para lo cual necesita contar con la anuencia del empleador, pues deberá acordar los términos con él, incluso sobre eventuales abonos por fallas, mantenimiento y desgastes derivados del uso del equipo. Al remitir a la negociación individual, la norma brasileña no prohíbe la utilización, por parte del trabajador, de su propio equipo. En el caso español, en cambio, el art. 17.2 de la *Ley nº 10/2021* prohíbe al empleador que exija el uso de dispositivos personales del trabajador para la realización del trabajo, de lo que se desprende, por otro lado, que esa utilización es posible si deriva de una opción —no de una exigencia o imposición— del propio trabajador.

Sin embargo, el hecho de que el trabajador, por libre voluntad, opte por el uso de su propio equipo y dispositivos no exime al empleador del deber general de proporcionar todos los instrumentos necesarios para la realización del trabajo, en este caso mediante la previsión de la adecuada compensación para dicho uso, además de prever la responsabilidad por las averías y deterioros derivados de la utilización para el trabajo. Por lo tanto, se revela prohibido imponer al trabajador el uso de equipos personales para realizar el trabajo a distancia o permitir/acordar esa utilización sin haber definido una compensación adecuada y la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de dicho uso. Además, es necesario cumplir con las normas de protección de datos, ya que el uso de dispositivo personal para el trabajo aumenta los riesgos de violación de la privacidad e intimidad del trabajador, a partir del acceso a diversos datos personales y sensibles y de la posibilidad fática de un control empresarial incluso fuera del horario y lugar de trabajo.

Es interesante mencionar el III Convenio Colectivo de Contac Center, suscrito el 14 de marzo de 2023 (código de convenio número 99012145012002) y publicado en el BOE el 9 de junio de 2023, de la Dirección General de Empleo, que prohíbe el uso de herramientas, aplicaciones o dispositivos personales de los trabajadores y que, en caso de necesidad de utilizar sistemas de autenticación de doble factor, la empresa deberá facilitar las herramientas y medios necesarios para ello, con la única excepción de la posibilidad de que el trabajador rechace el equipo, en cuyo caso podrá consentir el uso de su propio dispositivo personal. El cumplimiento de este acuerdo fue ordenado por la SAN 487/2024, de 5 de febrero, en un caso en el que la empresa, pese a estar sujeta al citado convenio colectivo, obligó al

trabajador a utilizar su teléfono personal para autenticarse en el sistema mediante el envío de códigos a través de mensajes SMS.[603]

Además del suministro de los medios necesarios para el trabajo a distancia, las dos legislaciones establecen el deber de resarcimiento del trabajador por gastos en los que incurra en el cumplimiento del trabajo a distancia, en la forma del art. 12 de la LTD y del art. 75-D de la CLT, segunda parte ("[...] reembolso de gastos abonados por el empleado, serán previstos en contrato escrito"). Y es así porque el trabajo a distancia genera gastos relacionados al cumplimiento de la actividad laboral que repercuten en el presupuesto personal y familiar, ya que están asociados a un lugar de trabajo mantenido y administrado por el propio trabajador. Es el caso de la electricidad, climatización, calefacción, insumos y materiales (papeles, bolígrafos, notas adhesivas, tinta para impresoras), teléfono, internet, red lógica, iluminación, limpieza, agua, deterioro de mobiliarios, etc.

Sobre la distinción entre el suministro de medios, equipos y herramientas *versus* el reembolso de gastos, explica CHUECA:

> A nuestro parecer, parecería que el primer conjunto ("medios, equipos y herramientas") se referiría a elementos materiales o, sencillamente, aquellos elementos que dota el empleador, mientras que el segundo ("gastos") a los elementos más bien inmateriales, suministros o servicios y/o que no dota el empleador pero que potencialmente podría compensar porque se hace uso (parcial o total) laboral (vinculado al contrato de trabajo). De este modo, desde esta interpretación, un "medio, equipo y herramienta" puede potencialmente transformarse (modificarse) en un "gasto" y al contrario.[604]

También puede darse la necesidad de adquisición urgente y extraordinaria de determinado material (como tinta para impresora o papel), cuya falta por el tiempo que sea podría perjudicar mucho el trabajo. Se trata de situaciones excepcionales que justifican una adquisición directa por el empleado con el posterior reembolso.[605]

De cualquier manera, se plantea el desafío urgente de delinear la extensión de ese deber de abono (si abarcaría gastos indirectos) y de establecer la cuantificación de valores, ya que la mayoría de los gastos —especialmente los bienes incorpóreos— no son exclusivos para el trabajo ni utilizados solo por el trabajador, sino en provecho personal y familiar en el lugar/residencia, como suele ocurrir, por ejemplo, con la energía eléctrica, la climatización y la internet.

---

[603] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. *SAN 487/2024, de 05 de febrero*. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/39bddda1a78bb456a0a8778d75e36f0d/20240223. Consultado el 17 dic 2024.
[604] CHUECA, op. cit., p. 143.
[605] PACHECO, DESTE, op. cit., p. 53.

Con respecto a la extensión, la ley española refiere expresamente los "gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral", mientras la ley brasileña adopta una expresión abierta al mencionar el "reembolso de gastos abonados por el empleado" aunque, cuando se analiza más detalladamente el dispositivo, se subentiende que esos gastos son los "necesario[s] y adecuado[s] a la prestación del trabajo remoto". Luego, ambas normas permiten una interpretación amplia en el sentido de abarcar también los llamados gastos indirectos (como limpieza y agua), bastando con que su origen derive del trabajo, lo que, aun así, se revela bastante vago e indeterminado, ya que el propio concepto de gastos directos o indirectos es ambiguo.[606,607]

Esta, no obstante, no parece ser la dirección más adecuada, puesto que la idea de resarcimiento de los gastos del teletrabajo apunta, sobre todo, a una equiparación e igualdad de condiciones entre el trabajo presencial y a distancia, garantizándose que el trabajador no sufra perjuicios o que su condición económica —presupuesto personal/familiar— se vea afectada por realizar el teletrabajo. Por lo tanto, no se debe interpretar de forma ampliativa, bajo pena de acarrear más carga para la empresa, burocracia y complejidad a esa modalidad laboral, contradiciendo su propia naturaleza dinámica y ágil.

El trabajo a distancia, viabilizado por el desarrollo tecnológico, representa un importante mecanismo económico y de competitividad en el contexto de la creciente digitalización de los mercados, pero también una importante herramienta social y de mejora de la condición de vida de las personas, con ventajas recíprocas (si se utiliza de la forma adecuada) para las empresas y para los empleados, debiendo, así, ser regulado teniendo ese norte. Debe ser rechazado el argumento falaz, bastante común en el debate sobre teletrabajo, de que el trabajador debería asumir los gastos derivados del teletrabajo como contrapartida por poder ejercer esa modalidad laboral que le trae beneficios. Adoptar esa lógica equivaldría a defender el reparto, entre los teletrabajadores, de los valores ahorrados por el empleador en virtud de la implantación del teletrabajo, puesto que también los beneficiaría; este razonamiento es igualmente incorrecto, ya que al empleador cabe proporcionar los medios y cubrir los gastos estrictamente necesarios para la realización del trabajo. Ni más ni menos.

Es indudable que el trabajo a distancia no exime al empleador de la carga de la actividad económica, principio general del Derecho del Trabajo para cualquier modalidad laboral, ya que le compite cubrir todos los costos de producción —de la misma forma en que se beneficia con las ganancias—, siendo prohibida la imputación de gastos al trabajador. En el

[606] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ e RON LATAS, op. cit., p. 206-8.
[607] CHUECA, op. cit., p. 156.

trabajo a distancia, esa incumbencia se concreta a partir del suministro, por parte del empleador, de los bienes, equipos y medios necesarios para la realización del trabajo y, en lo que atañe a los bienes cuya entrega es inviable o difícil, mediante el abono de los gastos correspondientes, cubiertos por el trabajador, siempre a partir de una lógica de lo razonable y de la proporcionalidad, con vistas a evitar el perjuicio económico del trabajador por costos derivados del teletrabajo y un enriquecimiento sin causa del empleador.

Así, se entiende que debe haber cobertura de los gastos directamente relacionados al teletrabajo y que no sean irrisorios, o sea, que impliquen un consumo/gasto concretamente aumentado en razón del teletrabajo, como ocurre con la energía eléctrica, internet (en cantidad y calidad), teléfono y gastos con mobiliarios. Esta fue la directriz adoptada por el AMET, que, en el art. 7º, estableció que cabe al empresario cubrir "los costos directamente originados por este trabajo".

En ese sentido, al comentar la LTD española y tomando en cuenta la redacción inicial del proyecto de ley y el texto aprobado, LOUSADA AROCHENA afirma que es la intención de la norma la cobertura de los gastos razonables y directamente relacionados al trabajo, enfatizando que las decisiones sobre ese tema tendrán más que ver con la equidad —en cuanto a alcanzar lo más justo y evitar excesos— que con el derecho en sentido estricto, descollando en ese sentido el elemento probatorio, que será decisivo.[608] Incluso, habiendo necesidad de guarda y almacenamiento de productos y materiales en la casa del trabajador, con ocupación permanente y significativa de su espacio residencial, también cabría un adecuado resarcimiento.[609] Sigue la misma línea de raciocinio MUÑOZ RUIZ cuando aduce que "cabe interpretar que los gastos abonados serán aquellos que sean razonables y tengan una relación estrecha con el teletrabajo."[610]

Por otro lado, se entiende que no es admisible una interpretación demasiado amplia de esas normas para abarcar gastos indirectos o que sean naturales del ambiente personal y domiciliario de la persona, independientemente de que se realice o no teletrabajo en la residencia, como los relativos a la limpieza, el agua, el café, el arrendamiento/hipoteca y dispositivos de seguridad de la residencia (cerraduras, alarmas, extintores), etc. Incluso, ese cuidado resulta imprescindible también como derivación del principio isonómico, el cual, al igual que prohíbe distinciones y un tratamiento económico perjudicial al teletrabajador en virtud de esa modalidad laboral, no permite establecer montos remuneratorios adicionales o

[608] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 207-8.
[609] PACHECO, DESTE, op. cit., p. 56.
[610] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 118.

ventajas exclusivas para el teletrabajador que no estén relacionados con el resarcimiento de los gastos directos y necesarios para el cumplimiento de la actividad laboral, pues esto supondría una inequidad con respecto a quienes trabajan presencialmente.

Esta lógica de la razonabilidad y de la proporcionalidad en la definición de los gastos relacionados directamente al ejercicio del teletrabajo solo sirve para nuevas parcelas, o sea, las creadas y establecidas en razón del teletrabajo y para compensar los gastos que resulten de ese, a diferencia de la hipótesis en la que el pago de alguno de esos rubros ya se venía dando en el trabajo presencial en la forma de auxilios, ya sea por previsión en negociación colectiva o por política interna de la empresa. En estos casos, la extensión de los auxilios —ya reconocidos y abonados en el trabajo presencial— a los trabajadores a distancia es impositiva con fundamento en el principio de la igualdad, puesto que la conversión al teletrabajo no puede implicar la disminución o supresión —ni siquiera mediante compensación— de ventajas económicas preexistentes e incorporadas al patrimonio jurídico de esos trabajadores. En ese sentido, cabe recordar la disposición transitoria primera de la LTD, que, en su 2º apartado, vaticina:

> 2. En ningún caso la aplicación de esta Ley podrá tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas que prestasen con carácter previo sus servicios a distancia que se reflejarán en el acuerdo de trabajo a distancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 7. [...]

La única salvedad sería la relativa a las partes estrictamente vinculadas al trabajo presencial, interpretadas de manera restrictiva, como es el caso de los gastos relacionados al transporte o uniforme, ya que el paradigma consiste en preservar la equiparación real de las condiciones de trabajo —incluyendo el patrón económico— y evitar cambios en el patrimonio jurídico y financiero del trabajador, como se mencionó en el punto sobre el principio de igualdad. Para reafirmar este tema fundamental, resultan pertinentes las reflexiones de CHUECA:

> Finalmente, repárese que muchos conceptos que pueden haber sido pensados en clave de "trabajo presencial" no tienen por qué perder su razón de ser en el "trabajo a distancia". Así, por ejemplo, un "tique restaurante" o similar no tiene por qué perder su función (¿es que un trabajador a distancia no puede potencialmente disfrutar de ellos? ¿o es que se parte de un marco de pensamiento [incorrecto a nuestro parecer] en el que el trabajador no puede pedir comida a domicilio o comer en un restaurante y realizar trabajo a distancia?).[611]

[611] CHUECA, op. cit., p. 157.

Aun así, aunque el régimen de teletrabajo elimine gastos con desplazamiento, ya que el trabajo se pasa a realizar desde la residencia del trabajador u otro lugar que él elija, el empleador deberá cubrir los costos de eventuales desplazamientos hasta el centro de trabajo, cuando la presencia del trabajador se haga necesaria, ya sea de modo habitual o esporádico, raciocinio que se aplica a los demás complementos y partes inherentes a la presencialidad.

El mantenimiento de los beneficios anteriormente concedidos en el régimen de teletrabajo -a excepción de los intrínsecamente vinculados al trabajo presencial- parece ser la conclusión inferida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a partir de una interpretación *a contrario sensu* de la Sentencia 602/2022, de 7 de noviembre. En esta sentencia, aunque se trataba de teletrabajo impuesto por las restricciones sanitarias de la pandemia (no reguladas por la LTD), el Tribunal desestimó la pretensión de extender los tickets restaurante suprimidos, por considerar que no se había acreditado que esta prestación se hubiera prestado incondicionalmente a los trabajadores (de forma presencial o a distancia) con anterioridad a la conversión al teletrabajo. Por el contrario, se demostró que la prestación estaba condicionada al trabajo presencial y sólo se aplicaba a los trabajadores con horario flexible (jornada partida), situación que cambió durante el periodo de pandemia.[612]

En lo que se refiere a la cuantificación de esos gastos directamente relacionados al trabajo, habrá dificultad en establecer los valores exactos correspondientes, en cada período, lo que conduce a la necesidad de que se adopten estimaciones. Así, existen dos alternativas para cuantificar los valores que se deberán abonar: *(i)* la fijación de un *valor fijo estimado*, esto es, la definición de un valor global de resarcimiento, calculado a partir de las estimaciones del consumo necesario para el trabajo y de los precios generales de cada insumo en las localidades, observándose la proporción de la jornada en teletrabajo en los regímenes híbridos; (*ii*) el reembolso de los *valores efectivamente gastados (dinámico/variable)*, mediante relevamiento proporcional del aumento de los gastos resultantes del teletrabajo.

El primero corresponde al método más ágil e inteligible, de fácil organización y ejecución, de forma tal que, habiendo transparencia y acceso a los numerosos datos puestos a disposición por las herramientas tecnológicas sobre la utilización y el consumo, puede llegar a ser la mejor solución para la empresa y el teletrabajador, constituyendo la negociación colectiva el ambiente más apropiado para ese arreglo. En España, algunas empresas han adoptado ese primer camino, sirviéndose de la negociación colectiva para establecer una cuota

[612] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia 602/2022, de 7 de noviembre de 2022. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/de05a08a524e0a7fa0a8778d75e36f0d/20221207

mensual de abono —como de 50 o 90 euros por mes— o franjas de reembolsos a partir de las características del trabajo o del cargo ocupado.[613,614] Sin embargo, se debe dar mucha atención y garantizar transparencia en la fijación de esos parámetros para evitar posibles fraudes, en la que se fija una cantidad excesiva para cubrir el pago de una parte del salario con el pretexto de compensar gastos y también puede existir el riesgo de que la compensación resulte inferior a los gastos efectuados).

La segunda alternativa, por otro lado, aunque sea más precisa e individualizada (por eso, tal vez más justa), se revela más difícil y burocrática en su ejecución, pues atrae el deber de comprobación periódica mediante la presentación de documentos en procedimientos previamente definidos, con plazos y formalidades, lo que exige un mayor dispendio de recursos, tiempo, energía y personas involucradas para viabilizar ese relevamiento individualizado de forma rutinaria.

Tal y como se decidió en la SAN 272/2024, de 23 de enero de 2024, la compensación de gastos es obligatoria y debe ser abonada por el empresario, estando prohibido sustituirla por mecanismos de compensación distintos, como la concesión de días libres, como ocurrió en este caso. Destaca el siguiente extracto de la decisión:

> Pues bien, no podemos validar el mecanismo compensatorio de los gastos en la cuantía dineraria establecida en el convenio colectivo por los días de libre disposición de que disponen los trabajadores. Y ello por cuanto:
> - el acuerdo alcanzado con UGT, reconoce esos días de libre disposición a quienes trabajan a distancia, pero en ningún caso como contraprestación a los gastos de este modo de trabajar, por lo que no puede aceptarse la cualidad compensatoria que de dichos días se postula;
> - pero si así se considerara y tratándose en todo caso de un contrato de adhesión, no podría desvirtuar la obligación legal de obvia compensación económica, no en descansos, de los gastos de trabajar a distancia, ni la obligación convencional que fija el precio de dicha compensación en 17 euros mensuales, máxime cuando en el art. 41 del convenio colectivo se determina con claridad que la compensación por gastos no podrá ser objeto de compensación ni absorción por ningún otro concepto.[615]

En el mismo sentido, la SAN 2978/2024, de 3 de junio, declaró nula la cláusula contenida en los acuerdos de teletrabajo que preveía la compensación de los gastos de teletrabajo por días de libre disposición del trabajador, dado el carácter legal imperativo de la obligación del empresario de asumir los gastos —mediante compensación en dinero—

[613] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 207-8.
[614] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 102.
[615] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. SAN 272/2024, de 23 de enero de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/56d517c143ae84c8a0a8778d75e36f0d/20240214

derivados del teletrabajo (arts. 7, *b*, y 12 de la LTD).[616] En en la misma línea, la SAN 487/2024, de 5 de febrero, condenó a la empresa al pago de los gastos del teletrabajo, declarando nula la cláusula establecida en los acuerdos individuales que se limitaba a detallar los equipos y medios materiales aportados y, por ende, declaraba no existir otros gastos compensables.[617]

Otro cuidado que se debe tener dice respecto al procedimiento de abono, previsto tanto en la ley española (art. 12 de la LTD) como en la norma brasileña (art. 75-D de la CLT). Ante las múltiples formas y procedimientos posibles para la compensación y el reembolso de los gastos, las normas se limitan a prever esa posibilidad de forma genérica. Cabrá detallarla para cada realidad concreta, estableciéndose plazos breves y eventuales topes de gastos, mediante negociación colectiva o individual. Sin embargo, en ninguna hipótesis ese permiso de reembolso podrá resultar en la financiación de la actividad empresarial por el trabajador, como lo advierte KROST al señalar los riesgos implicados en los plazos de abono y eventual mora empresarial.[618]

Sobre los gastos, también cabe recordar la previsión del art. 75-C, §3º, de la CLT en cuanto a que "el empleador no será responsable por los gastos resultantes del retorno al trabajo presencial, en la hipótesis de que el empleado opte por la realización del teletrabajo o trabajo remoto fuera de la localidad prevista en el contrato, salvo disposición en contrario estipulada entre las partes" (traducción propia). La norma resguarda al empleador al condicionar el pago de esos gastos a las hipótesis en las que hay una previsibilidad del costo, ya que el recorrido de retorno es conocido por las partes a partir de un lugar de origen acordado previamente. Por otro lado, la norma exime al empleador de los gastos imprevisibles resultantes del retorno desde otra localidad —elegida por el trabajador— que no sea la establecida por las partes.

En esa misma línea de raciocinio, habida cuenta de que la implantación del trabajo a distancia necesariamente implica una inversión financiera y que, al mismo tiempo, se garantiza la reversibilidad hacia la actividad presencial, se debe perquirir sobre los efectos, en el aspecto económico (especialmente en cuanto a las inversiones realizadas), de una eventual reversión al trabajo presencial por voluntad del trabajador en un corto espacio de tiempo. Una vez más, será necesario invocar la razonabilidad y proporcionalidad al analizarse esa situación,

---

[616] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia SAN 2978/2024, de 3 de junio de 2024. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/103c75ce7e9fe6cda0a8778d75e36f0d/20240624. Consultado el 17 dic 2024.

[617] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. *SAN 487/2024, de 05 de febrero*. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/39bddda1a78bb456a0a8778d75e36f0d/20240223. Consultado el 17 dic 2024.

[618] KROST, op. cit.

de forma tal que un eventual arrepentimiento temprano en cuanto al teletrabajo por parte del empleado dará lugar a la restitución o compensación de eventuales perjuicios financieros derivados de inversiones realizadas para viabilizar esa modalidad laboral, siempre y cuando no sea posible aprovechar esas utilidades.[619] De la misma forma, el eventual arrepentimiento temprano en cuanto al teletrabajo por parte del empleador podrá dar lugar a la reparación de eventuales perjuicios financieros causados al empleado en virtud de la implantación del trabajo a distancia.

Las utilidades proporcionadas y los gastos abonados, necesarios para el cumplimiento del teletrabajo, no tienen naturaleza salarial/retributiva ni integran la remuneración, puesto que son esenciales para la realización del trabajo (herramientas de trabajo), como está previsto en el art. 75-D, párrafo único, de la CLT. Este precepto refleja la norma general prevista en el art. 458, §2º, de la CLT, la cual determina que no se considerarán como salario las utilidades como "*vestuarios, equipos y otros accesorios proporcionados a los empleados y utilizados en el lugar de trabajo para la prestación de servicio*" (traducción propia). Corresponden, así, a resarcimientos por gastos ocasionados en virtud del teletrabajo, no constituyendo una retribución por el trabajo, sino una compensación de gastos derivados.[620,621] Esta regla no se aplica si se constata una situación de fraude, o sea, cuando el suministro de determinado bien o equipo revele un pago —enmascarado— por el trabajo realizado.

La previsión del suministro y resarcimiento de materiales y de infraestructura se encuadran como normas no intrínsecamente digitales, puesto que tutelan cuestiones estructurales relativas al lugar de trabajo. De esa forma, sería desproporcional la imposición de esa carga relevante, de arreglo del lugar y de los medios, para un teletrabajo ocasional o no regular, realizado con una frecuencia menor, incluso porque, en el resto del período, será necesaria una estructura física en el centro de trabajo para atender al mismo trabajador. Aunque eso pueda implicar que el trabajador asuma gastos al realizar un teletrabajo eventual o diminuto, esos no serán significativamente impactantes como para imponer todas las exigencias previstas en el teletrabajo habitual.

En ese sentido, se comparte el entendimiento de LOUSADA AROUCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS que, basándose en la norma española, excluyen ese deber de proporcionar los medios necesarios al trabajo a distancia y de resarcimiento de los gastos en los

[619] En Brasil, por ejemplo, se aplica la regla contenida en el art. 462, §1º, de la CLT.
[620] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 212.
[621] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 127.

casos de teletrabajo no regular (inferior al 30% de la jornada), ya que la mayor parte del trabajo se prestará en el lugar del empleador. Dicho deber supondría una doble carga económica (relativas al centro de trabajo y al lugar de teletrabajo) para el empleador por el simple hecho de permitir un teletrabajo sin carácter regular.[622] De la misma forma, MUÑOZ RUIZ, al comentar la exclusión de la obligación empresarial de sufragar los gastos del trabajo a distancia no regular, observa:

> (...) se configura como un teletrabajo marginal para el trabajador que desarrolla su prestación laboral básicamente en las instalaciones de la empresa y que, por ello, no precisa de reglas especiales en materia de provisión de medios y abono de gastos. Si bien se podría cuestionar el por qué se establece la línea en el 30% y no en otro porcentaje (inferior o superior), lo que parece claro que no es razonable duplicar las cargas económicas al empresario que permite el teletrabajo pero no con carácter regular.[623]

En todo caso, aun en el teletrabajo ocasional, también en ese caso se mantienen tanto la prohibición de exigir del trabajador el uso de sus equipos y dispositivos personales como, en términos generales, el compromiso de propiciar adecuadas condiciones laborales, a raíz del principio de la alteridad, que impone al empleador la carga de la actividad económica, carga que incluye los medios y gastos necesarios para el trabajo. En estos casos, es bastante común el suministro, por parte del empleador, de las herramientas esenciales al teletrabajo (ordenador, teléfono, etc.), quedando a cargo del trabajador los demás gastos inherentes (muebles, internet, energía eléctrica, etc.). Idealmente, la negociación colectiva deberá ahondar en la materia, estableciendo los respectivos detalles (de hecho, ya hay convenios que exigen el suministro de equipos básicos en el teletrabajo no regular[624]), por tratarse de un tema de gran relevancia e interés (y elevado potencial de conflictividad) para los teletrabajadores.

2.4.2 Derechos relacionados a la jornada laboral

El elemento temporal es muy significativo para el contrato (y la relación) de trabajo, utilizándoselo como parámetro de duración y del tipo contractual, para definir unidades de prestación laboral y sus límites (jornadas y descansos), como criterio retributivo (salario por unidad de tiempo) y otras funciones relevantes (antigüedad, promociones, patrón

[622] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p.199.
[623] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 122.
[624] *Ibidem.*

indemnizatorio, etc.).[625] Además, la limitación de la jornada constituye uno de los principales avances de la clase trabajadora, ya que el "[...] tiempo no es solo vida, sino realización y salud, aspectos del ser humano no fungibles y no restituibles y cuya violación amenaza la existencia, la dignidad y la realización personal" (traducción propia).[626] El desarrollo tecnológico, a su vez, ha modificado profundamente esa dinámica temporal del trabajo, cada vez menos concreta y más diluida, en virtud de la posibilidad de trabajar en cualquier momento y desde cualquier lugar, mediante herramientas y dispositivos electrónicos.

El teletrabajo permite diversas configuraciones horarias, desde modelos más rígidos (trabajo realizado en horario/jornada definida), mixtos (exigencia de franjas horarias para determinados trabajos o tiempo de conexión obligatoria para el trabajador, con libertad horaria el resto del tiempo) o flexibles (cuando el trabajador puede organizar libremente su horario de trabajo), añadiendo especial complejidad a un tema ya intrincado. De la misma forma, el teletrabajo permite varias formas de control del horario y del tiempo de trabajo, por medios directos e indirectos, automáticos o manuales, telemáticos (aplicaciones, conexión) o analógicos y convencionales (relojes de tarjetas o de huellas dactilares para el control de entradas y salidas), dependiendo de los parámetros establecidos, el perfil del cargo, el puesto ocupado y la actividad realizada y herramientas digitales utilizadas para el trabajo.

Así, la organización y el control del trabajo —realizado a distancia— se empiezan a realizar por medios alternativos al presencial, directos o indirectos, como cronogramas de tareas, metas de productividad, monitoreo virtual, controles biométricos, etc. Sin embargo, esas transformaciones —en el modo de organización y control de la actividad laboral— no se deben confundir ni utilizar para permitir un trabajo sin límites de tiempo ni períodos de descanso (y de desconexión). En las palabras de GARCÍA VIÑA, "La empresa debe asignar una carga de trabajo equilibrada, estableciendo de forma concreta tareas y cometidos y marcando un horario de disponibilidad, en el que se respeten los tempos de actividad (horario) y de descanso".[627]

Al fin y al cabo, de forma resumida, la jornada, el ritmo y la carga de trabajo en la actividad a distancia no pueden resultar mayores que los del trabajo presencial, lo que quedó consagrado en el principio de la igualdad previsto en el art. 4º de la LTD, que expresamente alude a la igualdad en lo relativo al "tiempo de trabajo". Como lo señalan

[625] HERAS GARCÍA, op. cit., p.78.
[626] FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org.). op. cit., p.22-3.
[627] GARCÍA VIÑA, Jordi. *El* nuevo *trabajo a distancia en España*. *In*: FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS, op. cit., p. 216.

LOUSADA AROUCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, "[...] los teletrabajadores no pueden sufrir ningún perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales por el solo hecho de teletrabajar, en especial las condiciones relativas al tiempo de trabajo".[628]

La 3ª Sección del Capítulo III de la LTD aborda los derechos relacionados a la duración del trabajo, empezando con el art. 13º, que establece la posibilidad del horario flexible en el trabajo a distancia:

> Artículo 13. Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo.
>
> De conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido.

La primera lectura del dispositivo revela el propósito de ofrecer la posibilidad de un régimen de horario flexible en el trabajo a distancia, como ya lo anticipa el propio título ("Derecho al horario flexible"). Nada más natural, ya que el teletrabajo suele ser enaltecido por su flexibilidad en cuanto al lugar y horario de trabajo. Sin embargo, la primera parte del dispositivo refuerza claramente la aplicación —en el teletrabajo— de las normas heterónomas y autónomas sobre la jornada de trabajo y los descansos, impositivas a despecho del régimen de trabajo adoptado (presencial o a distancia), al cual se suma la previsión del art. 7º, *c*, de la LTD, que exige la previsión del horario de trabajo y del período de disponibilidad en el acuerdo individual de trabajo a distancia.

La distribución flexible de la jornada de trabajo, prevista en el art. 34.3 del ET, significa poder establecer la distribución del tiempo diario de forma distinta a la prevista por el patrón legal, siempre y cuando se respete el intervalo entre las jornadas. De esa forma, es posible acordar jornadas semanales o mensuales cuya distribución diaria el trabajador podrá decidir libremente (unos días con jornadas más largas que compensarán la duración más corta de los demás días), pero siempre respetando los límites máximos y los períodos de descanso, con la salvedad, por otra parte, de eventuales períodos de disponibilidad obligatoria arreglados (art. 7º, *c*, de la LTD). Se recuerda que esa gestión del tiempo de trabajo por parte del trabajador tiene amparo desde el *Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo* de 2022, como se prevé en el apartado nueve.

HERAS GARCÍA sostiene que en el trabajo a distancia la organización del trabajo ocurre en función del tiempo o de resultados: en el primer caso, se define un determinado número de días, semanas o meses y un horario de trabajo que, incluso, puede ser

[628] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 214.

idéntico al cumplido presencialmente; en el segundo, se determinan momentos de seguimiento y fechas de entrega del resultado del trabajo, cuya realización debe ocurrir en período similar al cuantitativo de horas utilizadas en la actividad presencial, cabiendo a la empresa estimar las horas necesarias para alcanzar el objetivo establecido. Por otro lado, si no hay un horario fijo preestablecido, se deben prever los períodos en los que el trabajador deberá estar disponible para la empresa, evitándose, así, una disponibilidad continua.[629]

Algunos convenios colectivos establecen esa flexibilidad horaria, con franjas horarias de disponibilidad obligatoria, como en el período de 10h a 14h, o exigiendo el cumplimiento de seis horas diarias de trabajo dentro del horario comprendido entre las 9h y las 19h, por ejemplo, con flexibilidad para las demás horas hasta que se alcance el límite semanal.[630] Al comentar la jornada en el trabajo a distancia, GARCÍA VIÑA afirma que es mejor establecer, dentro de las posibilidades organizativas de la empresa, una jornada diaria de referencia, en la cual se establezca un horario mínimo presencial, con flexibilidad el resto de las horas.[631]

El horario flexible —posibilitado por las nuevas tecnologías— tiene el potencial de beneficiar a ambas partes de la relación laboral, pero implica, de la misma forma, un elevado riesgo de eliminar por completo los límites de la jornada y descansos, aumentando la probabilidad de que se realice un trabajo excesivo, continuo e ilimitado, el cual acarrearía un evidente impacto y perjuicio para la salud del trabajador. La tecnología produjo y refleja esa misma ambivalencia, al eliminar restricciones inherentes al control presencial del tiempo de trabajo, pues, si bien permite —en teoría— una mayor autonomía al trabajador en cuanto a la organización de su tiempo, por otro lado, puede posibilitar que se llegue al extremo de causar una total dispersión e indefinición de la jornada de trabajo.[632] Al contrario de lo que sucede con la jornada en el trabajo presencial, sujeta a mayor rigidez normativa y, en regla, fijada unilateralmente o en el interés del empleador, la jornada (flexible) en el trabajo a distancia da lugar a la posibilidad de un arreglo recíproco que permite al trabajador administrar la distribución de las horas de trabajo y, en consecuencia, atender a sus intereses y necesidades personales y familiares.[633] Además, permite al empleador ajustar el tiempo de trabajo a las necesidades organizativas de la empresa para volverla más eficiente. Pero que quede claro: habrá flexibilidad de horario (administrado por el trabajador) —lo que la LTD prevé al adoptar

[629] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 80-4.
[630] GÓMES GORDILLO *et al*., op. cit., p. 308-9.
[631] GARCÍA VIÑA, op. cit., p. 217.
[632] HERAS GARCÍA, op. cit., p.79.
[633] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p.72.

la expresión "Derecho al horario flexible" (art. 13)—, pero eso no se debe confundir con flexibilidad de la jornada de trabajo, cuyos límites y descansos se deberán preservar.[634]

Al cuestionar los límites de esa disciplina del horario flexible, GÓMES GORDILLO *et al.* afirman que no es posible realizar un trabajo a distancia sin horario predeterminado o sin ninguna concreción horaria (flexibilidad absoluta), habida cuenta del derecho de los trabajadores a una jornada de trabajo limitada y acordada, de conformidad con las normas legales y con los convenios, lo que, a su vez, impone al empleador el deber de observar el cumplimiento de dichas normas, sumándose a eso la obligación de prever, en el acuerdo de teletrabajo, el horario de trabajo y los períodos de disponibilidad (art. 7º, *c*, de la LTD).[635]

Sin duda, la negociación colectiva, ya mencionada, constituye el lugar adecuado para una regulación adecuada de esa disciplina de horario flexible, lo que aun sucede de forma tímida o genérica en la realidad, puesto que se mantiene la tendencia de los convenios colectivos de establecer un horario de trabajo común en la empresa, independientemente del lugar de trabajo, siendo raros los convenios colectivos con cláusulas específicas sobre la regulación del derecho al horario flexible.[636]

Además del horario flexible, la ley española impuso el registro adecuado de la jornada de trabajo a distancia, como medio de asegurar el efectivo cumplimiento del horario acordado, como se observa en el texto del art. 14 de la *Ley nº 10/2021*:

> Artículo 14. Derecho al registro horario adecuado.
>
> El sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

Este precepto pone fin a la controversia con respecto al deber empresarial de controlar la jornada en el trabajo a distancia a partir de alegaciones amparadas en la libertad o autonomía de esa modalidad laboral. Así, es obligatorio el control y registro de la jornada en el trabajo a distancia, en los mismos moldes que se aplican al trabajo presencial, incluso en el régimen de flexibilidad horaria.[637] Se recuerda que el art. 34.9 del ET, que establece la obligación del control de la jornada, fue introducido por el RDL nº 8/2019, a partir de una

[634] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 214.
[635] GÓMES GORDILLO et al., op. cit., p. 304.
[636] *Idem*, p. 307.
[637] En el mismo sentido LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 220.

sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[638], como deber accesorio imprescindible para el efectivo cumplimiento de los derechos inherentes a la jornada laboral (límites y descansos), superando controversias que se venían planteando sobre el control de la jornada ordinaria de trabajo. Este dispositivo impone un registro diario de la jornada por parte del empleador, con horario de comienzo y fin, que deberá permanecer documentado por cuatro años y disponible para el trabajador, representantes sindicales y para la Inspección del Trabajo.

En el teletrabajo, aumenta el deber de colaboración del trabajador para el registro de la jornada, cabiéndole la tarea de promover ese registro diariamente y de forma fidedigna, de acuerdo con las orientaciones del empleador, pudiendo recibir una sanción en caso de no cumplir. No obstante, el empleador también debe implantar mecanismos de fiscalización y para evitar eventuales olvidos, exceptuándose los casos en que dicho registro sea automatizado a partir del acceso a sistemas, dispositivos o programas. Cuanto mayor sea la libertad horaria, mayor deberá ser la capacidad de organización y de gestión del tiempo por el teletrabajador para evitar horas excesivas o improductivas de trabajo.

Sin embargo, una mayor autonomía en la gestión del tiempo u horario por parte del trabajador no significa exoneración o exención de la responsabilidad del empleador en lo que dice respecto al cumplimiento de las normas imperativas sobre la jornada laboral y los descansos. En esa materia, consideramos primorosa la lección que nos dejan GÓMES GORDILLO *et al*.:

> Si de los datos del mismo [del registro de las horas efectivamente trabajadas] se desprende una vulneración de los descansos legales o convencionales, la empresa no debe permitirlo, pues aun cuando sea el trabajador el que voluntariamente haya escogido ese horario, no podemos olvidar que el derecho al descanso tiene carácter irrenunciable. En consecuencia, la empresa debe impedir que el trabajador organice el tiempo de trabajo lesionando su proprio derecho al descanso.[639]

Por tratarse de obligación primaria del empleador —con la respectiva carga documental—, la ausencia del registro de la jornada podrá acarrear la condenación en horas extras, presumiéndose la jornada (y horas extras) alegada por el trabajador. Es lo que se constata, por ejemplo, en la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León nº 198/2016, de 3 de febrero de 2016*, que condenó al empleador al pago de horas extras por la falta de control de la jornada de trabajo a distancia, justamente por fallar en cuanto al cumplimiento de su deber de control de la jornada y de contabilización (y pago) de las horas

[638] SIERRA BENÍTEZ, op. cit., p. 191.
[639] GÓMES GORDILLO *et al*., op. cit., p. 311.

extraordinarias, incluso por tratarse de materia de protección a la salud y seguridad laboral, habida cuenta del deber de planear y prevenir los riesgos laborales.[640]

Como se prevé en el art. 14 de la LTD (supra), el registro de jornada debe reflejar fielmente el período de tiempo dedicado a la actividad laboral por el teletrabajador, en un sistema que no permita manipulaciones o modificaciones unilaterales de los registros, garantizándose, así, la idoneidad y confiabilidad del registro. Como característico del teletrabajo en el contexto tecnológico, hay una tendencia natural a que ese registro de la jornada también se realice por medios digitales, lo que no afectará la carga de la prueba, por parte del empleador, del adecuado cumplimiento del deber de registro y control de la jornada. Incluso, ha ganado espacio el registro de la jornada por autenticación biométrica (impresión digital, facial, ocular, etc.), accesible a distancia por medio de dispositivos electrónicos, habiendo significativa compatibilidad y cierto grado de efectividad y confiabilidad de ese sistema en la modalidad de teletrabajo, dadas sus características de ser universal, único y permanente, aunque también conlleve considerables riesgos por tratarse de un mecanismo con elevado potencial intrusivo y que demanda transparencia, visibilidad, control y fiscalización de su uso, especialmente en lo que concierne a la protección de datos y privacidad del trabajador.[641]

A pesar de ello, ni la LTD ni el ET especifican los mecanismos y criterios del registro de la jornada, laguna que deberá llenar la negociación colectiva, estableciendo parámetros concretos para la realización de ese registro, incluso en lo relativo a los cuidados para que los instrumentos tecnológicos utilizados no ocasionen la vulneración de la intimidad del trabajador o de datos sensibles.

Así, la norma española contempló solo dos dispositivos relativos a la jornada de trabajo —o tres, si consideramos el derecho a la desconexión—, enfatizando las materias consideradas esenciales y distintivas en el régimen de trabajo a distancia (límites de la jornada, flexibilidad horaria y registro del horario de trabajo), de lo que resulta que las demás cuestiones se deben solucionar mediante la aplicación de normas generales sobre jornada del ET, enfatizándose el papel de la negociación colectiva en este tema.

El ordenamiento jurídico brasileño sobre teletrabajo contempla tres dispositivos especiales con respecto a la jornada laboral, a saber:

---

[640] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social. Sentencia 198/2016, de 3 de febrero de 2016. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea15cd5fa4a7dbf3/20160218.

[641] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. *Registro de jornada mediante controles biométricos: un caso de incoherencia en el Derecho del Trabajo Digital. In*: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES, op. cit., p. 275-297.

> Art. 75-B. [...] § 5º El tiempo de uso de equipos tecnológicos y de infraestructura necesaria, así como de softwares, de herramientas digitales o de aplicaciones de internet utilizados para el teletrabajo, fuera de la jornada de trabajo normal del empleado no constituye tiempo a disposición o régimen de *prontidão* o de *sobreaviso*, excepto si está previsto en acuerdo individual o en acuerdo o convenio colectivo de trabajo. (Incluido por la *Ley nº 14.442*, de 2022)
> [...]
> § 9º Acuerdo individual podrá disponer sobre los horarios y los medios de comunicación entre empleado y empleador, siempre y cuando estén asegurados los reposos legales. (Incluido por la *Ley nº 14.442*, de 2022)
> [...]
> Art. 62 - No están abarcados por el régimen previsto en este capítulo [sobre duración del trabajo]: [...] III - los empleados en régimen de teletrabajo que prestan servicio por producción o tarea. (Redacción dada por la *Ley nº 14.442*, de 2022) (traducción propia)

Empezando de lo general a lo particular, el art. 62, III, de la CLT, excluye del capítulo de la duración del trabajo a los teletrabajadores que prestan servicios por producción o tarea. A pesar de la falta de técnica e imprecisión terminológica, cuando la norma refiere "prestar servicios *por*", se subentiende que la exclusión alcanza a los trabajadores *remunerados* por producción o tarea (art. 78 de la CLT). En ese sentido, el precepto analizado falla en dos aspectos: primero, al restringir —al menos en el sentido literal— la posibilidad de la jornada flexible solo para trabajadores remunerados por unidad de tiempo (aunque la literalidad de la disposición va más allá de la mera noción de horario flexible para excluir las normas sobre la jornada laboral), cuando es sabido que se suele optar por el teletrabajo debido a su flexibilidad horaria; segundo, al utilizar una especie remuneratoria (parámetro de cálculo salarial) mediante la cual se busca burlar el deber de control de la jornada laboral y, de esa forma, el derecho del trabajador a la desconexión.

En cuanto a este aspecto, se percibe una verdadera confusión del legislador cuando este usa una modalidad salarial como criterio para medir y controlar la jornada de trabajo, como lo refiere KROST:

> Lo que vuelve determinada actividad pasible de control [de la jornada] son las condiciones fácticas en las que se presta, no la forma de calcular la remuneración. Es una cuestión de carácter lógico que atrae la aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad.
> Aunque sea reduccionista, la cuestión presenta carácter binario: una actividad es controlable o no. Si lo es y no hay control, cabe a quien asume el riesgo de la actividad enfrentar las consecuencias de su elección; si no es controlable, la prueba cabe a quien alegue eventual prórroga.[642] (traducción propia)

[642] KROST, Oscar. *Análise da Regulação do teletrabalho na Argentina, Brasil e Uruguai: Estudo Comparativo*. *In* FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org.), op. cit., p. 138.

En esta misma línea de raciocinio, TRILLO PÁRRAGA critica una concepción común que suele vincular el trabajo a distancia al salario por producción o productividad, ya que confunde aspectos de la organización del trabajo a distancia con la estructura salarial. El autor enfatiza que es característica del trabajo a distancia la parametrización objetiva de las condiciones, tareas y metas de trabajo, cualitativa y cuantitativamente, como forma de garantizar al trabajador medios para cumplir con sus cargas de trabajo, incluso en un régimen de libertad o flexibilidad horaria, así como dar condiciones al empleador de fiscalizar o controlar el efectivo cumplimiento de ese trabajo realizado a distancia, lo que no guarda relación con la modalidad o con la estructura salarial. Concluye el autor que "[...] adoptar modalidades salariales que se basen exclusivamente en el rendimiento de las personas trabajadoras a distancia no solo no resulta aconsejable, sino que además podría incurrir en la vulneración de las más esenciales normas laborales."[643]

En el caso brasileño, el art. 62, III, de la CLT debe ser analizado con cautela, de forma sistemática y armónica con las demás normas, para que de él no resulte una exclusión genérica e injustificada —y, por ende, discriminatoria— de teletrabajadores de las reglas sobre la duración del trabajo. El trabajo realizado de forma remota sigue siendo un trabajo humano que necesita resguardar los descansos y observar límites en su duración, independientemente de la forma o criterio de cálculo del salario o de una determinada libertad horaria.

La exclusión de la jornada prevista en el art. 62 de la CLT siempre ha sido amparada en condiciones fácticas —objetivas— de la prestación del trabajo en la hipótesis de imposibilidad de medir la jornada, habiendo una incompatibilidad con respecto a su control por involucrar a empleados que realizan una actividad lejos del empleador, con libertad en cuanto al tiempo y sin medios de controlar las actividades.

De hecho, la propia inclusión del teletrabajo en ese dispositivo excepcional (art. 62) pone de manifiesto una premisa equivocada del legislador de que el teletrabajo supone dificultades para el control y supervisión del trabajo, pudiendo implicar incluso una ausencia de control; cuando la realidad de las cosas y el avance tecnológico han demostrado cabalmente no solo la posibilidad de supervisión y control en la gran mayoría de los casos, sino, sobre todo, un incremento y ampliación de ese control a partir de los dispositivos y herramientas digitales disponibles en los días actuales, que permiten registrar y almacenar detalladamente cada movimiento de los trabajadores, como el acceso a los dispositivos y sistemas, toques en el teclado y en el *mouse*, intervalos entre toques, programas utilizados, páginas a las que se entra,

[643] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 96-7.

tiempo de conexión, conversaciones por aplicaciones, activación en programas de mensajería instantánea, etc. Cada vez más, surgen aplicaciones y programas informáticos que permiten el control de las actividades del trabajador y la gestión del tiempo, volviéndose inusitadas y raras las actividades laborales no pasibles de ese control.

La jurisprudencia consolidada interpreta el art. 62 de la CLT[644] de forma restrictiva y en consonancia con la norma constitucional (art. 7º, XIII)[645], tanto en relación con el inciso I, con vistas a excluir del control de la jornada a los empleados que ejercen actividad externa, siempre y cuando se demuestre la completa imposibilidad de realizar ese control; como en lo concerniente al inciso II, para excluir del control de la jornada solo a los empleados que ejercen cargo de gestión, con efectivo poder de mando, evaluado criteriosamente. Como lo argumentan acertadamente FELICIANO y KROST al comentar el art. 62 de la CLT: "La lectura de que subsista alguna actividad humana que, por el nivel de fiducia o por el lugar en el que se realiza, no se pueda o no se deba medir, en el ámbito de la relación de empleo, en el estadio actual del GPS, *smartphones* y otros equipos no resiste a ningún examen" (traducción propia).[646]

Así, se debe aplicar la misma interpretación —que ha prevalecido en lo relativo al art. 62 de la CLT— al caso del teletrabajo de forma tal que no permita una exclusión general basada solo en la modalidad salarial y que fundamente una evaluación casuística de las condiciones del teletrabajo, con primacía de la realidad, especialmente en lo atinente a la posibilidad de mensuración y control de la jornada de trabajo. En ese sentido, por ejemplo, merece aplauso la norma española cuando prevé la posibilidad de adopción del horario flexible en el teletrabajo, manteniéndose los límites legales de la duración del trabajo y descansos y el deber de registro de la jornada realizada.

En el caso brasileño, se recuerda que, en la *Constitución Federal* de 1988, que estableció la duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y 44 horas

---

[644] Art. 62 - No están comprendidos en el régimen previsto en este capítulo:
I - los empleados que ejercen actividad externa incompatible con la fijación de horario de trabajo, debiendo tal condición ser anotada en la *Carteira de Trabalho e Previdência Social* y en el registro de empleados;
II - los gerentes, así considerados los que ejercen cargos de gestión, a los cuales se equiparan, a efectos de lo dispuesto en este artículo, los directores y jefes de departamento o filial.
(...) (traducción propia)

[645] Art. 7º Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que apunten a la mejora de su condición social: (...) XIII - duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, facultada la compensación de horarios y la reducción de la jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo; (traducción propia)

[646] FELICIANO, Guilherme Guimarães; KROST, Oscar. *O tempo de atividade e o teletrabalho no relatório do Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET): de museu e novidades. In:* FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org.), op. cit., p. 30.

semanales (art. 7º, inc. XIII), el art. 62 de la CLT pasó a ser interpretado en el sentido de autorizar que se prescinda del control de la jornada, pero respetándose los límites constitucionales de duración del trabajo. Tratándose de teletrabajo, a pesar de la redacción adoptada, parece claro el intento del legislador de eximir al empleador del control de la jornada en el caso de teletrabajadores que no tienen un horario de trabajo fijo o pasible de control, por este ser incompatible con la rutina de trabajo de esos trabajadores. Resultaría irrelevante el hecho de que hubiera o no control, ya que el criterio del que se parte es el de determinar si ese control sería posible o no, a partir de la primacía de la realidad. En ese sentido, DELGADO afirma que, incluso antes de la *Ley nº 13.467/2017*, la hipótesis del teletrabajo (actual art. 62, III, de la CLT) ya podría encuadrarse en el inciso I del art. 62 de la CLT, que rige la actividad externa incompatible con el control de horarios, incluso el que se hacía en casos analizados relativos a la modalidad anterior del trabajo a domicilio.[647] A fin de cuentas, como se vio al comienzo del capítulo, ambas modalidades integran la misma categoría de trabajo externo en sentido amplio, o sea, llevado a cabo fuera de las dependencias del empleador.

Las normas que restringen derechos se deben interpretar de modo restrictivo, especialmente en lo relacionado con la jornada de trabajo, un derecho fundamental de los trabajadores. Por lo tanto, el art. 62 de la CLT se debe interpretar en el sentido de: *(i)* permitir la flexibilidad horaria en el teletrabajo para empleados que no trabajen con jornada u horario predefinidos, por ser inviable ese control en razón de la naturaleza de la actividad ejercida (art. 62, I), resguardándose, no obstante, los límites diarios de la jornada y los períodos de descansos; y *(ii)* de autorizar que se prescinda del control de la jornada para teletrabajadores remunerados por producción o tarea, siempre y cuando esa condición imposibilite la medición de la jornada o la realización de ese control (art. 62, III). Por otro lado, siempre que exista la posibilidad de control de la jornada por parte del empleador, este deberá realizarlo, lo que incidirá en todas las reglas sobre la duración del trabajo, no caracterizándose las hipótesis excepcionales previstas en los incisos del art. 62 de la CLT.

Una interpretación diversa, en el sentido de excluir el control y límites de la jornada en el teletrabajo, denota evidente inconstitucionalidad, por violar el principio isonómico previsto en el art. 5º, *caput*, así como el art. 7º, XIII, que establece los límites de jornada como derecho fundamental de los trabajadores. No hay cómo fundamentar que una norma ordinaria emanada de un Decreto-ley, como lo es la CLT, pueda afectar mandamientos constitucionales.[648] Además, la referida interpretación también sería contraria a otras normas

[647] DELGADO, op. cit., p. 1042/44.
[648] FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org.), op. cit., p. 30.

de la CLT, incluso de contenido principiológico, como el art. 6º (que prohíbe la distinción entre as modalidades de trabajo y equipara los medios telemáticos a los medios directos y personales) y el art. 4º[649], que considera como de trabajo el período en el que el empleado esté a disposición del empleador, aguardando o ejecutando órdenes.

En ese sentir, resulta perfectamente correcta la conclusión de FELICIANO y KROST de que "La preservación de la salud física y mental humana no puede quedar a merced del acto de voluntad del empleador. Es derecho fundamental e irrenunciable [la limitación y el control de la jornada] de trabajadoras y trabajadores, corolario de los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y de la dignidad de la persona humana" (traducción propia).[650]

Sobre el tema, también es acertada la conclusión de DELGADO cuando afirma que la CLT crea solo una presunción jurídica de que esos empleados no estarían sometidos al control y fiscalización horaria, ya que, aplicándose tal control efectivamente en la rutina laboral, queda descartada la presunción y pasan a incidir reglas de duración de la jornada, incluso para evitar una discriminación legal.[651]

En Brasil, el deber de registro del horario de trabajo está previsto en el art. 74 de la CLT, que no impone ningún factor condicionante exclusivo del trabajo presencial, disponiendo:

> Art. 74. El horario de trabajo se anotará en registro de empleados. (Redacción dada por la *Ley nº 13.874*, de 2019)
> § 1º (Revocado). (Redacción dada por la *Ley nº 13.874*, de 2019)
> § 2º Para los establecimientos con más de 20 (veinte) trabajadores será obligatoria la anotación de la hora de entrada y de salida, en registro manual, mecánico o electrónico, de acuerdo a instrucciones expedidas por la Secretaría Especial de Previsión y Trabajo del Ministerio de Economía, permitido el señalamiento previo del período de reposo. (Redacción dada por la *Ley nº 13.874*, de 2019)
> § 3º Si el trabajo se ejecuta fuera del establecimiento, el horario de los empleados constará del registro manual, mecánico o electrónico en su poder, sin perjuicio de lo que dispone el caput de este artículo. (Redacción dada por la *Ley nº 13.874*, de 2019)
> § 4º Queda permitida la utilización de registro de entradas y salidas por excepción a la jornada regular de trabajo, mediante acuerdo individual escrito, convenio colectivo o acuerdo colectivo de trabajo. (Incluido por la *Ley nº 13.874*, de 2019) (traducción propia)

Aunque las normas relativas al teletrabajo no contengan ninguna previsión específica sobre el registro de la jornada, esa regla general del art. 74 de la CLT prevé el deber de registro de la jornada para trabajos ejecutados fuera del establecimiento (§2º), lo que abarca

---

[649] Art. 4º - Se considera como de servicio efectivo el período en el que el empleado esté a disposición del empleador, aguardando o ejecutando órdenes, salvo disposición especial expresamente consignada. (...) (traducción propia)
[650] FELICIANO, KROST, op. cit., p. 32.
[651] DELGADO, op. cit., p. 1042.

la realidad del teletrabajo. Así, se establece el deber de registro de la jornada en el teletrabajo, de conformidad con el art. 74, §2º, de la CLT, exceptuándose las hipótesis encuadradas en el art. 62, III, de la CLT (imposibilidad fáctica del control de jornada), como se vio anteriormente, puesto que en esas situaciones excepcionales no son aplicables las normas que integran el capítulo de la duración del trabajo (capítulo II), entre ellas el art. 74 de la CLT examinado.

En ese contexto, resta perquirir si existe la posibilidad de acordar un horario flexible para el teletrabajo realizado en Brasil que no esté comprendido en las hipótesis previstas en el art. 62 de la CLT y que se asemeje al modelo español, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico no contempla esa posibilidad expresamente. La flexibilidad horaria es una cualidad natural del teletrabajo, lo que, sumado a lo dispuesto en el art. 75-B, §9º, de la CLT ("Acuerdo individual podrá disponer sobre los horarios y los medios de comunicación entre empleado y empleador [...]") y no habiendo prohibición expresa, conduce a la conclusión de que sería posible acordar franjas horarias en las cuales cabrá al teletrabajador decidir el horario efectivo de trabajo, observándose los límites legales y los descansos. La definición del horario de comienzo y fin de la jornada o de franjas horarias también se revela crucial como forma de garantizar el ejercicio del derecho a la desconexión. Es importante resaltar que la libertad horaria (derivada del hecho de que el teletrabajador pueda decidir libremente cuál será el período de trabajo) no se debe confundir con exoneración en cuanto a la obligación de registro de la jornada, el cual se deberá realizar con respecto a las horas efectivamente trabajadas.

En términos generales, la estipulación del horario flexible no depende solo de la voluntad de las partes, sino también de la modalidad y características del teletrabajo. En general, el teletrabajo interactivo permite un control mayor (o en tiempo real) de la prestación del trabajo, siendo compatible, por ende, con la fijación de jornada y horario de trabajo. Ejemplo de ello son las actividades de teleasistencia, con horarios fijos y predeterminados de atención a los clientes. Por otro lado, el teletrabajo no interactivo tiende a permitir mayor autonomía organizativa al trabajador, con un control empresarial basado en metas y productividad, más compatible con la flexibilidad horaria. Aun en ese modelo, la estimación del tiempo necesario para alcanzar determinados resultados, en unidades objetivas, incluso teniendo como parámetro el tiempo utilizado en el trabajo presencial, es imprescindible para evitar la sobrecarga de trabajo (y de la jornada), incluso en actividades de difícil cuantificación, como actividades intelectuales acentuadamente creativas o de gestión individual e interna.

No caben dudas de que en el universo casi infinito de posibles configuraciones de teletrabajo, habrá situaciones más cercanas a una u otra característica, o aun se dará la integración de ambos modelos, lo que exigirá un análisis casuístico en materia de

jornada laboral. De cualquier manera, el trabajo por productividad o resultado necesita ser cuantificado, realista y compatible con los límites de la jornada para que se eviten situaciones de explotación y jornadas excesivas y nocturnas como único modo de atender a la demanda impuesta. Así, el horario flexible no se debe confundir con una jornada excesiva (o redundar en ella), pues, como se mencionó antes, habrá flexibilidad del horario, pero no de la jornada de trabajo. Muchas veces se establece una libertad horaria, pero condicionada por metas de productividad o demandas excesivas —que, en algunos casos, se vinculan directamente con presiones y acosos para la obtención de resultados— que resultan en la extrapolación desmedida de los límites legales de la jornada.

El modelo de jornada adoptado en el trabajo a distancia impacta en las cuestiones relacionadas a las ausencias temporales del trabajo (arts. 131 y 473 de la CLT; arts. 37 y 38 del ET), especialmente las ausencias justificadas y de corta duración, como la verificada por motivo de enfermedad, para la realización de consultas o de exámenes médicos, o para presentarse a un juicio. Tratándose de trabajo a distancia con jornada fija u horario determinado, la aplicación de las reglas de ausencia del trabajo se da de forma muy similar a la del patrón que se adopta en el régimen presencial. Sin embargo, en el régimen de flexibilidad horaria, la observancia de ese derecho de los trabajadores demanda un examen específico, dependiendo de la naturaleza del compromiso y de su duración.

En el caso de trabajo a distancia con fijación de un cuantitativo de horas (sin horario predeterminado), se deben respetar las ausencias legales en la proporción de las respectivas horas o días necesarios, compensándoselas. En cambio, en el trabajo a distancia por resultados, la observancia de esas ausencias legales se dará mediante la reducción de las tareas o metas del período —sin perjuicio de la remuneración correspondiente—, proporcionalmente al tiempo de desvinculación necesario, teniéndose en cuenta la estimación de horas para las actividades o resultados previamente arreglados (condición de este régimen de trabajo). En ambos casos, existe un deber de buena fe, para el trabajador, en cuanto a priorizar la realización de tareas personales y familiares en los períodos de no trabajo, especialmente cuando el trabajo a distancia se implementó atendiéndose a los anhelos de conciliación de la vida profesional con la vida privada de los trabajadores.

En el capítulo anterior, se hizo hincapié en el art. 4.2 de la LTD, que prohíbe que el teletrabajador sea perjudicado en el caso de dificultades, cuestiones técnicas u otras causas no imputables al trabajador que impidan la realización del teletrabajo, como, por ejemplo, un corte de conexión o de energía eléctrica. En este sentido, la SAN 1855/2021, de 10 de mayo de 2021 - confirmada por el Tribunal Supremo en recurso de casación (Sentencia

565/2023, de 19 de septiembre de 2023) -, reconoce como tiempo de trabajo los periodos de desconexión que impidan el teletrabajo por incidencias como la falta de suministro eléctrico o de internet, así como reconoce que el tiempo necesario para ir al baño cuando se teletrabaja debe contabilizarse de forma separada a otros descansos y pausas, por lo que proclama:

> - que, caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia.
> - el derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center.[652]

Por otro lado, se clasifican como faltas injustificadas —con los reflejos económicos y la eventual aplicación de las sanciones correspondientes— los períodos de desconexión imputables al trabajador en los cuales debería haber permanecido conectado. Así lo reconoció la jurisprudencia en el caso de un trabajador a distancia que debería prestar soporte técnico virtual, pero que, durante un mes, se limitó a enviar algunos correos electrónicos; y también en otro caso en el que un teletrabajador pasó 20 días sin entrar a los sistemas informáticos de la empresa.[653]

Otro reflejo importante dice respecto a los adicionales vinculados al horario o jornada de trabajo, como la hora extraordinaria y la nocturna. De la misma forma, habrá distinción en el tratamiento de esta materia cuando se trate de teletrabajo con horario fijo o flexible. Como regla general, la flexibilidad horaria —que permite al trabajador la libre elección del período de prestación laboral— impide el reconocimiento de adicionales remuneratorios vinculados a determinados períodos del día (como la hora nocturna), ya que el trabajo se ejecutó en esa franja horaria por decisión del trabajador, excepto si esa franja horaria resulta de una determinación empresarial o necesidad del servicio, materia que se deberá tratar en negociación colectiva o en el acuerdo de teletrabajo debido a sus importantes repercusiones. Por ejemplo, hay situaciones en las que el teletrabajador opta por trabajar en horario nocturno (como, por ejemplo, para cuidar o pasar más tiempo con sus hijos durante el día), en cuyo caso no se deberá el adicional, ya que el trabajo se podría haber realizado durante el día; mientras, en otros casos,

[652] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia n. 1855/2021, de 10/05/2021. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c5baca3d616e098e/20210602. Acceso en: 10/11/2024.
[653] GÓMES GORDILLO, op. cit., p. 303.

el trabajo a distancia se realiza en el período nocturno en virtud del cargo o actividad (como en un servicio de atención 24 horas), en cuyo caso se deberá el respectivo adicional.

Se debe hacer una ponderación sobre la jornada extraordinaria y el correspondiente pago de horas extras, puesto que aun en el régimen de flexibilidad horaria y de trabajo por productividad persiste la obligación de observancia de los límites de la jornada (legales y normativos), materia no sujeta a la discrecionalidad del trabajador. En todo caso, resulta notoria la relevancia del adecuado registro del horario de trabajo, en especial en las modalidades de flexibilidad horaria o que dotan al trabajador de mayor autonomía de la gestión del tiempo de trabajo (lo que implica una natural dificultad en contabilizar aumentos de jornada, exigiéndose un papel activo del empleado en distinguir, dentro de la jornada, las horas extraordinarias), como forma de evitar la extrapolación de los límites de la jornada, respetar los descansos y remunerar las horas extras que se hayan realizado, además de contener eventuales abusos o desorganización de cualesquiera de las partes.

Algunos convenios colectivos en España llegaron a prohibir la realización de horas extras en el trabajo a distancia, mientras otros permiten su realización siempre y cuando se informe previamente y la autorice la empresa.[654] La exigencia, por parte del empleador, de previa autorización para la realización de horas extras suena como una conducta cautelosa y adecuada que apunta a una mejor organización del trabajo, en el caso del teletrabajo, ya que este se realiza a distancia. Sin embargo, en estos casos, las horas extras prestadas sin autorización pueden acarrear sanciones para el trabajador, pues él dejaría de cumplir un deber contractual, pero nunca impedirá el pago de las horas extras efectivamente realizadas, puesto que hubo trabajo (no fungible) y, así, se debe la respectiva contraprestación.

La amplia conectividad y la fusión del ambiente personal y profesional propias del trabajo a distancia también pueden resultar en una disponibilidad permanente del trabajador, que puede reportarse en el puesto de trabajo inmediatamente, aspecto que demanda bastante cuidado. Además de garantizar el derecho a la desconexión, la LTD delimitó que, si fuera el caso, los períodos de disponibilidad del trabajador a distancia deberán estar previstos en el acuerdo de teletrabajo (art. 7º, *c*), observándose los períodos de disponibilidad obligatoria (art. 13).

En Brasil, además de las normas generales sobre el *sobreaviso*, la CLT volvió a abordar el tema en el capítulo sobre el teletrabajo, en especial en el art. 75-B, §5º, de la CLT,

[654] GÓMES GORDILLO *et al.*, op. cit., p. 311.

el cual buscó apartar el régimen de disponibilidad, demandando una mirada atenta. Dispone el precepto:

> Art. 75-B. [...] § 5º El tiempo de uso de equipos tecnológicos y de infraestructura necesaria, así como de softwares, de herramientas digitales o de aplicaciones de internet utilizadas para el teletrabajo, fuera de la jornada de trabajo normal del empleado, no constituye tiempo a disposición o régimen de *prontidão* o de *sobreaviso*, excepto si hay previsión en acuerdo individual o en acuerdo o convención colectiva de trabajo. (Incluido por la *Ley nº 14.442*, de 2022) (traducción propia)

Más allá de la redacción amplia atribuida a la norma, que parece establecer una exclusión generalizada de la jornada de ese tiempo de uso de los instrumentos digitales —sin explicitar si se trata de un uso para fines privados o laborales—, es necesario contextualizarla con el art. 4º de la CLT, que trata del tiempo a disposición durante la jornada de trabajo, en especial el §2º, incorporado por la *Ley nº 13.467/2017*[655], que desconsidera como tiempo a disposición el período de actividades particulares ejercidas por el empleado en las dependencias de la empresa, como el descanso, el ocio, las prácticas religiosas y los estudios. En ese sentido, se corrobora la afirmación de ROCHA:

> Siguiendo el mismo raciocinio, utilizar herramientas digitales puestas a disposición por el empleador, por sí solo, no configura tiempo a disposición, pues el empleado puede estar utilizándolas para ocio o relaciones personales, como cuando ve una película fuera del horario de trabajo en la computadora proporcionada por el empleador o conversa por vídeo con un familiar, utilizando la misma herramienta.[656]

Por lo tanto, la utilización del aparato tecnológico proporcionado para el teletrabajo fuera de la jornada laboral, para fines particulares, no configura tiempo a disposición del empleado, en los términos del art. 75-B, §5º, de la CLT, lo cual no descarta, no obstante, el cómputo del tiempo en los casos de utilización de ese mismo aparato para fines de trabajo fuera del horario acordado de la jornada laboral, por fuerza de las normas constitucionales sobre jornada de trabajo, ni la posibilidad de computar como de *sobreaviso* o *prontidão* el período en el que se exige que el trabajador permanezca conectado o accesible mediante dichas herramientas, observados los demás presupuestos y límites legales. De acuerdo a la norma

[655] CLT Art. 4º [...] § 2º Por no considerarse tiempo a disposición del empleador, no se computará como período extraordinario el que exceda la jornada normal, incluso si rebasa el límite de los cinco minutos previsto en el § 1º del art. 58 de esta Consolidación, cuando el empleado, por elección propia, busque protección personal, en caso de inseguridad en las vías públicas o malas condiciones climáticas, así como entre o permanezca en las dependencias de la empresa para ejercer actividades particulares, entre otras: I - prácticas religiosas; II - descanso; III - ocio; IV - estudio; V - alimentación; VI - actividades de relación social; VII - higiene personal; VIII - cambio de ropa o uniforme, cuando no haya obligatoriedad de realizar ese cambio en la empresa. (traducción propia)

[656] ROCHA, Larissa Medeiros. *Modelo Híbrido de Trabalho: Regras e Desafios. In* FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org), op. cit., p. 78. [Traducción libre]

brasileña, el *sobreaviso* (período en el que el trabajador, fuera del horario y del centro de trabajo, debe permanecer disponible para atender a eventual llamado para el trabajo) deberá organizarse en escala y no podrá superar el total de 24 horas, siendo remunerado en razón de 1/3 del salario, de conformidad con el art. 244, 2º de la CLT[657], norma que también incide en el teletrabajo.

Esta previsión también pone de relieve la importancia de que el empleador establezca reglas y límites para el uso privado de los equipos y herramientas digitales, lo que se abordará en la sección siguiente.

Para terminar, se consigna que las normas especiales relativas a la jornada en el teletrabajo constituyen normas de carácter intrínsecamente digital, visto que se crearon con la motivación de ajustar la realidad laboral al uso de los equipos y herramientas digitales para la ejecución o entrega del resultado del trabajo y su adaptación al contexto de su realización a distancia.

2.4.3 Derechos relacionados al uso de las herramientas digitales

La 5ª Sección del Capítulo III de la *Ley nº 10/2021* versa sobre los derechos relacionados al uso de los medios digitales, que serán el objeto de este apartado. La Sección referida se divide en tres partes principales, a saber: la preservación de la intimidad (art. 17), la protección de datos (art. 17) y la desconexión digital (art. 18), esta última ya examinada anteriormente, en el capítulo en el que se abordaron los principios del trabajo a distancia. Similar previsión se encuentra en el AMET (2002), que, en sus cláusulas 5 y 6 garantiza la protección de los datos y de la vida privada del teletrabajador.

El primer dispositivo de la Sección analizada es el art. 17, que trata del derecho a la intimidad y a la protección de los datos en estos términos:

> Artículo 17. Derecho a la intimidad y a la protección de datos.
>
> 1. La utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados.
>
> 2. La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos de propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.

[657] Aunque esta norma esté incluida en la sección relativa a los servicios ferroviarios, su aplicación analógica a otras categorías profesionales y ramos de actividades fue consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo, como quedó plasmado en las *Súmulas* de nº 229 y 428.

> 3. Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras.
>
> Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia.

Ante la remisión expresa presente en la LTD, aplicable al trabajo a distancia, la *Ley Orgánica nº 3/2018*, *de 5 de diciembre, Ley de protección de datos y de los derechos digitales* (en adelante LOPD), en especial en las normas referidas al ambiente laboral, como el art. 87 (derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales), el art. 88 (derecho a la desconexión, analizado anteriormente), el art. 89 (derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo), el art. 90 (derecho a la intimidad de cara al uso de sistemas de geolocalización en el trabajo), el art. 91 (derechos digitales en la negociación colectiva) y la *Disposición final 13ª* (que incorporó al ET el art. 20 bis, sobre el derecho de los trabajadores a la intimidad en el entorno digital y a la desconexión).

Así dispone el art. 87 de la LOPD, que regula, en términos generales, sobre el derecho a la intimidad y al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral:

> Artículo 87. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.
>
> 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.
>
> 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.
>
> 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.
>
> El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.
>
> Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.

En el AMET (que inspiró la LTD española) se contemplan los mismos temas cuando se establece el deber del empleador de respetar la vida privada del teletrabajador

(apartado 6), así como el de adoptar las medidas necesarias para la protección de los datos utilizados (apartado 5).

El art. 87 de la LOPD (supra) es complementado por la D.F.13ª de la mismo Ley, que añadió el nuevo artículo 20 bis al ET, con la siguiente redacción:

> Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.
>
> Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Estas previsiones que resguardan la intimidad y la privacidad del trabajador ante el uso de las herramientas tecnológicas son fundamentales en la actual sociedad de la información —y digitalización del trabajo—, dado que la tecnología, cada vez más, permite tener acceso, controlar y mercantilizar múltiples datos e información de las personas, en especial de los trabajadores. Esto amplía el poder directivo del empleador, que puede resultar altamente intrusivo, lo que refuerza la necesidad de transparencia y de uso proporcional de los medios y el establecimiento de límites, como lo ejemplifica oportunamente el art. 87.2 de la LOPD (supra), que condiciona el acceso al contenido de dispositivos digitales proporcionados para el trabajo estrictamente a efectos de controlar la actividad laboral. Dada la relevancia de esta materia, los actos empresariales violadores de la intimidad de los trabajadores se clasifican como infracciones graves (art. 8.11 de la LISOS).[658]

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental previsto en ámbito constitucional (art. 18 de la *Constitución Española* y art. 5º, X, de la *Constitución* brasileña) y relacionado a una esfera de la vida privada relativa a aspectos personales y confidenciales del individuo, como su pensamiento, ideas, secretos, emociones, orientaciones, intimidad domiciliaria y familiar, etc. El derecho a la intimidad justamente protege esos aspectos de la personalidad de eventuales interferencias externas de terceros, ya sea de particulares o de los poderes públicos, garantizando a la persona el control sobre su información privada y la necesidad de su consentimiento para cualquier comunicación relacionada a esa información. La *Constitución Española* es aun más específica al prever la protección de la intimidad frente al uso de la informática en el art. 18.4, que dispone: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de

[658] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 250.

sus derechos".[659] El derecho a la intimidad también está previsto en leyes laborales ordinarias, como los arts. 4.1, *e*, 8.4 y 18 del ET y el art. 223-C de la CLT.

Las normas referidas resaltan el juicio de proporcionalidad como criterio primordial en la ponderación entre la preservación del derecho a la intimidad y el poder directivo empresarial (art. 20 del ET), a partir de la evaluación casuística de las medidas adoptadas desde la perspectiva de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de los medios utilizados. La evaluación en cada caso concreto es imprescindible en virtud de la multiplicidad de factores implicados en la materialización del derecho a la intimidad en el entorno laboral, como el tipo de actividad económica (y de producto o servicio); la intensidad del uso de la tecnología; los lugares de trabajo; los mecanismos disponibles para el control y la dirección de la actividad laboral; las modalidades de trabajo adoptadas (presencial, virtual e híbrida); los dispositivos y herramientas digitales utilizadas; la naturaleza de la actividad, cargo o puesto de trabajo; el tratamiento de datos; la voluntariedad y el consentimiento (en el contexto de una relación jurídica asimétrica como lo es el vínculo de empleo); la gestión de la jornada de trabajo; las medidas de prevención a los riesgos relacionados al trabajo; la participación sindical o de representantes de los trabajadores, etc.

Además de la cláusula general, el art. 17 de la LTD aborda dos temas específicos relacionados al uso de medios digitales, a saber: *(i)* la prohibición de que se instalen programas o aplicaciones en dispositivos del propio teletrabajador (art. 17.2 de la LTD); y *(ii)* el deber empresarial de establecer criterios para el uso de los dispositivos digitales.

En lo que atañe al uso de dispositivos y equipos particulares para el trabajo, se remite al capítulo anterior, en el cual se concluyó que el trabajador podría, por libre voluntad, optar por el uso de su propio equipo mediante una adecuada compensación. En este caso, se entiende posible la instalación de programas y aplicaciones necesarios al trabajo en el equipo del trabajador, con transparencia con respecto a los datos recogidos y utilizados, ya que el art. 17.2 de la LTD solo impide que la empresa exija esa instalación. Una vez más, en el contexto de la relación asimétrica de trabajo, se debe demostrar la voluntad real del trabajador de usar sus dispositivos, sin ningún incentivo ni condicionamiento por parte del empleador, ni directo ni indirecto. Al mismo tiempo, esas situaciones —de uso de dispositivos particulares para el trabajo— refuerzan el deber empresarial de respetar la intimidad del trabajador y las normas de protección de datos, ya que el uso de dispositivo personal para el trabajo aumenta los riesgos de violación de la privacidad e intimidad a partir del acceso a diversos datos personales y

[659] ESPAÑA. *Constitución Española* (BOE» núm. 311, de 29/12/1978).

sensibles y de la posibilidad de un control empresarial incluso fuera del horario y lugar de trabajo.

Sobre el segundo aspecto, el art. 17 de la LTD y el art. 87 de la LOPD imponen al empleador la obligación de ser claro y de informar previamente sobre su política y las reglas vigentes para el uso de dispositivos y herramientas digitales, incluso para fines particulares, si fuera el caso, lo que deberá contar con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras (art. 17.3 de la LTD).

En este punto, cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia 405/2023, de 6 de junio de 2023), que reconoce, en el marco de un contrato de teletrabajo, que la ausencia de criterios claros y de una comunicación previa sobre el uso de las herramientas digitales facilitadas por la empresa supuso la vulneración del secreto de las comunicaciones y de la protección de los datos personales del trabajador. En el caso, el Tribunal subrayó que, aunque las facultades empresariales de control son legítimas, deben ejercerse de forma proporcional y con respeto a la expectativa razonable de privacidad del trabajador (según la doctrina del Tribunal Constitucional - STC 241/2012), concluyendo que las pruebas obtenidas mediante la revisión no autorizada de conversaciones privadas de WhatsApp (aunque sea en un teléfono y ordenador facilitados por la empresa) son ilícitas, constituyendo por tanto un despido improcedente.[660]

El uso personal de los equipos proporcionados para el trabajo constituye una tendencia dado el uso diseminado de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la vida moderna, pues evita que el trabajador tenga que portar dos tipos de aparato tecnológico, uno personal y otro profesional, como teléfono móvil y notebook, además de eximirlo de tener que cubrir los costos de adquisición de los aparatos. Se resalta que el AMET también establece el deber del empleador de informar al trabajador sobre "cualquier limitación en la utilización del equipo o de herramientas informáticas tales como internet" (apartado 5).

Así, cabe recordar algunos efectos de la eventual utilización privada de los equipos proporcionados para el trabajo, empezando por el riesgo de que la empresa tenga acceso a información privada e íntima, ya que tiene el control y acceso a esos equipos y herramientas (también) utilizados para el trabajo. Lo mismo sucedería en el caso de uso de dispositivos personales para el trabajo. En virtud del deber empresarial de proporcionar los equipos necesarios para el trabajo, es natural que haya una mayor injerencia en la gestión de esos

[660] ESPAÑA. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia 405/2023, de 6 de junio de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8cb0c3f5222c4d68a0a8778d75e36f0d/20230726

equipos por parte de la empresa, desde la adquisición (tipos, modelos) hasta la configuración de los dispositivos, programas y aplicaciones que se deben utilizar, lo que, no obstante, no aparta la restricción legal de solo poder acceder al contenido de los dispositivos digitales facilitados a los trabajadores con la estricta finalidad de controlar la actividad laboral (art. 87.2 de la LOPD).

En cuanto a este punto, ALFONSO MELLADO resalta la doble perspectiva, de la empresa y del trabajador, puesto que la autorización completa de los dispositivos de trabajo para uso personal implicaría una fuerte restricción al control empresarial del contenido del dispositivo, dada la severa afectación a la intimidad, mientras que una total restricción al uso personal de esos dispositivos terminaría autorizando un mayor margen de control empresarial, dado el menor riesgo de afectación al derecho a la intimidad.[661]

Un segundo efecto sería el riesgo de encuadramiento de esas utilidades proporcionadas como retribución por el trabajo, con implicaciones fiscales y de previsión social.[662] En este aspecto, a pesar de lo controvertido del tema y de posicionamientos en contrario, se entiende que, si el equipo o herramienta fue concedido y utilizado para la realización del trabajo, en cumplimiento al deber empresarial de proporcionar los medios, sin el cual, por otra parte, el trabajo no sería viable, el mero uso privado de los dispositivos durante las pausas y descansos no aparta de la naturaleza no retributiva. Como lo observan LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, los equipos tecnológicos forman parte de la vida cotidiana de todos, por lo cual resulta sumamente difícil distinguir lo que caracterizaría un uso abusivo o moderado. Los autores concluyen señalando que "(...) los dispositivos informáticos no se usan exclusivamente en el ámbito laboral, ya que constituyen herramientas de uso común en la vida cotidiana, lo que dificulta en muchas ocasiones la separación entre el tiempo de trabajo y el dedicado a tareas personales."[663]

La LODP también protege la intimidad en el caso de uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89), así como en situaciones de uso de sistemas de geolocalización para el control de la actividad de los trabajadores (art. 90), temas que se abordarán más adelante, cuando se examinen las facultades empresariales de organización, dirección y control en el trabajo a distancia.

Como ocurre con buena parte de las materias listadas en la LTD, la negociación colectiva ocupa una posición de relieve en la concreción del derecho a la intimidad

[661] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 335.
[662] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 129.
[663] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 249.

y de los derechos digitales en el teletrabajo, habida cuenta de que las normas legales contemplan previsiones bastante amplias, como no podría dejar de ser dado el vasto alcance y complejidad de la materia. En ese sentido, el art. 91 de la LOPD dispone: "Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral."

Se recuerda, además, el segundo párrafo del art. 17.3 de la LTD, que remite a la negociación colectiva la regulación sobre los términos en los que el teletrabajador podrá utilizar los equipos informáticos de trabajo para fines particulares. Aunque la norma haya silenciado sobre los demás temas previstos en el artículo, eso no significa restricción a la negociación colectiva, que podrá disponer sobre los criterios de uso de los dispositivos y sobre la instalación de programas por fuerza de la regla general prevista en el art. 19 de la LTD, respaldada por el principio de la libertad sindical, especialmente en lo que dice respecto a la autonomía de la voluntad colectiva. Sin embargo, la realidad española demuestra que buena parte de los convenios colectivos ignoran las cuestiones relacionadas al uso de herramientas digitales o, cuando lo hacen, establecen un marco genérico de tutela del derecho a la intimidad, con algunas limitaciones al poder empresarial.[664]

Así como ocurre en lo relacionado con la preservación de la intimidad, el empleador será responsable por el adecuado tratamiento de los datos —de los trabajadores y de terceros— necesarios para el desarrollo de la actividad económica y laboral, cabiéndole adoptar todas las medidas de protección de los datos de los trabajadores y de los datos que ellos utilicen en el ejercicio de su trabajo, en la forma de la LOPD y de sus principios de utilización de los datos con fines determinados, necesarios, explícitos y de forma transparente, compitiendo al trabajador, a su vez, cumplir con las instrucciones y demás normas de seguridad de la información establecidas.[665] El cuidado con respecto a la seguridad de la información ha sido una preocupación constante de todos los segmentos de la sociedad en esta Era Digital, incluso ante el aumento, en cantidad y complejidad, de los ataques y delitos cibernéticos.

En este punto, se ve un poco perjudicado el análisis comparativo con el ordenamiento jurídico brasileño, habida cuenta de que la legislación brasileña sobre teletrabajo (Capítulo II-A de la CLT) no dispone nada —expresamente— acerca del derecho a la intimidad, de la protección de los datos o de reglas de uso de los dispositivos y equipos, como lo hace la LTD española. Sin embargo, la previsión de preservación de ese derecho fundamental en el

[664] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 334.
[665] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 251.

ámbito del teletrabajo deriva de la aplicación directa de la norma constitucional que garantiza el derecho a la intimidad (art. 5º, X y §1º, de la Constitución brasileña)[666], por lo cual también se aplica al teletrabajo realizado en Brasil la protección de todos los aspectos de la intimidad en el teletrabajo, de conformidad con los temas abordados en este apartado.

Cabe resaltar que Brasil también editó una *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais* [Ley General de Protección de Datos Personales] – LGDP (*Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018)[667], que regula el tratamiento de los datos personales, incluso en los medios digitales, por persona natural o jurídica de derecho público o privado, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de libertad y de privacidad y el libre desarrollo de la personalidad de la persona natural (art. 1º). Sin embargo, la norma presenta lagunas al no hacer ninguna referencia explícita al trabajo o a los trabajadores —mucho menos al teletrabajo— aun cuando sus normas inevitablemente impacten de forma directa en el ambiente de trabajo y en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores; es el caso, por ejemplo, de los principios generales (finalidad, adecuación, transparencia, seguridad, etc.) y de la exigencia del consentimiento.

Por último, los arts. 9º y 10º de la LTD garantizan la igualdad de condiciones a los trabajadores digitales en lo que atañe a la formación y promoción profesional con el objetivo de crear y mantener actualizada la capacitación de los teletrabajadores con respecto a los medios y tecnologías que utilizan, además de evitar que la distancia del trabajo remoto pueda perjudicar a los trabajadores impidiéndoles participar efectivamente en las actividades formativas y, en consecuencia, acceder a las oportunidades de ascenso. Ambos dispositivos integran la 1ª Sección del capítulo III de la LTD, que versa sobre el derecho a la carrera profesional, derecho que comprende el derecho a la formación y a la promoción profesional. La relevancia de este tema es perceptible por la posición de relevancia que le confiere la LTD, visto que es abordado ya en los dos primeros artículos del conjunto de derechos de las personas trabajadoras a distancia (capítulo III).

Dispone el art. 9º de la *Ley nº 10/2021*:

---

[666] Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en estos términos: (...) X - son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurado el derecho a indemnización por el daño material o moral resultante de su violación; (...) § 1º Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata. (traducción propia)

[667] BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

> Artículo 9. Derecho a la formación.
>
> 1. Las empresas deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación efectiva en las acciones formativas de las personas que trabajan a distancia, en términos equivalentes a las de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa, debiendo atender el desarrollo de estas acciones, en lo posible, a las características de su prestación de servicios a distancia.
>
> 2. La empresa deberá garantizar a las personas que trabajan a distancia la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad tanto al momento de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas.

El foco del art. 9.1 de la LTD está puesto en garantizar a los teletrabajadores el acceso y la participación en las acciones formativas, en las mismas condiciones ofrecidas a los trabajadores presenciales, con los ajustes necesarios a las características del trabajo a distancia. El propio dispositivo adopta la expresión "en términos equivalentes", enfatizando la necesidad de adaptar las actividades formativas a la realidad del trabajo a distancia como único modo de alcanzar la igualdad real, sustancial, y no meramente formal.[668]

En el art. 9.2, a su vez, se prevé el derecho de los trabajadores a distancia (y de los gestores y responsables involucrados en el desarrollo de esa modalidad laboral), actuales y futuros, a una formación específica para viabilizar y perfeccionar las habilidades, capacidades y técnicas necesarias para lidiar con las herramientas tecnológicas y, de modo general, con los equipos e instrumentos necesarios para la realización, a distancia, del trabajo. Así, es imperiosa la existencia de un plan de formación que contenga "(...) acciones formativas y sensibilización sobre la forma adecuada del desarrollo de la prestación laboral, en especial en los relacionados con las herramientas tecnológicas".[669] Este plan de una formación adecuada y de calidad para el teletrabajo debe contemplar el entrenamiento para la utilización de las herramientas electrónicas necesarias, la ambientación al entorno digital y la prevención de los riesgos psicosociales. El dispositivo también enfatiza la necesidad de una formación adecuada siempre que haya cambios en los medios o tecnologías utilizadas, atendiéndose a una importante característica del trabajo digital, el relativo al dinamismo y evolución rápida y exponencial de las transformaciones tecnológicas y de los respectivos medios, herramientas e instrumentos utilizados.

Ese derecho a la formación engloba todos los tipos de acciones formativas, ya sean obligatorias (por fuerza de ley o negociación colectiva) o voluntarias/internas de la empresa, iniciales o continuadas, además de también abarcar las actividades formativas

[668] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 180.
[669] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 95.

centradas en la prevención de los riesgos laborales —generales y específicos del trabajo a distancia—, como establecido en el art. 19 de la *Ley nº 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* (en adelante, referida como LPRL)[670], igualmente aplicable al trabajo a distancia (art. 15 de la LTD).[671] TRILLO PÁRRAGA destaca la necesidad de que esa formación específica albergue aspectos relevantes como el ritmo de trabajo y la gestión del estrés de forma tal que cree un entorno laboral sano y colaborativo y prevenga el aislamiento del teletrabajador[672] o la pérdida de aptitudes y competencias.

Para garantizar el derecho a la formación, es necesario establecer las condiciones de participación (activa y efectiva) en las actividades formativas, incluyéndose la duración, los aspectos financieros y los medios y criterios utilizados también en eventuales evaluaciones. Como son actividades que se relacionan al desarrollo de la función por parte del trabajador o a su adaptación a las transformaciones digitales operadas en la empresa, cabrán al empleador los costos de esa formación, que se desarrollará prioritariamente durante la jornada de trabajo o, si fuera de ella, mediante compensación.[673] Deberá haber un cuidado especial con las actividades formativas presenciales, en las cuales es necesario viabilizar la participación presencial de los teletrabajadores (facilitando el desplazamiento y contemplando el tiempo necesario para realizarlo) o, de forma suplementaria, permitir la participación en línea o telepresencial en el evento (híbrido), garantizándose a los trabajadores a distancia el acceso, la participación activa y los materiales utilizados en las mismas condiciones que se pusieron a disposición de los trabajadores presenciales.

Como consta en el *Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización* (2022), uno de los principales desafíos de esta área consiste en la organización de los procesos de formación adecuados a la nueva realidad tecnológica en razón de la dificultad de determinar las competencias digitales, la readaptación y las transformaciones necesarias, no siempre claras. Esto exigirá un soporte del Estado, con sus políticas públicas, y de los demás interlocutores sociales, para que las empresas adopten planes de capacitación adecuados, especialmente para las micro y pequeñas empresas. Además, el trabajo a distancia exige del trabajador cualificación en materia de gestión del tiempo para evitar la dispersión u horas de trabajo contraproducentes.

Por su parte, el art. 10º de la *Ley nº 10/2021* asegura el derecho a la promoción profesional en estos términos:

---

[670] ESPAÑA. *Ley nº 31/1995*, *de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* (BOE n. 269, de 10/11/1995)..
[671] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 180.
[672] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 95.
[673] En el mismo sentido: HERAS GARCÍA, op. cit., p. 33.

> Artículo 10. Derecho a la promoción profesional.
> Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho, en los mismos términos que las que prestan servicios de forma presencial, a la promoción profesional, debiendo la empresa informar a aquellas, de manera expresa y por escrito, de las posibilidades de ascenso que se produzcan, ya se trate de puestos de desarrollo presencial o a distancia.

Este dispositivo garantiza, así, a los trabajadores la igualdad de condiciones y de oportunidades para la promoción profesional, teniendo como pilar el más completo conocimiento y el efectivo acceso a todas las oportunidades de ascenso profesional, para puestos de trabajo presenciales o a distancia. La norma contempla un acentuado grado de formalidad —no encontrado en ningún otro dispositivo de la LTD— al exigir el cumplimiento de ese deber de información por parte de la empresa de "*manera expresa y por escrito*", individualmente para cada trabajador, como garantía del efectivo conocimiento de la oportunidad, que deberá quedar documentado.

En España, la promoción profesional (género) constituye un derecho individual del trabajador que le faculta acceder a un cargo o puesto de trabajo más cualificado o mejor remunerado, encuadrándose el ascenso profesional (art. 24 del ET) como una de las especies, correspondiente a la progresión en la carrera dentro de un sistema de clasificación profesional (art. 22 del ET)[674] y que también se debe asegurar para los teletrabajadores. A diferencia del artículo precedente, el art. 10º de la LTD adopta la expresión "en los mismos términos", previendo, así, una igualdad absoluta en materia de promoción profesional sin exigir ninguna adaptación en lo concerniente al ejercicio de ese derecho por los trabajadores a distancia, al mismo tiempo en que prohíbe, a efectos de promoción, la utilización de criterios basados en la presencialidad, directa o indirectamente (como, por ejemplo, la adopción de un parámetro que beneficie solo a los trabajadores presenciales).[675]

Las referencias que constan en los arts. 9º y 10º, de equivalencia de condiciones al trabajo presencial en lo relacionado con la formación y promoción profesional, remite a la aplicación de las normas generales del ET en esta materia, de forma complementaria, en especial de los arts. 4.2, *b,* y 23, habiendo la LTD reforzado el deber del empleador de adoptar medidas específicas para no dificultar, olvidar, postergar o aislar a los trabajadores a distancia.[676] Además, indican una simbiosis necesaria entre el derecho de formación y la promoción profesional, puesto que el ascenso profesional suele otorgarse sobre todo a los trabajadores más calificados y con más experiencia, lo que impone un cuidado especial para

[674] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 187.
[675] *Idem*, p. 188-9.
[676] *Idem*, p. 177-8.

que el aislamiento del trabajador a distancia no resulte en obsolescencia profesional ni en pérdida de oportunidades.

En Brasil, la escasa regulación del teletrabajo no hace ninguna referencia al derecho de formación o promoción profesional, aunque ambos derechos se deben asegurar a los teletrabajadores en los mismos moldes en que se garantizan para el trabajo presencial, con las adaptaciones necesarias a las características de esa modalidad a distancia, incluso en lo relativo al entrenamiento y perfeccionamiento específico para la utilización de las herramientas digitales indispensables al buen cumplimiento del teletrabajo. En este aspecto, se pueden utilizar como referencia los parámetros y medidas adoptadas en el modelo español.

A fin de cuentas, el acceso a la formación profesional y a las oportunidades de desarrollo de la carrera en igualdad de condiciones con los trabajadores presenciales, incluso en lo que atañe a las políticas y métricas de evaluación, constituye una condición esencial para el buen funcionamiento del teletrabajo y garantía del principio isonómico.

Para concluir, las normas examinadas en este apartado —Secciones 1 y 5 de la LTD— constituyen normas de carácter intrínsecamente digital, puesto que inspiradas y creadas para ajustar la realidad laboral a los efectos de la digitalización del trabajo, además de involucrar la concreción inmediata de derechos fundamentales (derecho a la intimidad) y del principio de igualdad de condiciones y tratamiento y de no discriminación, aplicables, por ende, a todo y cualquier trabajo digital independientemente de la frecuencia o régimen adoptado.

2.5 Salud y prevención de los riesgos laborales

La prevención de los riesgos laborales constituye uno de los principales desafíos del trabajo a distancia, justamente por el hecho de que se presta fuera del establecimiento empresarial o, muchas veces, en ambientes distintos. Pero, por más que las leyes aseguren el derecho a la salud y a la seguridad de los trabajadores digitales —en igualdad de condiciones con respecto al trabajo presencial—, su implantación práctica enfrenta muchas dificultades y controversias. Esto no significa aceptar un trabajo a distancia inseguro; al contrario, demanda un avance en este segmento con vistas a implementar las medidas necesarias para eliminar o reducir los riesgos de surgimiento de enfermedades y de accidentes en el teletrabajo y, de modo general, promover el más completo bienestar (físico, mental, moral y social), ya que se puede hacer mucho por la salud, seguridad y bienestar de las personas teletrabajadoras.

Sin duda, habrá necesidad de adaptar las normas de salud y seguridad laboral (SSL) a las características especiales del teletrabajo —como el lugar de trabajo lejano y el uso intensivo de medios tecnológicos—, pero siempre con el ánimo de proporcionar una amplia y efectiva protección, jamás para promover ni establecer excepciones, limitaciones o exclusiones normativas. En tiempos digitales y de revolución tecnológica, es metamórfica la concepción de medio ambiente que, en cada momento, incorpora nuevas capas y percepciones, sincréticas entre sí, en una compleja interacción de elementos que, actualmente, abarca no solo el espacio físico y natural —y aspectos materiales—, sino también el ambiente digital, virtual y artificial, con sus dimensiones inmateriales.

Desde el *Convenio nº 177* de la OIT (1996) ya se preveía un cuidado en materia de salud y seguridad del trabajo realizado a distancia (arts. 7º y 9º), reforzado por la *Recomendación nº 184* (arts. 19 a 22), la cual exige que el trabajador sea informado en cuanto a los riesgos laborales y precauciones necesarias, así como reciba equipo de protección y máquinas y equipos con dispositivos de seguridad adecuados. Además, la norma refuerza el derecho del trabajador de rechazar un trabajo que represente peligro grave e inminente, situación que también puede dar lugar a la prohibición de que se prosiga con el trabajo a domicilio.

Así, al trabajo a distancia también es aplicable el *Convenio nº 155* de la OIT (ratificado por Brasil y España), sobre seguridad y salud de los trabajadores, incluso por fuerza de su art. 3º, que determina la aplicación del *Convenio* a todas las personas empleadas, en todas las áreas de la actividad económica. Además, el *Convenio* considera como lugar de trabajo el lugar al cual los trabajadores deben comparecer o en el cual deben permanecer y que esté bajo el control del empleador, aunque sea de modo indirecto. El *Convenio nº 155* de la OIT exige no solo ambientes laborales seguros y libres de riesgos, sino también sanos, recordando la definición de salud adoptada por la OMS como un estado de completo bienestar físico y mental y no solo como la ausencia de enfermedad o dolencia.

En la cláusula 8ª del AMET se hace hincapié en la preocupación con respecto a la salud y a la seguridad en el teletrabajo, disponiéndose:

> 8) Salud y seguridad
> El empresario es responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesionales del teletrabajador conforme a la directiva 89/391, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes.
> El empresario informa al teletrabajador de la política de la empresa en materia de salud y seguridad en el trabajo, en especial sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos. El teletrabajador aplica correctamente estas políticas de seguridad.
> Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes

> tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección.

En España, la Sección 4 de la LTD está dedicada a la prevención de los riesgos laborales, empezando por el art. 15, que establece una cláusula general de protección en materia de salud y seguridad laboral. He aquí la redacción del dispositivo:

> Artículo 15. Aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia.
>
> Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

Al remitir expresamente a la *Ley nº 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* (LPRL) —del mismo modo que el AMET remite a la Directiva europea nº 89/391/CEE, principal norma en materia preventiva y que dio origen a la LPRL—, no caben dudas en cuanto a la aplicación, en el trabajo a distancia, de todas las normas de SSL (hasta entonces aplicadas a la actividad presencial), europeas, nacionales y fijadas en negociación colectiva, puesto que existen riesgos comunes a ambas modalidades laborales. En este diapasón, se recuerda el principio de igualdad, el cual determina la equiparación de las condiciones de trabajo (art. 4º de la LTD), así como el deber general previsto en el art. 14 de la LPLR (extensible al teletrabajo en virtud de la remisión expresa que consta en el art. 15 de la LTD), de que "El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (3º apartado), el cual, a su vez, remite a la aplicación de las más variadas normas y directivas en esta materia. A fin de cuentas, es fundamental garantizar el mismo nivel de protección a la salud y seguridad de las personas trabajadoras más allá de la modalidad adoptada, presencial o remota.

Además de las normas generales de SSL, se deben observar las previsiones propias del teletrabajo para el enfrentamiento de riesgos específicos o determinantes, como la actividad preventiva establecida en el art. 16 de la LTD, que ejemplifica perfectamente la importancia de la modulación normativa. Esto porque, buscando implementar la norma general de garantía de la salud y seguridad laboral, el art. 16 de la *Ley nº 10/2021* establece criterios para la evaluación de riesgos y la necesidad de un planeamiento de acciones preventivas específicas para el trabajo a distancia:

> Artículo 16. Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.
>
> 1. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta

> modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.
>
> La evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia.
>
> 2. La empresa deberá obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso.
>
> Cuando la obtención de dicha información exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar en el que, conforme a lo recogido en el acuerdo al que se refiere el artículo 7, se desarrolla el trabajo a distancia, deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención.
>
> La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física.
>
> De no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención.

La evaluación de los riesgos y el planeamiento de la actividad preventiva son fundamentales para determinar la idoneidad y adecuación del lugar de trabajo a distancia y, aunque se trate de un tema históricamente controvertido en esa modalidad laboral, basta para justificar la inclusión de este dispositivo en la LTD.[677] Además, es importante el relieve que da la norma a los factores psicosociales, ergonómicos y organizacionales que sobresalen en el teletrabajo y que demandan atención especial. Otro punto resaltado y relevante del dispositivo es el que dice respecto a la distribución de la jornada, al tiempo de disponibilidad y a la garantía de los descansos y de la desconexión, reconociendo la simbiosis necesaria entre el tema de la jornada de trabajo (*lato sensu*) y la salud y seguridad laboral.

Como lo advierten LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, la referencia normativa formalmente rotulada "prevención de los riesgos laborales" no se debe utilizar para limitar su incidencia, ya que se deben aplicar todas las normas que contengan, en el aspecto material, prescripciones relacionadas a la prevención de los riesgos laborales, independientemente de estar o no formalmente catalogadas como normas de prevención.[678]

En la legislación brasileña, hay un solo (y parco) dispositivo de la CLT sobre el relevante tema de la salud y seguridad laboral en el capítulo específico del teletrabajo, el cual dispone:

[677] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 56 y 77.
[678] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 226-7.

> Art. 75-E. El empleador deberá instruir a los empleados, de manera expresa y ostensiva, en cuanto a las precauciones que deberán tomar a fin de evitar enfermedades y accidentes de trabajo. (Incluido por la *Ley nº 13.467*, de 2017)
> Párrafo único. El empleado deberá firmar pliego de responsabilidad comprometiéndose a seguir las instrucciones proporcionadas por el empleador. (Incluido por la *Ley nº 13.467*, de 2017) (traducción propia)

Desde una perspectiva edificante, se resaltan algunos aspectos positivos de este precepto legal: *(i)* la norma reconoce explícitamente la existencia de acentuados riesgos de accidentes y enfermedades en el teletrabajo; *(ii)* el texto utiliza el término "precauciones", lo que refuerza —más allá de la prevención (o sea, anticipación y gestión de los riesgos ambientales)— la adopción del principio de la precaución en el teletrabajo, buscando medidas también para enfrentar la incertidumbre en cuanto a los riesgos y su extensión; *(iii)* queda de manifiesto un deber antecedente (de adoptar medidas antes del comienzo del teletrabajo) y de carácter sucesivo (cuando demanda frecuentes evaluaciones y reevaluaciones); *(iv)* la norma realza la carga documental del empleador en esta materia; y *(v)* el precepto refuerza el deber de colaboración del trabajador en esta materia, acentuado en razón de la realización a distancia del trabajo, en un lugar elegido por él.

Por otro lado, definitivamente, esa previsión legal no apunta a reducir la protección del medio ambiente laboral a la mera instrucción del empleador con respecto a los riesgos ocupacionales, mucho menos a limitarla a la simple formalidad de firmar un pliego de responsabilidad. La orientación constituye solo una etapa en el proceso de prevención de los riesgos laborales, no agotándose en sí misma, ya que resulta imperiosa la aplicación y fiscalización del cumplimiento de las instrucciones emanadas (idéntico al raciocinio que funda la *Súmula 289* del TST).[679] Así, todas las normas de protección a la salud y seguridad laboral incidirán en el teletrabajo dado su carácter fundamental y por la aplicación sistemática y jerárquica del ordenamiento jurídico; en este sentido, se resalta que se habla, sobre todo, de un mandamiento constitucional consagrado en los arts. 6º; 7º, XXII y XXVIII; 194; 196; 200, VII y VIII; y 225 de la *Constitución Federal* de 1988. Por lo tanto, desde esa perspectiva, el art. 75-E de la CLT sirve solo para reforzar el deber empresarial, incluso a distancia, de instruir y entrenar a los teletrabajadores en materia de salud y seguridad laboral.

[679] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 289*. INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 y 21.11.2003. El simple suministro del equipo de protección por el empleador no lo exime del pago del adicional de insalubridad. Cabe a él tomar las medidas que conduzcan a la disminución o eliminación de la nocividad, entre ellas las relativas al uso efectivo del equipo por parte del empleado. (traducción propia) Disponible en: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html).

En el sistema brasileño, la CLT establece normas generales sobre seguridad y medicina del trabajo en su capítulo quinto (arts. 154 a 201), delegando al Ministerio de Trabajo la competencia para establecer disposiciones complementarias, de acuerdo con cada ramo de actividad o sector de trabajo (arts. 155 y 200), además de las regulaciones de cada estado y municipio de la federación (art. 154). Esta regulación complementaria del Ministerio de Trabajo se realiza por medio de las Normas Reguladoras (NR), elaboradas por comisión tripartita, las cuales abarcan diversas áreas, como la ergonomía, la protección contra incendio, el trabajo en altura y los equipos de protección personal y colectiva, entre otras, sumando 38 NR vigentes actualmente.

En el ámbito del teletrabajo, la ergonomía constituye un factor de gran relevancia, pues abarca los aspectos físicos del ambiente de trabajo (como la iluminación, el ruido y la temperatura) y, especialmente, los equipos y mobiliarios, destacándose los equipos de protección personal. La adecuación del medio ambiente físico, sumada a iniciativas de gimnasia laboral, es fundamental para evitar lesiones en la estructura del cuerpo humano y en su aparato locomotor, formado, entre otros, por huesos, músculos, articulaciones, ligamentos, tendones y cartílago, los cuales mantienen al cuerpo humano en movimiento y equilibrado. Los trastornos relacionados a esas partes del cuerpo suelen ser causados por posiciones incorrectas, estáticas y movimientos repetitivos. De la misma forma, los programas prevencionistas de salud ocupacional (PCMSO) y de mapeo de los riesgos laborales (PPRA)[680] deben cubrir la realidad del teletrabajo, siendo esenciales para una gestión eficaz de la salud y seguridad laboral, incluso en lo que dice respecto a la ergonomía.

En Brasil, la NR-17[681] trata específicamente de la ergonomía, sobresaliendo su Anexo II[682], dedicado al trabajo en teleatención y *telemarketing*, segmento que guarda bastante similitud de condiciones con las actividades de los teletrabajadores. En el Anexo constan deberes relacionados al posicionamiento de monitores, teclados y mouse (ítem 3.1); condiciones de los asientos y de la superficie de trabajo (ítem 3.1); equipos como micrófonos y audífonos (ítem 4); condiciones ambientales, como las adecuaciones acústicas y la

[680] El PCMSO (Programa de Control Médico de Salud Ocupacional, regulado por la NR-7) y el PPRA (Programa de Prevención de Riesgos Ambientales, regulado por la NR-9) son obligatorios, de conformidad con la legislación brasileña, y fundamentales para la prevención de un ambiente de trabajo sano y seguro.

[681] BRASIL. NR 17. *Portaria MTP nº 214/1978*, de 8 de junho, com redação dada pela Portaria MTP nº 423/2021, de 7 de outubro. Disponible en: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/norma-regulamentadora-no-17-nr-17.

[682] BRASIL. ANEXO II DA NR 17. *Portaria SIT nº 9/2007*, de 30 de março, com redação dada pela Portaria MPT 423/2021, de 7 de outubro. Disponible en: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/norma-regulamentadora-no-17-nr-17.

climatización (ítem 5); pausas y descansos especiales, incluso con dos intervalos adicionales de diez minutos continuos (ítem 6); la contención de los mecanismos de verificación de productividad (ítem 6.9); la capacitación y entrenamientos (ítem 7), entre otros.

Se recuerda que el aspecto ergonómico se enfatiza expresamente en la LTD española (art. 16.1), que también cuenta con disposiciones especiales para el trabajo con equipos que contengan pantallas visuales (*RD 488/1997*, *de 14 de abril*, fruto de la trasposición de la *Directiva nº 90/270/CEE*)[683], en las cuales se hace mención a los efectos nocivos del uso indiscriminado de pantallas, como la fatiga visual o informática y otras enfermedades físicas y mentales; y sobre campos electromagnéticos (*RD 299/2016, de 22 de julio*), muy comunes en dispositivos electrónicos y de telecomunicación. Cabe mencionar, además, las *Notas Técnicas de Prevención* (NTP), como la NTP 412, sobre teletrabajo, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), de España, las cuales tienen un estatus de mera recomendación, por lo cual no son de aplicación obligatoria.[684]

En una sentencia que abordó la prevención de riesgos laborales (especialmente los aspectos ergonómicos) y la igualdad de trato (art. 4.1 de la LTD), la SAN 4779/2023, de 3 de octubre de 2023, reconoció que la igualdad entre trabajadores presenciales y a distancia no implica la obligación de proporcionar idéntico equipamiento (en este caso, sillas ergonómicas). La sentencia reconoció el deber de la empresa de garantizar la seguridad y salud de los teletrabajadores (arts. 15 y 16 de la LTD), también en los aspectos ergonómicos, a través de la evaluación individual de riesgos (primacía de la prevención personalizada), lo que no supone la obligación de equiparar el tipo de asiento facilitado en el centro de trabajo (vinculado, por tanto, al trabajo presencial). El juzgado desestimó la demanda colectiva, al considerar que la empresa ofrecía evaluaciones de riesgos individuales y disponía de un procedimiento de solicitud de material ergonómico, avalado por el servicio de prevención de riesgos laborales, además de una compensación económica por los gastos asociados al teletrabajo, mediante una retribución fija de 30 euros mensuales.[685]

Como ya se ha señalado, el art. 75-B, §4º, de la CLT[686] excluye del régimen de teletrabajo las actividades de *telemarketing* o teleatención. Sin embargo, no hay justificación plausible para tal previsión, que aparece solo como un intento inconsistente de apartar la

[683] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 183.
[684] TRILO PÁRRAGA. op. cit., p. 78-9.
[685] ESPAÑA. Audiencia Nacional. Sala de lo Social. SAN 4779/2023, de 3 de octubre de 2023. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14e29a17948cf6f6a0a8778d75e36f0d/20231023
[686] Art. 75-B. (...) §4º El régimen de teletrabajo o trabajo remoto no se confunde ni se equipara a la ocupación de operador de *telemarketing* o de teleatención. (traducción propia)

aplicación, en el ámbito del teletrabajo, del Anexo II de la NR-17[687], el cual establece normas de SSL en materia de ergonomía.[688] Como se manifestó oportunamente, se entiende que las actividades de operador de *telemarketing* y de teleatención se pueden realizar dentro o fuera de las dependencias del empleador, de modo que, en el segundo caso, es plenamente posible el encuadramiento jurídico como teletrabajo, si se atienden los demás presupuestos legales.

En la oportunidad, se concluye que "la exclusión hecha en el §4º debe interpretarse en el sentido de reafirmar el concepto de teletrabajo previsto en el *caput* del propio art. 75-B de la CLT, en análisis integrado de todo el precepto y no de una parte o párrafo. Así, no habrá teletrabajo —ni se lo puede equiparar— cuando la prestación de los servicios de *telemarketing*/teleatención se realice en el establecimiento del empleador o en determinados centros de atención que concentren a trabajadores de diversas empresas. Interpretación contraria, en el sentido de prohibir la caracterización del teletrabajo (y la incidencia de sus normas especiales) a toda y cualquier actividad de *telemarketing* o teleatención, aun cuando se la realice desde el domicilio del trabajador o desde el lugar que él elija, mediante utilización de las TIC, incurrirá en flagrante inconstitucionalidad del dispositivo (arts. 3º, IV; art. 5º, *caput*; y 7º, XXX y XXXII, de la CF), al promover infundado tratamiento desigual —y, por ende, discriminatorio— hacia esos trabajadores, puesto que en esta actividad no hay factor de *discriminem* que justifique esa diferenciación."

A despecho de la aplicación de la NR-17 hasta que sobrevenga otra norma, lo cierto es que la realidad especial del teletrabajo demanda regulación específica en la materia. Así como muchos lugares o características de trabajo determinan la necesidad de una regulación especial de protección adecuada a los riesgos inherentes a la respectiva modalidad laboral (como el trabajo en altura, en la construcción civil, a cielo abierto, etc.), sin duda se espera un avance en ese sentido, siendo necesaria la creación de una regulación adecuada y específica de salud y seguridad en el teletrabajo que concilie sus principios, reglas, condiciones y peculiaridades.

Partiendo de la premisa adoptada en la LTD española, se ponen de manifiesto tres grupos principales de factores de riesgo en materia de salud y seguridad en el teletrabajo: *(i)* los factores psicosociales; *(ii)* los aspectos ergonómicos, ya abordados anteriormente; y *(iii)* los factores relacionados a la organización del trabajo (como jornada, tiempo y ritmo de trabajo,

[687] BRASIL. NR 17. *Portaria MTP nº 214/1978*, de 8 de junho, com redação dada pela Portaria MTP 423/2021, de 7 de outubro. Disponible en: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/norma-regulamentadora-no-17-nr-17.
[688] FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org.). op. cit., p. 78.

división de tareas, etc.). Más allá de la referencia por separado de esas tres esferas de la LTD, se observa que los riesgos concernientes a la organización del trabajo están estrechamente relacionados tanto a los factores psicosociales como a los ergonómicos y físicos.

En lo que atañe a los factores psicosociales (descritos por la OMS como los aspectos subjetivos de la interacción entre el trabajo y el trabajador)[689], la preocupación constante es la de evitar el estrés laboral y la fatiga tecnológica y mental, resultante del uso excesivo de dispositivos y de la interconectividad digital (y disponibilidad) permanente de los teletrabajadores, propiciada por las herramientas tecnológicas y por la fusión del ambiente profesional y personal, capaz de afectar severamente la salud física (problemas digestivos, dermatológicos, oftalmológicos, cardiovasculares, cefaleas…) y mental de los trabajadores (cansancio, agotamiento cognitivo, compulsiones, depresión…).

Es creciente la atención dada al tema de los riesgos psicosociales asociados al trabajo y a las enfermedades que derivan de ellos, especialmente tras el período de pandemia, que agravó esa condición, independientemente de la modalidad laboral. Sin embargo, existe una mayor preocupación de esos riesgos en el teletrabajo en virtud de los efectos nocivos de la tecnología en la organización del trabajo, razón por la cual se está verificando la implantación progresiva de normas y recomendaciones en ese sentido, como, por ejemplo, las NTP 438, 349, 450,702, 1.122 y 1.123. Así, tan importante como la sanidad física es la sanidad psíquica y emocional de las personas trabajadoras.

MELLA MÉNDEZ resalta la preocupación con los factores psicosociales del trabajo a distancia, expresamente mencionados en la LTD:

> Estos factores psicosociales están relacionados con los detalles de la organización del trabajo y su impacto en la salud mental y emocional del trabajador. Cuando dicho impacto es negativo, el trabajador enferma y sufre síntomas a nivel fisiológico (problemas gástricos, falta de sueño), emocional (ansiedad, angustia, depresión, apatía y similares), cognitivo (disminución de la percepción, falta de concentración o de la capacidad de tomar decisiones) e, incluso, conductual (abuso de alcohol, drogas, violencia, asunción de riesgos innecesarios y otros similares).[690]

Además de las condiciones materiales y de confort del ambiente laboral (aspectos físicos, en especial ergonómicos), la desconexión digital (limitación de la jornada, no interrupción de los descansos y uso razonable de los dispositivos tecnológicos) constituye una

[689] ONU. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Riesgos psicosociales y salud mental*. Disponible en: https://www.who.int/es/tools/occupational-hazards-in-health-sector/psycho-social-risks-mental-health

[690] MELLA MÉNDEZ, Lourdes. *Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia*. *In:* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et. al.], op. cit., p. 185.

de las principales medidas de prevención ante enfermedades de esa naturaleza, como se vio anteriormente en el apartado dedicado al principio de la desconexión.

Aun en materia de riesgos psicosociales, una de las tendencias del teletrabajo es la del aislamiento de los trabajadores, lo que puede tener diversas repercusiones e incluso derivar en enfermedades mentales en casos más extremos. En ese sentido, es importante la previsión del apartado 9 del *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* en cuanto al deber del empleador de adoptar medidas para prevenir el aislamiento del trabajador —previsión que también se encuentra en el *Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización* (2022)—, como cuando se recomienda, por ejemplo, que se promuevan encuentros presenciales regulares entre los compañeros de trabajo. Cuanto más intensa sea la actividad remota (que encuentra su punto culminante en el teletrabajo puro y exclusivo), mayores serán los riesgos psicosociales asociados y los perjuicios causados a la salud mental y emocional.[691]

Una solución adoptada en convenios colectivos consiste en establecer un período mínimo de trabajo presencial, en la línea de lo previsto en el segundo apartado de la D.A.1ª de la LTD, en el cual se deben priorizar reuniones, contactos directos, actividades colectivas y sociabilidad. Por ejemplo, se puede establecer un día de la semana o una semana por mes, o períodos alternados (como 6 meses de trabajo a distancia seguidos del mismo período presencial) a fin de que se mantenga un vínculo presencial y se preserven las raíces de esa relación social con vistas a evitar el aislamiento.[692] En definitiva, constituye una verdadera paradoja la existencia de personas que están cada vez más conectadas (en línea), que interactúan con multitudes en el ambiente virtual, pero que, al mismo tiempo, se van volviendo cada vez más solitarias y aisladas en el mundo físico.

Considerando que la relación de trabajo se caracteriza, por definición, como una relación necesariamente sociable, se deben buscar medios de promover la conexión entre la colectividad de trabajadores de una empresa, independientemente de su régimen de trabajo (presencial, virtual e híbrido) como forma de evitar el aislamiento y la alienación del teletrabajador.

Una dificultad en la gestión de la salud y seguridad laboral dice respecto al lugar de trabajo, especialmente en lo relacionado con la ergonomía y con aspectos físicos, lo que se vuelve aun más complejo en las situaciones de teletrabajo móvil o itinerante. Para garantizar la sanidad del ambiente de trabajo, es necesario definir un espacio físico de teletrabajo —si posible, diferente a los demás espacios domiciliarios— en el cual el empleador

[691] TRILO PÁRRAGA. op. cit., p. 78-9.
[692] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 81-5.

pueda implementar las medidas de prevención necesarias. Se recomienda que la indicación de ese lugar de trabajo y, más específicamente, de la zona habilitada para la prestación de los servicios conste expresamente en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7º, *f*, de la LTD), con el mayor grado de detalle posible. Se trata de un deber formal profundamente imbricado a la observancia de las normas de SSL. Como resultado, el trabajador quedará vinculado al espacio o los espacios físicos establecidos, debiendo comunicar cualquier modificación en el lugar o el eventual cambio de lugar. Incluso, el art. 16 de la LTD define como lugar de trabajo a distancia la "zona habilitada para la prestación de servicios", excluyéndose, por ende, el resto de las "zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia".

Al mismo tiempo en el que no se puede restringir el teletrabajo a la modalidad fija (realizado siempre en el mismo lugar), ya que la movilidad —teletrabajo móvil o itinerante— es inherente a esa herramienta y común en muchos modelos laborales, se deben ponderar los efectos de esas normas en la realidad del teletrabajador. En estos casos, se considera que la responsabilidad del empleador sobre la adecuación del lugar de trabajo se limita al lugar (o lugares) previsto(s) en el contrato de forma tal que el teletrabajo en lugares diversos y variables exigirá del empleador que oriente e instruya al trabajador, detalladamente, en cuanto a los cuidados necesarios para evitar enfermedades, así como le demandará poner a disposición los equipos y materiales movibles (no fijos) adecuados, como ordenador portátil, *mouse* (y alfombrilla), teclado, audífonos, cámaras, etc., pero sin responder a los aspectos inherentes al lugar de trabajo no previsto ni fiscalizado. Resulta pertinente recordar, a ese respecto, el art. 20 de la *Recomendación nº 184* de la OIT:

> 20. Los empleadores deberían tener la obligación de:
> (a) informar a los trabajadores a domicilio acerca de cualquier riesgo relacionado con su trabajo, que conozca o debería conocer el empleador, señalarles las precauciones que fuese necesario adoptar y, según proceda, facilitarles la formación necesaria;
> (b) garantizar que las máquinas, herramientas u otros equipos que faciliten a los trabajadores a domicilio estén provistos de los dispositivos de seguridad adecuados y adoptar medidas razonables con el fin de velar por que sean objeto del debido mantenimiento;
> (c) facilitar gratuitamente a los trabajadores a domicilio el equipo de protección personal necesario. [693]

El empleador puede prohibir la realización del teletrabajo en cualquier lugar no previsto (luego, no sometido a la prevención de riesgos), apuntando a una mayor protección en materia de accidentes y enfermedades, lo que, por otro lado, resultaría en eliminar la posibilidad del teletrabajo móvil o itinerante. Como la ley no prohíbe el teletrabajo móvil e

[693] OIT. Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184). Disponible en: https://www.ilo.org

itinerante —que, por otro lado, goza de mucho prestigio en el contexto tecnológico—, se entiende por la compatibilidad de esa figura, caso en el que cabrá a las partes indicar un lugar de trabajo principal o preponderante en el cual el empleador quedará responsable por las medidas de seguridad, incluso físicas. Para el trabajo en otros lugares no previstos en el acuerdo, la responsabilidad del empleador en cuanto al lugar de trabajo quedará reducida, manteniéndose, no obstante, el deber de proporcionar instrucciones adecuadas, entrenamiento y equipos (móviles, no fijos) ergonómicos necesarios para la realización del trabajo de forma sana y segura. Obviamente, una eventual desvirtuación de esa condición, como el intento del empleador de utilizar la excusa de la movilidad para eximirse del cumplimiento y de la responsabilidad por la seguridad del ambiente de teletrabajo, se deberá encuadrar como fraude y se deberá solucionar tomándose como base los principios de la primacía de la realidad y de protección integral de la salud del trabajador.

En ese sentido, afirma TRILO PÁRRAGA:

> En todos aquellos casos en los que el teletrabajo tenga carácter móvil o itinerante, es decir se realice en lugares diversos según la ocasión, el empresario cumplirá correctamente con su obligación de evaluar los riesgos específicos derivados de la prestación de trabajo sin necesidad de incluir los que se puedan derivar de las características del lugar de trabajo.[694]

De la misma forma, el lugar de trabajo constituye uno de los criterios para la caracterización del accidente de trabajo, lo que exige ponderar algunas situaciones específicas en el teletrabajo. En este aspecto específico, las dos legislaciones examinadas en este trabajo fallan al no adaptar el concepto de accidente de trabajo a la realidad del teletrabajo, haciendo que se disipen potenciales controversias que puedan surgir en cuanto a este tema. Aun así, el concepto legal de accidente de trabajo actualmente vigente, aunque establecido teniéndose en cuenta la realidad del trabajo presencial, abarca las situaciones y lugares de trabajo a distancia.

En España, en los términos del *RDL nº 8/2015, de 30 de octubre*[695] (*Ley General de la Seguridad Social*), "Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" (art. 156.1), presumiéndose que "son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo" (art. 156.3). La jurisprudencia ha interpretado el concepto de lugar de trabajo de modo amplio, también reconociendo como lugar de trabajo aquel no habitual o el domicilio del teletrabajador.[696]

---

[694] TRILO PÁRRAGA. op. cit., p. 81.
[695] ESPAÑA. *Real Decreto Legislativo nº 8/2015*, de 30 de octubre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).
[696] MELLA MÉNDEZ, op. cit., p. 198.

En Brasil, en los términos de la *Ley n º 8.213/91*, de 24 de julio[697] (que dispone sobre los Planes de Beneficio de la Previsión Social), se considera accidente de trabajo "(...) el que ocurre por el ejercicio del trabajo a servicio de empresa o de empleador doméstico o por el ejercicio del trabajo de los afiliados (…), provocando lesión corporal o perturbación funcional que cause la muerte o la pérdida o reducción, permanente o temporal, de la capacidad para el trabajo" (art. 19). Además, la norma equipara a accidente de trabajo el sufrido en el lugar y horario de trabajo por acto externo o de terceros, así como el accidente sufrido fuera del lugar y horario de trabajo, pero durante la ejecución de orden o realización de servicios y viajes a servicio del empleador, entre otras causas (art. 21). De igual forma, ambos países adoptan concepto similar de enfermedad profesional[698], como la contraída o desencadenada por el ejercicio del trabajo, en la forma del art. 157 del *RDL nº 8/2015* y del art. 20 de la *Ley nº 8.213/91*.

En el teletrabajo, el domicilio del empleado u otro lugar elegido por él será considerado, para todos los efectos legales, como el lugar de trabajo y se equiparará al centro de trabajo en la actividad presencial de forma tal que los accidentes que se sufran en esos lugares, durante el trabajo, se encuadrarán como accidente de trabajo. Sin embargo, considerando que la residencia tiende a tener otros ambientes integrados al lugar específico de la prestación del teletrabajo, se cuestionará la delimitación de lo que se entiende por lugar de trabajo, que se podrá interpretar *(i)* de modo restrictivo para considerar solo la zona habilitada para la prestación de servicios; o *(ii)* de modo amplio, para considerar todo el ambiente domiciliario de forma integrada. Esta última interpretación ha sido adoptada con frecuencia en pronunciamientos judiciales, los cuales evitan adoptar una perspectiva reduccionista o restrictiva de los espacios de trabajo para alcanzar áreas como el baño o la cocina, realizando una especie de equiparación entre el teletrabajador y el trabajo en las dependencias del empleador.[699]

Aunque la sensibilidad de la cuestión, con fundamentos razonables para ambos sentidos, en especial por la preocupación de no adoptar argumentos restrictivos a la amplia protección de la salud del trabajador —uno de los temas más caros, si no el más importante, del Derecho del Trabajo—, se comprende como lugar de trabajo solo el lugar

---

[697] BRASIL. *Lei nº 8.213/91*, de 24 de julho. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. [Traducción libre]

[698] En Brasil, se aplica una distinción terminológica entre enfermedad profesional (peculiar a determinada actividad o profesión, con nexo presumido) y enfermedad de trabajo (resultante de las condiciones especiales en las que se realiza el trabajo).

[699] TRILO PÁRRAGA. op. cit., p. 86.

específico o zona habilitada para la prestación de los servicios en el teletrabajo y en el cual la empresa efectuó la evaluación preventiva de los riesgos laborales y el suministro de materiales y equipos ergonómicos, sin extenderlo a otros ambientes no evaluados y de uso común por las demás personas residentes en el lugar (como la cocina y el baño), incluso por el riesgo de invadir el núcleo esencial del derecho a la intimidad personal y familiar, lo que implicaría un grado elevado de interferencia en la residencia de la persona trabajadora, espacio inviolable de conformidad con la *Constitución*. En la interpretación y aplicación del Derecho, se deben considerar la realidad y las consecuencias prácticas de las imposiciones jurídicas, lo que hace impracticable exigir el cumplimiento de todas las normas de SSL en diversos espacios del ambiente familiar (o, aun, en la totalidad), en una percepción ubicua e irreal de la capacidad y responsabilidad empresarial en ese aspecto, en detrimento de otras importantes garantías constitucionales.

En este punto, es necesario ajustar las reglas a la realidad del trabajo a distancia, no habiendo lugar para una equiparación formal al trabajo presencial (y centros de trabajo), como lo advierte HERAS GARCÍA:

> Se limita el deber empresarial a la zona de trabajo, no siendo responsable la empresa de la seguridad de otras estancias como el baño, comedor o cocina (de las que sí sería responsable si hablásemos de un centro de trabajo tradicional). […] la evaluación [de riesgos] se ceñirá, como ya se ha indicado, exclusivamente al espacio en el que se desempeñará el trabajo y no a todo el domicilio de la persona trabajadora.[700]

PACHECO y DESTE, por su parte, observan que "(…) no parece razonable que todo el ambiente doméstico pueda ser blanco de fiscalización, debiendo esta concentrarse en el lugar en el que prepondera la ejecución de la actividad laboral (…)" (traducción propria)[701]; incluso porque, aun cuando se adopte esa visión circunscrita del lugar del teletrabajo, subsistirán dificultades prácticas en cuanto a la conciliación con la privacidad personal/familiar y domiciliaria, ya que, muchas veces, no habrá un espacio de trabajo separado o estanco con respecto al resto del domicilio.

Por otro lado, además del lugar de trabajo, es necesario tener en cuenta, para el encuadramiento como lugar de trabajo, que el teletrabajador se encuentre en su horario de trabajo o período de disponibilidad[702] —lo que equivale a la situación en la que el empleado está en el centro de trabajo en la modalidad presencial—, ya que resultaría excesivo considerar como accidente de trabajo el que ocurra en la casa del trabajador en cualquier momento. Se

[700] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 156.
[701] PACHECO, DESTE, op. cit., p. 65.
[702] En ese sentido, ver MELLA MÉNDEZ, op. cit., p. 199.

debe hacer una salvedad en cuanto a las enfermedades profesionales y de trabajo, pues estas no estarían directamente relacionadas a la jornada u horario de trabajo, sino a la existencia de un nexo de causalidad entre la enfermedad y las condiciones de trabajo.

A esta altura, cabe reiterar una premisa de esta investigación, la relacionada a que, en ella, se analizan las cuestiones y se adoptan posicionamientos desde una perspectiva de la legislación laboral sin tenerse en cuenta la esfera de la seguridad social. Aunque sean materias estrechamente entrelazadas, al mismo tiempo constituyen universos distintos, pues la materia previsional se centra en la seguridad social, en la infortunística, en la universalidad y en la socialización de los riesgos, cuyo examen —de los temas relacionados a la previsión social— en el trabajo a distancia demanda una investigación específica desde esa lógica, razón por la cual no se aborda en este estudio.

Cuando se trata de la gestión de la salud y seguridad del teletrabajador, es necesario centrarse en el principio de la prevención, en la adopción de todas las medidas y cautelas adecuadas y posibles frente a los riesgos existentes, con la participación activa de las partes involucradas para formar una verdadera y efectiva cultura prevencionista y, así, garantizar un entorno laboral seguro y sano. CASAS BAAMONDE destacan no solo la prevención, sino, sobre todo, el principio de la precaución en el teletrabajo, el cual "(...) actúa frente a la incertidumbre científica ante la potencialidad de los riesgos tecnológicos", reforzando, de esa forma, el papel de la empresa en la prevención de daños, y no solo del teletrabajador, por el hecho de controlar el lugar de trabajo.[703] Como visto anteriormente, la precaución se cita expresamente en el art. 75-E de la CLT.

No obstante, dadas las características del teletrabajo, el trabajador cumplirá un papel fundamental en la actividad prevencionista y en la observancia de las normas de seguridad y salud laboral. Ese deber está previsto tanto en el art. 75-E de la CLT (y en la norma general establecida en el art. 158 de la CLT) como en el art. 29 de la LPRL[704] (y art. 19.2 del

[703] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

[704] Artículo 29. Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos.

1. Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.

2. Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular:

1.º Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.

2.º Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.

ET). Cabe al trabajador no solo cumplir y observar las orientaciones que le transmite el empleador, sino hacerlo de forma activa y no reactiva. Sin apartar la responsabilidad del empleador, existe, en efecto, un deber mutuo de cooperación, cabiendo al empleado ser diligente y evaluar constantemente su postura y condiciones físicas de trabajo; observar las reglas sobre el uso y funcionamiento de los equipos y herramientas digitales, monitoreando el estado de conservación y la funcionalidad; respetar las pausas adicionales eventualmente establecidas; cooperar con la empresa para garantizar condiciones de trabajo seguras, velando por su seguridad y la de las demás personas presentes; entre otras medidas. El incumplimiento de las instrucciones recibidas y el del referido deber de colaboración activa en la prevención de los riesgos laborales puede sujetar al trabajador a sanciones disciplinarias.

Incluso en el contexto prevencionista, sobresale el derecho a la información, participación, consulta y formación —cualificación— de los trabajadores sobre los riesgos para la salud y la seguridad laboral y las respectivas medidas de protección y prevención, de conformidad con los arts. 18 y 19 de la LPRL (c/c art. 15 da LTD), aspectos que cobran más énfasis en el teletrabajo debido a su realización física a distancia del empleador. Recordemos la Directiva (UE) 2024/2831 que, al salvaguardar la salud física y mental de los trabajadores de las plataformas digitales, garantiza expresamente los derechos de información, consulta y participación efectiva de los trabajadores y sus representantes. Ocurre lo mismo en lo que atañe a las medidas preventivas en situaciones de emergencias (art. 20 de la LPRL)[705], así como a las medidas de vigilancia periódica de la salud del trabajador (art. 22 de la LPRL y art. 4º del RD nº 448/1997).

Un tema sensible al teletrabajo de modo general, y muy especialmente en lo que concierne a la salud y seguridad laboral, es el relativo a la fiscalización del ambiente laboral

---

3.º No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.

4.º Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.

5.º Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

6.º Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

3. El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas. Lo dispuesto en este apartado será igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno.

[705] TRILO PÁRRAGA, op. cit., p. 82-3.

que, muchas veces, corresponde a la residencia del trabajador y demanda la conformación a derechos fundamentales como los de la inviolabilidad del domicilio y la privacidad, garantizados constitucionalmente.

La *Recomendación nº 184* de la OIT, en su art. 8º, resalta la importancia de que se asegure el acceso de fiscales de trabajo al ambiente laboral aunque ese sea la residencia del trabajador, para inspeccionar el cumplimiento de las normas laborales, disponiendo:

> En la medida en que sea compatible con la legislación y la práctica nacionales relativas al respeto de la vida privada, los inspectores de trabajo u otros funcionarios encargados de velar por la aplicación de las disposiciones que rigen el trabajo a domicilio deberían estar autorizados a entrar en las partes del domicilio o de otro local privado en las que se realiza ese trabajo.[706]

En España, el art. 16 de la LTD, al exigir la evaluación de los riesgos y la planificación de medidas preventivas de salud y seguridad del ambiente de trabajo, prevé la posibilidad de una visita técnica al lugar de trabajo cuando sea necesaria para realizar esa evaluación. En estos casos, el trabajador será informado por escrito con respecto a esa necesidad y se dependerá de su anuencia para la realización de la visita al lugar de trabajo, como consignado en la parte final del art. 16.2: "La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física". Cuando no se obtiene la anuencia del trabajador, la norma permite que la evaluación de los riesgos se realice a partir de información prestada por el trabajador, de acuerdo a las instrucciones del servicio de prevención. Esta previsión normativa está en sintonía con la *Ley nº 23/2015*, de 21 de julio, que trata del sistema de Inspección del Trabajo, cuyo art. 13.1 condiciona el ingreso de Inspectores del Trabajo al domicilio de una persona física a su expreso consentimiento o mediante autorización judicial.[707]

En la misma línea normativa, la *Ley nº 10.593/2002*, de 6 de diciembre, que trata de la Auditoría Fiscal del Trabajo en Brasil, prevé un procedimiento para inspecciones en el trabajo del empleado doméstico, en los términos del art. 11-A (incorporado por la *Ley Complementaria nº 150/2015*), que se puede aplicar por analogía al teletrabajo[708], aunque se trate de una norma dirigida a la actuación de funcionarios públicos y no solo de agentes privados:

---

[706] OIT. Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184). Disponible en: https://www.ilo.org
[707] MELLA MÉNDEZ, op. cit., p. 194.
[708] ALMEIDA, Ludmila Alves França de. *Teletrabalho e Direito à Desconexão*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2023.

> Art. 11-A. La verificación, por el Auditor Fiscal del Trabajo, del cumplimiento de las normas que rigen el trabajo del empleado doméstico, en el ámbito del domicilio del empleador, dependerá de concertación y arreglo previos entre la inspección y el empleador. *(Incluido por la Ley Complementaria nº 150*, de 2015)
> § 1º La inspección deberá tener naturaleza prioritariamente orientadora. (Incluido por la *Ley Complementaria nº 150*, de 2015)
> § 2º Será observado el criterio de doble visita para registro de auto de infracción, salvo cuando se constate infracción por falta de registro en la *Carteira de Trabalho e Previdência Social* o cuando se verifique la reincidencia, fraude, resistencia o embarazo a la inspección. (Incluido por la *Ley Complementaria nº 150*, de 2015)
> § 3º Durante la inspección de trabajo referida en el caput, el Auditor Fiscal del Trabajo se hará acompañar por el empleador o por alguien de su familia designado por él. (Incluido por la *Ley Complementaria nº 150*, de 2015).[709] (traducción propia)

Sin duda, la inspección presencial en el lugar de trabajo, cuando sea necesaria y no haya otro medio eficaz, es impositiva aun cuando se trate de la residencia del trabajador, el cual puede, incluso, solicitar por sí mismo la inspección, debiendo el acceso al lugar ser previamente comunicado, consentido y acompañado. De cualquier manera, se requerirá el consentimiento del trabajador en resguardo al derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio. De conformidad con la *Constitución Federal*, en efecto, solo se podrá ingresar al domicilio mediante autorización judicial o en situaciones de flagrante delito, de desastre o para prestar socorro, según el art. 18.2 de la Constitución española y el art. 5, XI, de la Constitución brasileña. Sobre la posibilidad de utilizar otro medio eficaz, cabe recordar que, como resultado de la revolución digital, también en el campo de la inspección del trabajo se amplían cada vez más las oportunidades de fiscalización (directa o indirecta) por medios tecnológicos y mediante el análisis y procesamiento de datos, pudiéndose contar con herramientas como la inteligencia artificial o el uso de algoritmos.

De esa forma, ponderándose que la comprobación de las condiciones de salud y seguridad del lugar de trabajo surge como una condición para el trabajo a distancia, la aceptación y formalización del acuerdo de teletrabajo supone la anuencia del trabajador en cuanto a recibir una visita para inspección del lugar de trabajo, cuando esta no se pueda realizar por otros medios (vía telemática, fotografías o mediante información). Aun así, el efectivo acceso al lugar se debe comunicar con antelación y el trabajador debe prestar su consentimiento y acompañar la inspección. Una eventual negativa implica declinar una condición esencial del teletrabajo, volviéndolo inviable, caso en el que se volverá legítima la negación de esta modalidad o su reversión (si ya estaba en curso) o, aun, la aplicación de sanciones disciplinarias

[709] BRASIL. *Lei nº 10.593*, de 6 de dezembro de 2002. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10593.htm.

si dicho modo de actuar importa en incumplimiento de una obligación legal relativa a la salud y seguridad laboral.

En este punto, la legislación española resulta bastante controvertida por prever, en el art. 16.2 de la LTD, que "De no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona (...)". La evaluación de riesgos por medio de la autodeclaración del trabajador que niega una inspección en el lugar de trabajo, cuando este se realiza en su domicilio, no parece ser la solución más adecuada.

En primer lugar, es necesario establecer dos premisas. La primera es la de que la adopción de medios alternativos —a la inspección física— de evaluación y de prevención de los riesgos constituye una medida saludable en la dinámica del teletrabajo y compatible con su naturaleza, siempre y cuando esos medios resulten igualmente eficaces para la protección de la salud y seguridad laboral. Hay precedentes judiciales que determinan la utilización de la metodología menos invasiva para obtener la información necesaria, cotejando el deber de prevención de los riesgos laborales y el derecho a la intimidad domiciliaria.[710] La segunda es la de que la negativa por parte del trabajador impide que el empleador o terceros ingresen a su domicilio, con las excepciones legales, como la autorización judicial. El problema radica en la solución adoptada en los casos de negativa del trabajador a la inspección física en el lugar de trabajo situado en su residencia.

En ese sentido, admitir una evaluación por autodeclaración, aunque sea de menor calidad y, por ende, conlleve mayores riesgos de enfermedades y accidentes, significa desconsiderar la imperatividad e indisponibilidad de las normas sobre salud y seguridad en el trabajo y de los principios vectores de la máxima prevención y precaución en lo referente al medio ambiente laboral. Como se sabe, esa materia se sitúa en posición contraria a la de la autonomía de la voluntad, individual y colectiva, incluso sopesándose, en el caso específico, el interés del trabajador en trabajar a distancia, por lo cual estaría más propenso a ignorar u ocultar eventuales obstáculos en el acceso a esa modalidad laboral.

Además, aun considerando un potencial conflicto entre derechos fundamentales, como los de la vida y la salud *versus* la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, la ponderación axiológica pendería hacia la protección de la vida y de la salud, buscando la menor lesión o restricción posible al núcleo esencial del derecho a la intimidad o a la inviolabilidad domiciliaria. Asimismo, la rigurosa responsabilidad a la que se someten los

[710] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 56.

empleadores en cuanto a la prevención de los riesgos laborales y al mantenimiento de un ambiente de trabajo seguro y sano, proporcional al bien de la vida tutelado (vida y salud del trabajador), les garantiza el derecho de adoptar postura cautelosa en esta materia, entre ellas el derecho a obtener la información más precisa con respecto al lugar de trabajo, si resulta necesaria y es proporcional al cumplimiento de su deber legal, jamás tolerándose información parcial, precaria o incompleta. A todo derecho corresponde un deber y cabe al empleador el derecho de determinar una inspección técnica presencial en el lugar del teletrabajo si esta fuere imprescindible para hacer efectiva una adecuada evaluación de los riesgos y la planificación de las acciones preventivas en el trabajo a distancia, de conformidad con lo establecido en el art. 16 de la LTD.

Como lo recuerdan oportunamente LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, el art. 16.2 de la LTD (que trata del deber empresarial de obtener información "mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados") presupone que "(...) la empresa debería obtener toda la información acerca de los riesgos laborales sin vulnerar la privacidad del domicilio de la persona trabajadora o del lugar por esta elegido para trabajar a distancia"; sin embargo, "(…) la empresa no puede alegar el derecho fundamental de la persona trabajadora a su privacidad como excusa para un cumplimiento defectuoso de su deber de evaluar riesgos y adoptar medidas".[711]

Así, se interpreta que la facultad prevista en la LTD, de realizar la actividad preventiva a partir de la información recibida del teletrabajador, según las instrucciones del servicio de prevención, permite al empleador evaluar la pertinencia y suficiencia de esa providencia para fines del cumplimiento de su deber legal de adoptar las medidas de protección más adecuadas de cara a los riesgos laborales, como método menos invasivo, incluso porque responderá por eventual infortunio resultante del trabajo a distancia (art. 14 de la LPRL). Como lo señala HERAS GARCÍA, "[...] aunque la evaluación se delegue, la responsabilidad en materia preventiva sigue recayendo en la empresa."[712]

El propio dispositivo legal adopta la voz en tiempo futuro "podrá", realzando que la empresa no está obligada a consentir con que la evaluación se haga por autodeclaración del trabajador cuando esta no resulte suficiente para asegurar la sanidad física y mental del teletrabajador. Así, siendo imprescindible la verificación *in loco* del ambiente de trabajo (domicilio del empleado) y no habiendo consentimiento del trabajador, resultará imposible la realización del trabajo a distancia, que, entonces, el empleador podrá negar legítimamente, ya

[711] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 231.
[712] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 81-5.

que ese presupone condiciones mínimas de salud, salubridad y seguridad del lugar de trabajo, en la modalidad en la que se realice.

De cualquier manera, dada la relevancia de las cuestiones implicadas (salud y seguridad del trabajador, protección a la intimidad e inviolabilidad del domicilio), se deben documentar y fundamentar todos los procedimientos, con acceso amplio para las partes involucradas, desde la fase preparatoria y de justificaciones para una inspección presencial en el lugar de trabajo hasta la concertación, notificación y consentimiento del trabajador. En este sentido, el art. 16.2 de la LTD contiene las exigencias formales de los trámites en materia de evaluación y prevención de los riesgos laborales, ampliando el deber documental ya existente en el tema (art. 23 de la LPRL), y el art. 75-E de la CLT establece el deber empresarial de formalizar las instrucciones y medidas adoptadas. Además, se exige sentido común, discreción y sigilo por parte del profesional responsable por la inspección con respecto al ambiente domiciliario, bajo pena de encuadramiento del acto como abusivo.[713]

Al contrario de prácticamente todos los demás temas relacionados al teletrabajo, la LTD no hace ninguna alusión al papel de la negociación colectiva en materia de prevención de los riesgos laborales, quizás debido a la imperatividad e indisponibilidad de esas normas, contrarias incluso de cara a la autonomía colectiva —aunque esta pueda ampliar la protección mínima prevista en ley—, dada la relevancia del bien jurídico tutelado. Lo mismo ocurre en la realidad brasileña: en efecto, el art. 611-A de la CLT (que dispone sobre la prevalencia de la negociación colectiva sobre la ley) no contempla las cuestiones relacionadas a la SSL, ni podría hacerlo, puesto que ello atentaría frontalmente contra las garantías establecidas en la *Constitución* de 1988 (arts. 6º, 7º, XXII y XXVIII; 194, 196, 200, VII y VIII; y 225). Paradójicamente, ambos ordenamientos jurídicos contemplan poquísimas normas de salud y seguridad laboral para el teletrabajo, limitándolo a la posibilidad de determinar la aplicación de las normas generales sobre la materia y dejando abierto un espacio necesario de ajuste y adaptación de las normas generales a la realidad del trabajo remoto.

Para concluir, cabe recapitular que todos los gastos necesarios para garantizar un medio ambiente de trabajo seguro y sano deberán ser cubiertos por el empleador, estando prohibido que recaiga cualquier costo sobre el trabajador, como se analizó anteriormente en la sección en la que se abordaron los derechos económicos. En el caso español, incluso, existe la previsión expresa del art. 14.5 de la LPRL, aplicable al trabajo a distancia (art. 15 de la LTD), que dispone: “El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá

[713] PACHECO, DESTE, op. cit., p. 65.

recaer en modo alguno sobre los trabajadores." Aun en cuanto a este punto, la eventual utilización de equipos personales para el teletrabajo (facultad otorgada al trabajador, como se vio en los capítulos anteriores) no eximirá al empleador de la responsabilidad sobre la seguridad y la adecuación de dichos equipos, especialmente en el aspecto ergonómico y de protección personal.

La clasificación de estas normas sobre salud y prevención de los riesgos laborales entre normas intrínsecamente digitales o no resulta bastante dificultosa debido a la amplitud y al carácter híbrido de su contenido, con algunos aspectos estrechamente relacionados al uso de la tecnología y otros referidos al espacio físico del lugar de trabajo. Sin embargo, en líneas generales, se considera que las normas examinadas no tienen naturaleza intrínsecamente digital, excepto en lo que concierne a los equipos, dispositivos y herramientas tecnológicas puestas a disposición para el teletrabajo. Y, aun cuando se trate de un teletrabajo no regular —en la realidad española—, cabrá al empleador el cumplimiento de la LPRL (y demás normas de SSL), como norma general aplicable a cualquier modalidad laboral. Se le recomienda, en efecto, adoptar todas las medidas previstas en la LTD aun para las situaciones en las que no esté obligado a hacerlo, como en el trabajo a distancia no regular, teniendo en cuenta el principio de la precaución y su amplia responsabilidad en materia de salud y seguridad laboral.

2.6 Facultades empresariales

El último capítulo relacionado a los derechos de las personas trabajadoras a distancia en la LTD está dedicado a las facultades de organización, dirección y control empresarial (capítulo IV de la LTD). Se trata de un tema importante, actual y complejo, puesto que el avance tecnológico, que acarrea la utilización masiva de dispositivos y herramientas digitales en el trabajo y una capacidad casi infinita de recogida, almacenamiento y procesamiento de datos e información, ha transformado el poder directivo e intensificado exponencialmente las posibilidades de control y monitoreo del trabajo —y del comportamiento del trabajador—, en términos cuantitativos y cualitativos, alcanzando niveles sin precedentes, en algunos casos chocando con derechos fundamentales de los trabajadores, como los relativos a la dignidad, la intimidad, la privacidad y la protección de datos. Las regulaciones, por otro lado, no han acompañado esa evolución, por lo cual, incluso contándose con las normas más recientes —como la LOPD y la LTD—, siguen verificándose vacíos normativos y dudas en

cuanto a la aplicación del derecho frente al uso de medios tecnológicos para control empresarial, dificultades que ponen de manifiesto la asimetría presente en la doctrina y en la jurisprudencia.

En realidad, el acentuado grado de monitoreo y vigilancia ostensiva de las actividades —e incluso de los propios trabajadores—, facilitados por las nuevas tecnologías y potencialmente intrusivos, constituye uno de los principales desafíos de las regulaciones laborales modernas, independientemente de la modalidad de trabajo, presencial o a distancia. Ambos regímenes están fuertemente sometidos a la influencia de la tecnología y al uso diseminado de herramientas y medios digitales, lo que estableció un nuevo paradigma de gestión del trabajo, no siendo exagerada la afirmación de que el control empresarial por medios digitales está sustituyendo —exponencialmente— los medios tradicionales, que, en poco tiempo, se volverán obsoletos o insignificantes. Se recuerda que esas transformaciones se describieron en el segundo capítulo de este estudio, cuando se analizaron las nuevas perspectivas de la subordinación —principal elemento de la relación de empleo— en el contexto de las transformaciones tecnológicas y del fenómeno de la digitalización del trabajo. A pesar de eso, el debate cobra nuevos contornos en la realidad del teletrabajo, prestado a distancia por medios telemáticos, incluso debido al riesgo de intrusión en la esfera personal y en el ambiente domiciliario del teletrabajador.

En la LTD, las facultades empresariales —de organización, control y dirección del trabajo— se retrataron en tres principales aspectos (y preceptos): *(i)* la protección de datos y seguridad de la información (art. 20); *(ii)* las condiciones e instrucciones de uso de los equipos de informática (art. 21), y *(iii)* las medidas de vigilancia y control del trabajo (art. 22). Sin embargo, los dos primeros puntos se enfocan en el papel del teletrabajador y en sus obligaciones, por lo cual solo el último dispositivo retrata la utilización de medios digitales para el control de la actividad laboral.

Sobre la protección de datos y la seguridad de la información, el art. 20 de la *Ley nº 10/2021* —que refleja los deberes ya antevistos en el apartado 5 del AMET— dispone:

> Artículo 20. Protección de datos y seguridad de la información.
>
> 1. Las personas trabajadoras, en el desarrollo del trabajo a distancia, deberán cumplir las instrucciones que haya establecido la empresa en el marco de la legislación sobre protección de datos, previa participación de la representación legal de las personas trabajadoras.
>
> 2. Las personas trabajadoras deberán cumplir las instrucciones sobre seguridad de la información específicamente fijadas por la empresa, previa información a su representación legal, en el ámbito del trabajo a distancia.

Los trabajadores a distancia deben cumplir diligentemente con todas las orientaciones y medidas determinadas por la empresa con la finalidad de proteger los datos y

la seguridad de la información que manejan en el ejercicio de la actividad laboral. Así como la empresa es responsable —en la calidad de controladora— por la protección de los datos que se utilizan, el trabajador es responsable por cumplir las órdenes emanadas con ese mismo propósito. Se recuerda que esas instrucciones deben constar obligatoriamente en el acuerdo de trabajo a distancia, ya sea en lo que refiere a la protección de datos (art. 7º, *j*) o a la seguridad de la información (art. 7º, *k*), además de que se deben someter previamente a la representación de los trabajadores.

En la actual sociedad de la información, basada en el acceso y tratamiento de datos e información de los usuarios como activo esencial para personas y negocios, cada día aumenta más la importancia de una política sólida de seguridad digital que prevea diversas medidas para protegerse de delitos cibernéticos, como establecer conexiones seguras (VPN), realizar copias de seguridad (*back up*), adquirir programas de antivirus, utilizar almacenamiento en la nube, adoptar sistemas de autenticación de doble factor o multifactor (MFA), poseer claves de acceso, restringir el acceso y la navegación para determinadas páginas de internet (restricción a páginas seguras), moderar el uso de redes sociales, orientar sobre el uso del e-mail, entre otras. Más que nunca se hace necesario implantar protocolos y procedimientos de seguridad de la información, de rutina y también para momentos de crisis, con vistas a proteger y preservar datos e información valiosos y la propia salud de los sistemas como un todo.

En general, esas orientaciones no son exclusivas del trabajo a distancia, sino que se aplican a todos los trabajadores, incluso en las actividades realizadas en los centros de trabajo, puesto que apuntan a una protección completa de toda la infraestructura tecnológica de la empresa, que puede abarcar diversos elementos, como sistemas de información, bancos de datos, archivos digitales, *softwares*, *hardwares*, etc. Sin embargo, debido a sus características, el régimen de teletrabajo conlleva una mayor exposición y vulnerabilidad de datos e información, los cuales circulan por más dispositivos y en diferentes ambientes, exigiendo un mayor cuidado y atención para evitar fugas, invasiones o, aun, una utilización indebida. Todo esto debe estar claro en la política o instrucciones de la empresa, de las cuales el teletrabajador será previamente informado, generándose, así, para él, el deber de cumplir fielmente con dichas instrucciones como corolario de los deberes de diligencia, colaboración y buena fe, cuyo incumplimiento podrá dar lugar a sanciones disciplinarias.

Con respecto a las condiciones de uso y conservación de los equipos y útiles informáticos, el art. 21 de la *Ley nº 10/2021* prevé:

> Artículo 21. Condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos.
>
> Las personas trabajadoras deberán cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos, dentro de los términos que, en su caso, se establezcan en la negociación colectiva.

Así, los trabajadores a distancia están obligados al cumplimiento de todas las condiciones y orientaciones establecidas (y transmitidas) por el empleador, incluso por el deber de velar por el buen uso, guarda y conservación de los equipos y materiales que recibieron del empleador. Este precepto está inspirado en el AMET, que, en el último párrafo del apartado 7, establece: "El teletrabajador cuidará los equipamientos que le han confiado; no recogerá ni difundirá material ilícito vía internet." Cabe realzar asimismo la importancia de que no se difundan materiales ilícitos, inapropiados, ofensivos o con contenidos discriminatorios en los medios y equipos proporcionados para la realización del teletrabajo.

Contrariamente a lo que se recomienda en el artículo anterior, las condiciones e instrucciones de uso y conservación de los equipos no se incluyeron expresamente como contenido obligatorio del acuerdo individual de trabajo a distancia, aunque sea recomendable para el empleador que lo haga, ya que, en ese acuerdo, deberá constar el inventario de los medios, equipos y herramientas (art. 7º, *a*). Tampoco es necesario que se sometan previamente a la representación de los trabajadores, resguardándose la posibilidad de regulación de la materia en negociación colectiva, aparentemente incentivada a partir de la referencia realizada en la parte final del art. 21 de la LTD (supra).

Como corolario de la regla que prohíbe al empleador imponer el uso de dispositivos personales para el trabajo (art. 17.2 da LTD), el trabajador no podrá utilizar sus dispositivos o programas personales para fines de trabajo cuando el empleador provea los equipos para el cumplimiento de la actividad laboral, incluso bajo pena de poner en riesgo la seguridad de los datos e información tratados y, en general, la integridad de los equipos y programas, lo que debe quedar claro en la política empresarial sobre la utilización de los equipos y medios digitales, así como el eventual uso exclusivo para el trabajo, lo que se reflejará en otras cuestiones relevantes, como las relativas al acceso al contenido y al monitoreo de esos dispositivos.

Por último, en lo que concierne a la vigilancia y al control del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de los teletrabajadores, prescribe el art. 22 de la *Ley nº 10/2021*:

> Artículo 22. Facultades de control empresarial.
>
> La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad.

Rápidamente se percibe que este dispositivo revela una característica común a todas las normas que rigen el control empresarial por medios tecnológicos en el ámbito laboral, la cual consiste en la falta de indicación o especificación de los medios a los que se refiere. Así, el análisis jurídico de esta materia se realiza a partir de parámetros generales de validación del uso de las herramientas digitales —vectores como la motivación, la proporcionalidad y la transparencia— y no específicamente sobre determinados medios, los cuales se trasponen y adaptan a cada situación concreta de acuerdo con las circunstancias y peculiaridades del caso. Incluso cuando la LOPD aborda temas específicos como los de la videovigilancia o la geolocalización (que se analizarán más adelante), aun así lo hace de modo general. Se trata de una técnica interesante, incluso para evitar la obsolescencia de la norma ante el rápido avance tecnológico —que renueva constantemente los medios y tecnologías disponibles—, pero que, por otro lado, es capaz de generar incertidumbres e inestabilidad dependiendo del grado de abstracción e indeterminación, exigiendo un equilibrio regulatorio y una constante actividad hermenéutica.

Más allá de la controversia y actualidad del tema, se observa que el art. 22 de la LTD reproduce en su totalidad —no obstante el lenguaje divergente utilizado— la regla originaria dispuesta en el art. 20 del ET (en especial, el 3º apartado), con un único agregado, relacionado a la expresión "(…) incluida la utilización de medios telemáticos (…)". Así, una crítica que se hace a esa norma es la que señala la insuficiencia de esa simple referencia a los *medios telemáticos* como elemento de adaptación de las facultades empresariales a la realidad del teletrabajo, dejándose de avanzar en una materia tan actual y relevante cuando la norma podría haber regulado algunos aspectos y límites del poder directivo en el contexto tecnológico y en el entorno digital, como los relativos a la vigilancia por audio y vídeo, al uso de la biometría, a la geolocalización, al empleo de inteligencia artificial, al recurso a algoritmos y a la utilización de programas de monitoreo electrónico.

El poder de dirección constituye la facultad empresarial de especificar las obligaciones del trabajador en la prestación laboral, o sea, de dirigir, organizar, modificar y controlar el trabajo, situando al empleado en una posición de subordinación (jurídica) que lo obliga al cumplimiento de las instrucciones y directrices emanadas (deber de obediencia),

siempre y cuando se observen los límites legales y convencionales establecidos.[714] Ese poder autoriza al empleador a ordenar el modo, lugar y tiempo de la prestación del trabajo, abarcando las facultades de organización (dar órdenes, instrucciones y organizar el trabajo) y de control y sanción (vigilar el desarrollo de las actividades y aplicar las correspondientes sanciones), amparadas en el art. 20 y 58 del ET, respectivamente.[715] Además, se trata de un reflejo constitucional del derecho a la propiedad y a la libertad de prensa. Por la forma en la que está redactado el único precepto de la LTD sobre el control empresarial en el teletrabajo, queda de manifiesto que no introduce ninguna modificación en la esencia del poder directivo del empleador, sino tan solo un ajuste (simple) en la forma de manifestación de ese poder que, ahora, se cumple por "medios telemáticos".[716]

Consideramos oportuno referir la doctrina de DELGADO, quien opta por utilizar la expresión amplia *poder empregatício* [poder de empleo], definiéndolo como el conjunto de prerrogativas aseguradas por el orden jurídico y concentrado en el empleador para el ejercicio en la relación de empleo, "(...) con respecto a la dirección, regulación, fiscalización y disciplina de la economía interna a la empresa y de la correspondiente prestación de servicio" (traducción propria). Así, ese poder de empleo (*lato sensu*) se divide en poder directivo (poder de comando, dirigido a la organización de la estructura, espacios y procesos de trabajo), poder reglamentario (prerrogativa de fijar reglas generales en el ambiente de trabajo), poder fiscalizador (de seguimiento de la prestación de trabajo y vigilancia del lugar de trabajo) y poder disciplinario (prerrogativa de imponer sanciones al trabajador de cara al incumplimiento de las obligaciones legales).[717]

Más allá de la crítica que se le pueda hacer, el dispositivo de la LTD comentado establece permisos y límites, aunque genéricos, al control empresarial del trabajo a distancia, a diferencia de la norma brasileña de teletrabajo, omisa al respecto. Por un lado, la norma permite la adopción de medidas idóneas de vigilancia y control —por medios telemáticos— del teletrabajo, sin indicar los medios pasibles de utilización o la forma de realización de ese control. Por otro lado, el precepto incorpora algunos límites al ejercicio de ese poder, que solo se podrá utilizar para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes legales y contractuales por parte del trabajador, siempre respetándose su dignidad y esferas de la vida privada, tomándose en cuenta sus circunstancias personales.

[714] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 49.
[715] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 327.
[716] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p.301.
[717] DELGADO, op. cit., p. 774-80.

Aun así, es necesario recurrir al art. 87 de la LOPD, que establece balizas importantes en cuanto al acceso a datos y contenidos derivados de dispositivos digitales utilizados en el trabajo (presencial o a distancia), las cuales apuntan a resguardar el derecho a la intimidad. La norma refiere:

> Artículo 87. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.
>
> 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.
>
> 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.
>
> 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.
>
> El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.
>
> Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.

Primero, cabe recordar que el derecho a la protección de datos constituye un derecho fundamental previsto en la *Constitución Española* (art. 18.4), el cual, aunque esté estrechamente vinculado al derecho a la intimidad, tiene un objeto más amplio visto que protege cualquier dato personal y no solo los datos íntimos. Así, la protección de datos abarca, además de la intimidad, toda la esfera de bienes inherentes a la personalidad y que pertenecen al ámbito de la vida privada.[718]

Al retratar el control empresarial en el teletrabajo, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS afirman que el uso de medios informáticos volvió el control del trabajo más intenso e invasivo a partir de una comunicación que puede ser instantánea y permanente y de la utilización de programas de vigilancia —incluso espías— que permiten registrar las tareas realizadas, las páginas visitadas y los programas utilizados, los archivos bajados, el tiempo invertido, los períodos de conexión, los índices de productividad, el número de clics y toques en el teclado y *mouse*, etc.[719] Sin duda, en las múltiples y distintas posibilidades de configuraciones del teletrabajo y de herramientas y equipos utilizados, habrá variaciones en

[718] POQUET CATALÁ, Raquel. *Últimos perfiles del sistema de geolocalización como instrumento del empresario. In*: TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 177-8.
[719] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 302-3.

cuanto a la intensidad de ese control, que tiende a ser más acentuada y constante en trabajos en línea o realizados mediante conexiones y comunicaciones permanentes y bilaterales, a diferencia de lo que ocurre con modelos *offline*, que involucran una sola dirección de comunicación, con contactos eventuales.[720]

Pero, de hecho, el desarrollo tecnológico —que constantemente crea y pone a disposición nuevos programas y herramientas digitales— perfecciona el funcionamiento de la IA y amplía la capacidad de recogida y procesamiento de datos: no solo hizo posible como potenció las posibilidades de monitoreo y vigilancia personal del trabajador dondequiera que él esté, lo cual conlleva un acentuado riesgo de violación de su intimidad y dignidad y, por ende, refuerza la necesidad de transparencia con respecto a los medios y contenidos monitoreados y a la finalidad de tal monitoreo, examinados siempre desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad.

Por lo tanto, los medios digitales utilizados para el control de la actividad laboral —y solo para esta finalidad— deben, ante todo, ser legitimados y justificados desde la óptica de la proporcionalidad, la buena fe y la ética digital[721]. Solo cuando se ha cumplido con esa premisa, se debe informar sobre esos medios, previamente a su uso, a los trabajadores y sus representaciones, de forma completa, clara y expresa. Además, el uso de tales medios se debe limitar al período de duración de la jornada y a la zona de trabajo y debe conllevar un tratamiento en conformidad con la ley de protección de datos.

Es de sentido común en la doctrina que la legitimidad de los mecanismos de control y vigilancia del trabajo depende de un juicio de proporcionalidad, consolidado en la doctrina constitucional[722] y medido a partir de tres criterios: la idoneidad, relativa a si la medida utilizada es capaz de alcanzar el objetivo propuesto; la necesidad, que solo se verifica si no existe otra medida menos lesiva para alcanzar el mismo objetivo y con igual eficacia; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto de los medios utilizados a partir de la constatación de que las medidas adoptadas conlleven, en términos generales, más beneficios que perjuicios en la ponderación entre los bienes jurídicos involucrados.[723,724,725,726] En el ámbito del teletrabajo, el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* resalta que el eventual

[720] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 54.
[721] Entendida como principios y directrices que orientan el comportamiento y las buenas prácticas en el uso de las tecnologías e interacciones en los foros y ambientes digitales, como la seguridad, la transparencia, la responsabilidad y la privacidad. [Disponible en: https://www.unesco.org/en/ethics-science-technology]
[722] v.g. STC 98/2000 y 186/200.
[723] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 302.
[724] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 54-5.
[725] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 101-2.
[726] POQUET CATALÁ, op. cit., p.172.

sistema de vigilancia utilizado debe ser proporcional a la finalidad buscada, además de observar la *Directiva nº 90/720*, relativa a la seguridad y salud en el trabajo, con equipos dotados de pantallas de visualización (apartado 6).

Además, la cláusula 5ª del AMET establece el deber empresarial de protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador a fines profesionales, así como prescribe que los trabajadores deben ser informados sobre "cualquier limitación en la utilización del equipo o de herramientas informáticas tales como internet" y prevé las respectivas sanciones por incumplimiento. Aunque ese deber de información no conste expresamente en el art. 22 de la LTD, se lo entiende implícito en los apartados *j)* y *k)* del art. 7º, además de estar expresamente consagrado en la ley de protección de datos (arts. 87, 89 y 90), dispositivo que adopta el consentimiento y la información como principios básicos para cualquier tratamiento de datos, quedando de manifiesto, también, su íntima conexión con los deberes vinculados a la buena fe objetiva. De la misma forma, los apartados 5 y 6 del art. 64 del ET establecen el deber de información sobre los sistemas de organización y control del trabajo, con participación y revisión por parte del comité de la empresa.[727]

En esa misma línea de raciocinio, HERAS GARCÍA resalta la función esencial del consentimiento informado del trabajador sobre el monitoreo y las limitaciones en el uso de equipos y medios utilizados en el trabajo, cualesquiera que sean, incluso de dispositivos de titularidad del propio trabajador. La autora propone que se establezcan, en el acuerdo de teletrabajo o en anexo, reglas claras y precisas sobre el uso de los medios informáticos y tecnologías como un todo, especificándose los comportamientos prohibidos u operables con restricciones, la existencia de fiscalización y control sobre ellos y de qué forma se realizarán, y dejándose claras las consecuencias de un eventual incumplimiento o utilización indebida.[728] En efecto, en una relación desigual como la de trabajo —relación asimétrica, en virtud de la adhesión del trabajador, y marcada por la necesidad de este—, el consentimiento constituye una medida frágil, lo que refuerza el deber de información y comunicación de los medios utilizados de forma tal que permita una adecuada fiscalización que, a su vez, sea eficaz para contener eventuales abusos y excesos que se practiquen.

Hay quienes defiendan la aplicación del principio de la intervención mínima en lo que atañe al control de la actividad laboral por medios digitales a fin de proteger la intimidad del trabajador. Para estos autores, la empresa solo podría supervisar los equipos y dispositivos tecnológicos en el caso de sospecha de irregularidades y siempre y cuando no

[727] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 306.
[728] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 59-60.

exista otro medio menos invasivo de realizar esa verificación, principio ya adoptado en algunas convenciones colectivas.[729] De cualquier manera, cualquier examen con respecto a la legitimidad del control empresarial sobre los medios tecnológicos debe sopesar el carácter básico e indispensable de esas herramientas digitales (como *smartphones, tablet, notebook*) en la vida diaria de las personas en esta Era Digital, incluso para los dispositivos proporcionados para el trabajo, que, en alguna medida, absorberán aspectos personales y privados de quienes los utilizan, para lo cual debe haber cierta tolerancia de acuerdo con los usos sociales.

Aunque no consten expresamente en la LTD, existen dos mecanismos de vigilancia digital del trabajo bastante comunes y, al mismo tiempo, cuestionados debido a su potencial invasivo. Se trata de *(i)* la grabación de audio y vídeo en el lugar de trabajo y de la *(ii)* utilización de sistemas de geolocalización (GPS). Ambos están previstos en la *Ley de Protección de Datos y Derechos Digitales* (LOPD), la cual, incluso, dio origen al artículo 20 bis del ET para garantizar a los trabajadores el "(...) derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (...)".De cualquier manera, son cuestiones profundas e intrincadas que presentan diversos matices dependiendo de cada caso concreto y las normas existentes sobre la materia siguen dando lugar a controversias.

Con respecto al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, el art. 89 de la LOPD (aplicable a todos los trabajadores, presenciales y remotos) dispone:

> Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.
>
> 1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.
>
> En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.
>
> 2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.
>
> 3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas

[729] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 337.

> derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.

Existen dos aspectos sobresalientes relacionados a la utilización de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo. El primero dice respecto a la posibilidad jurídica de adoptar ese tipo de monitoreo para controlar la actividad laboral y, en caso de que se adopte, a cuáles serían los presupuestos y límites en cuanto a la utilización de ese sistema. El segundo se refiere a cuáles serían las repercusiones —en especial, los deberes y garantías— en lo que concierne a la protección de los datos obtenidos y tratados a partir de ese monitoreo.

En lo que atañe al primer aspecto, ni el ET ni la LTD permiten —ni tampoco prohibieron—, al menos no explícitamente, la utilización de sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo, quedando a cargo de la doctrina interpretar esa posibilidad a partir de la cláusula general que autoriza al empleador a "(...) adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (...)". El art. 89.1 de la LOPD (y también el art. 20bis del ET) cambió ese panorama, visto que, aunque se refiriera al tratamiento de datos, previó expresamente dichos mecanismos en el ámbito laboral, lo que ha recibido interpretaciones divergentes, además de críticas que aducen que ese precepto contradice el Derecho Comunitario, en especial el *Reglamento General de Protección de Datos*[730] (en adelante, RGPD).[731]

Hay quienes interpreten el dispositivo de la LOPD como una autorización general para la utilización de sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos para controlar la actividad laboral, sobre todo desde la perspectiva disciplinaria. En ese caso, habrá un agravante derivado de lo escueto de la norma, que no estableció específicamente ni con claridad eventuales factores condicionantes ni límites para el uso de los sistemas aludidos a no ser por una referencia genérica introducida al final del precepto y que versa que "(...) siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo."[732] Como

[730] UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos). Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679.20regulamento%20tem%20como,bem%2Destar%20das%20pessoas%20singulares.

[731] TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 71-142.

[732] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Régimen legal de los sistemas de control laboral basados en la videovigilancia: lagunas y antinomias a la luz del Derecho Comunitario. In*: TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 76-77.

límite expreso, solo se tiene el art. 89.2 de la LODP, que prohíbe sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos en lugares destinados al descanso y a la recreación del trabajador, como baños, vestuarios, comedores y similares.

Aun así, incluso cuando se admitan los sistemas de videovigilancia para control de la actividad laboral, persiste la necesidad de justificación, transparencia y de un juicio de proporcionalidad de las medidas adoptadas. Como observa MOLINA NAVARRETE, existen tres límites para la utilización de esos mecanismos —que aparecen a lo largo de los apartados del art. 89 de la LOPD—, que consisten en la prueba de justificación (límite causal), en la prueba de transparencia y su correlato deber de información (límite procedimental) y en el juicio de proporcionalidad (límite sustantivo), repartidos en los análisis de idoneidad, necesidad y razonabilidad.[733] Resulta curioso notar que esos elementos solo constaron de forma clara y expresa en el art. 89.3 de la LOPD, aunque la interpretación sistemática y armónica de ese precepto, como un todo y con respecto a las demás normas (LOPD, RGPD, ET, etc.), ponga de manifiesto que esas garantías se deben observar de cara al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos en general.

Otro grupo de autores entienden que la LOPD no autoriza la utilización de sistemas de videovigilancia y grabación de sonidos para el control primario y directo de la actividad laboral, ya que esos mecanismos solo se pueden utilizar con la finalidad de preservar la seguridad de las personas, bienes e instalaciones, en la forma del art. 22 de la LOPD (que versa sobre videovigilancia, con remisión expresa al art. 89 de la LOPD).[734]

Si la videovigilancia laboral está prevista únicamente en la LOPD, ese sistema de control se debe interpretar a la luz del principio de especialidad de esa norma y de forma armónica e integral, incluso sopesándose el RGPD (art. 88). En este caso, el *tratamiento de datos* previsto en el art. 89 de la LOPD —que, en ningún momento, autoriza la videovigilancia para realizar el control de la actividad laboral— se refiere no solo al tratamiento de los datos obtenidos indirectamente o como resultado de la finalidad primaria de seguridad del establecimiento o centro de trabajo.[735] Otro detalle es la diferencia que se verifica entre la redacción del art. 87 ("*a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones*") y la del art. 89 de la LOPD ("*ejercicio de las funciones de control de los trabajadores*"): en este

[733] MOLINA NAVARRETE, op. cit., p.76-7.
[734] Artículo 22. Tratamientos con fines de videovigilancia.
1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones. (...).
[735] HENRÍQUEZ TILLERÍA, Sebastián. *Análisis del nuevo régimen jurídico del deber de información en materia de videovigilancia laboral. In*: TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 124 y 139.

último caso, la referencia a los trabajadores —a personas— está vinculada a la finalidad de monitorear su acceso a las dependencias de la empresa y su circulación por ellas y no la prestación de servicios en sí, corroborando el uso de esas herramientas por razones de seguridad.

En efecto, esta segunda corriente doctrinaria se muestra más razonable y coherente, especialmente en cuanto a la realidad del teletrabajo, habida cuenta de que el uso de la videovigilancia exclusivamente a fines de controlar el trabajo y el cumplimiento de los deberes por parte del trabajador —con efectos disciplinarios— aumenta en demasía los riesgos de violación a derechos fundamentales como los relativos a la vida privada, la intimidad, la dignidad, la inviolabilidad domiciliaria y la protección de datos, habiendo otras formas menos invasivas de alcanzar la misma finalidad. Una posibilidad de injerencia de ese calibre impone la existencia de una razón concreta y robusta —como la seguridad— para la implantación de esos mecanismos para la fiscalización laboral. A fin de cuentas, las normas con potencial restrictivo con respecto a derechos fundamentales se deben interpretar de forma restrictiva. En ese sentido, concluye HENRÍQUEZ TILLERÍA: "(...) podemos sostener que el control de la actividad de los trabajadores sólo puede configurarse de manera secundaria y, además, previo cumplimiento íntegro del deber informativo".[736]

Siguiendo en esa línea de raciocinio, se hará aun más difícil la implantación de sistemas de videovigilancia en la realidad del teletrabajo, puesto que (en la parte remota) no habrá un lugar de propiedad de la empresa, dejando, así, de subsistir la justificación de preservación de la seguridad —y de control— de las personas, bienes e instalaciones, pues el trabajo se realizará en la residencia u otro lugar que el propio trabajador elija. De cualquier manera, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS evalúan que, a pesar de la previsión legal, los mecanismos de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo difícilmente superan el juicio de proporcionalidad en el panorama del teletrabajo, sobre todo cuando se lo realiza en el domicilio del trabajador, a diferencia de la hipótesis de realización de videollamadas durante el trabajo, aun cuando se graben.[737]

En lo que concierne al segundo aspecto, la utilización de dispositivos de captación y grabación de imagen y voz en el lugar de trabajo —en las hipótesis autorizadas por ley— está sujeta al régimen de protección de datos, destacándose la transparencia y el derecho a la información de los sujetos afectados (en este caso, las personas trabajadoras). Primero, se debe recordar que la imagen y la voz constituyen datos personales y que su tratamiento debe

[736] HENRÍQUEZ TILLERÍA, op. cit., p. 127.
[737] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 304.

observar las disposiciones de la LOPD. En el ambiente de trabajo, la imagen y el sonido captados por videovigilancia se consideran datos personales cuando permiten la identificación de los trabajadores involucrados.[738] Además, la regulación sobre el tratamiento de datos es impositiva tanto en los casos de grabación de la imagen y del sonido como en los de mera reproducción de imagen y sonido en tiempo real, independientemente de grabación o almacenamiento, como ocurre, por ejemplo, con los circuitos internos de televisión.[739]

El derecho a la información, en la LOPD, está dividido en, por lo menos, tres niveles, desde la regla general aplicable a todo tratamiento de datos (título III, en especial el art. 11) hasta las normas específicas de videovigilancia, abordadas de forma general (título IV, destacándose el art. 22) y específicamente en el ámbito laboral (título X, sobresaliendo el art. 89.1, en examen).[740] Este último impone que "Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida", incorporando al ordenamiento jurídico los precedentes del Tribunal Constitucional en materia de protección de datos en el ámbito laboral (STC 29/2013 y 30/2016).[741] En el sentido inverso, la previsión de la LOPD pone de manifiesto que la falta de la información o el que esta no esté completa implicará la vulneración de la intimidad del trabajador.[742,743]

Como se expuso anteriormente, en la parte general, el consentimiento juega una función relevante en la regulación de la protección de datos. Como lo señala MUÑOZ RUIZ, el consentimiento —principio general de la protección de datos— no se exige cuando el tratamiento de datos involucra a las partes de un contrato (arts. 6 a 9 de la LOPD) —como el contrato de trabajo—, pues se lo considera implícito en la aceptación del contrato[744], lo que no se debe confundir con la comunicación y el derecho a la información, que constituyen presupuestos para la validez del consentimiento (informado). Al comentar sobre este tema en el RGPD y en la LOPD (art. 6º), BLÁZQUEZ AGUDO concluye: "Así, la empresa sí puede tratar los datos personales de sus empleados, sin su consentimiento, siempre que sea en el marco de su contrato laboral y solo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esa relación de trabajo."[745] En realidad, por las propias características de la relación de trabajo —asimétrica

[738] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 103.
[739] *Idem*, p. 104.
[740] HENRÍQUEZ TILLERÍA, op. cit., p. 123.
[741] POQUET CATALÁ, op. cit., p. 181-2.
[742] *Idem*, p. 172.
[743] BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. *Nuevas formas de control empresarial: desde los GPS hasta más allá. In*: TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 163.
[744] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 105.
[745] BLÁZQUEZ AGUDO, op. cit., p. 158.

y subordinada—, la exigencia del consentimiento constituye una garantía frágil e insuficiente para la finalidad buscada, lo que refuerza la importancia del deber de información a los trabajadores, en el plano individual y colectivo, a fines de la implantación y utilización de medios y dispositivos digitales con la finalidad de controlar la labor.

Como argumenta HENRÍQUEZ TILLERÍA, habiendo un control indirecto de la actividad laboral, mediante el tratamiento de datos derivados de dispositivos de videovigilancia utilizados para fines de seguridad, el empleador deberá cumplir con su deber de transparencia e información a los trabajadores y a sus representaciones legales (también por fuerza del art. 64.1 y 64.5.*f* del ET), de forma completa. El autor entiende que, aunque el art. 89.1 de la LOPD no disponga sobre el contenido de esa información —solo establece su carácter previo y la forma expresa, clara y concisa— habrá un *deber informativo íntegro* para el empleador, incluso con la indicación de la finalidad, amparado en el art. 11 de la LOPD[746] (y arts. 12 y 13 de la RGPD), y no en la información reducida prevista en el art. 22.4 da LOPD (que retira la exigencia de indicación de la finalidad).[747] No obstante ese deber legal, los datos de la Agencia Española de Protección de Datos revelan que es común recibir denuncias por falta de información previa y suficiente a los trabajadores.[748]

En ese contexto, otra polémica instaurada a partir de la LOPD dice respecto al segundo párrafo del art. 89.1, que mitiga el deber de información si dichas herramientas se utilizan para captar la práctica flagrante de un acto ilícito, cuando se consideraría suficiente la información más concisa prevista en el art. 22.4 de la LOPD[749]. Por más comprensible que sea la lógica de ese precepto, de proteger bienes jurídicos relevantes y no tolerar ofensas graves, la redacción adoptada por el legislador ha sido blanco de diversas críticas, empezando por la propia contradicción con respecto al art. 89.1, el cual exige un deber de información útil que,

---

[746] Artículo 11. Transparencia e información al afectado.

1. Cuando los datos personales sean obtenidos del afectado el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando al afectado la información básica a la que se refiere el apartado siguiente e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.

2. La información básica a la que se refiere el apartado anterior deberá contener, al menos:

a) La identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso.

b) La finalidad del tratamiento.

c) La posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.(...)

[747] HENRÍQUEZ TILLERÍA, op. cit., p. 140.

[748] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 107.

[749] 4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.

en el párrafo siguiente, es desconsiderado al admitirse la existencia —y uso por parte del empleador— de sistemas de videovigilancia no informados.[750]

También se critica la terminología amplia utilizada —*actos ilícitos*—, visto que comprende cualquier conducta contraria a una norma jurídica, sin consideración cualitativa. Se aduce que habría sido mejor restringir a los actos delictivos —tipificados en el *Código Penal*—, como se prevé en la redacción originaria del proyecto de ley, ya que la intención sería la de cohibir conductas graves y relevantes.[751,752] Por otro lado, la excepción referida justamente reafirma la regla general de que hay un deber de información completo en lo concerniente a su contenido, incluso con la indicación de la finalidad, en la forma del art. 11 de la LOPD. Además, históricamente —y a pesar de posicionamientos más garantistas—, la doctrina mayoritaria ha admitido situaciones excepcionales al deber de transparencia total. El debate en torno a la cuestión acaba centralizado en puntos como los relativos al tipo de situación, los bienes jurídicos involucrados, los factores condicionantes y los límites.[753]

Basándose en el art. 89.1 de la LOPD, especialmente en el segundo párrafo, HENRÍQUEZ TILLERÍA sostiene que está prohibido utilizar la videovigilancia en el establecimiento empresarial de forma totalmente oculta (control oculto absoluto) sin que se brinde ninguna información a trabajadores y sus representaciones. La norma mencionada autorizaría solo un *control oculto relativo*, cuando se reducen las exigencias de información —aplicación del art. 22.4 de la LOPD— con vistas a legitimar el uso de esos sistemas de cara a actos ilícitos practicados en flagrante, incluso a fines disciplinarios en el ámbito laboral. Se trataría de un control posterior, en concreto y por tiempo limitado —o sea, no preventivo, abstracto ni permanente— aplicado a ciertos trabajadores sobre los cuales recaen sospechas razonables. Aun así, para el autor, la excepción contenida en el segundo párrafo del art. 89.1 del LOPD es contraria al Derecho Comunitario, que no admite ni siquiera el control oculto relativo, por infringir normas del RGPD (basada en la transparencia, en la autodeterminación informativa de la persona afectada y en el deber de información integral), además de generar dudas interpretativas que pueden incentivar la falta de transparencia en el uso de esos mecanismos y conducir a un control primario de determinados trabajadores que se encuentren en situaciones sospechosas. El autor termina recordando que es plenamente posible adoptar otros medios, menos lesivos, para cumplir ese propósito, o, aun, considerar el carácter disuasivo

[750] MOLINA NAVARRETE, op. cit., p. 86-7.
[751] *Idem*, p. 87.
[752] HENRÍQUEZ TILLERÍA, op. cit., p. 142-3.
[753] MOLINA NAVARRETE, op. cit., p. 92.

que resulta de la información brindada en su integridad acerca de la instalación y el uso de sistemas de videovigilancia.[754]

Por último, se registra que, de acuerdo con la norma española, la grabación de sonidos e imágenes de los trabajadores está protegida por sigilo (deber de confidencialidad del responsable por el tratamiento de los datos) y se debe eliminar en el plazo máximo de un mes, permitida la conservación de las grabaciones que revelen una infracción o incumplimiento de los deberes laborales (arts. 22.3 y 89.3 de la LOPD).[755] De cualquier manera y a pesar de las dificultades señaladas, la norma española contempló el tema de la videovigilancia —a diferencia de la norma brasileña de protección de datos—, cabiendo al intérprete garantizar el equilibrio entre los derechos e intereses involucrados, la justicia y la proporcionalidad de esas medidas en el ambiente laboral, velando siempre por la máxima preservación de los derechos fundamentales de la persona humana.

En lo que concierne a la utilización de sistemas de geolocalización, el art. 90 de la *Ley Orgánica nº 3/2018*, de 5 de diciembre, dispone:

> Artículo 90. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.
>
> 1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.
>
> 2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

El uso de sistemas de geolocalización está cada vez más presente en la vida moderna, lo que se refleja en la realidad laboral. De hecho, el avance tecnológico ha posibilitado nuevas formas de control empresarial –como la geolocalización— que, paulatinamente, han sustituido el modo y los medios por los cuales se ejercen los poderes empresariales de organización, dirección y control del trabajo. El desafío, como lo hemos visto, radica en definir las hipótesis de uso legítimo de esas nuevas herramientas para el control y monitoreo del trabajo, en qué condiciones y con qué límites para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. No es casual que el título de este dispositivo —y de otros analizados— empiece evocando el derecho a la intimidad, poniendo de manifiesto la finalidad

[754] HENRÍQUEZ TILLERÍA, op. cit., p. 134-6 y 140.
[755] MUÑOZ RUIZ, op. cit., p. 115-17.

primaria de proteger y promover ese derecho fundamental (de controlar la información sobre sí mismo, delimitar su ámbito de publicidad e impedir la injerencia externa) en el contexto de esta nueva realidad digital.

La geolocalización corresponde a la acción y efecto de geolocalizar, o sea, de "determinar la ubicación geográfica de alguien o de algo valiéndose de medios técnicos avanzados."[756] Así, los sistemas de geolocalización permiten determinar la posición geográfica de los trabajadores a partir de instrumentos tecnológicos instalados en equipos (teléfonos, *tablets*, ordenadores, relojes, etc.), vehículos, barcos y otros bienes muebles. El sistema más conocido y ampliamente utilizado es el GPS (*Global Positioning System*) norteamericano, un sistema de navegación por satélite que utiliza la técnica de trilateración (efectúa cálculos de las distancias a partir de tres dimensiones: latitud, longitud y altitud)[757], pero también existen otros sistemas y medios de monitorear la ubicación de las personas, como el Galileo (sistema de navegación por satélites desarrollado por la Unión Europea), rastreadores de teléfonos (redes de teléfono móvil), dirección de IP (*Internet Protocol*), WPS (*Wi-Fi Positioning System*), dirección MAC (*Media Access Control*), etc.

Las discusiones sobre geolocalización solían centrarse en los trabajadores externos, sobre todo conductores y transportadores, cuya jornada se controlaba mediante GPS instalados en los vehículos para monitorear sus destinos. Este sistema era frecuentemente cuestionado por desconsiderar el trabajo realizado durante los momentos en los que el conductor no se encontraba desplazándose. Sin embargo, el avance tecnológico y la diseminación de las herramientas digitales ampliaron el debate sobre la geolocalización, que pasó a abarcar y a utilizarse en todas las formas de trabajo realizado fuera del establecimiento del empleador (entre ellas, el teletrabajo) y para fines diversos, permitiendo el control de múltiples aspectos y actividades del trabajador y no solo para el control de la jornada.

A fin de cuentas, el uso de la geolocalización en el ámbito laboral implica la posibilidad de monitorear la posición geográfica y los movimientos del trabajador (situación espacial) a fines de control de su actividad laboral.[758] En efecto, la geolocalización se puede utilizar para vigilar diversos aspectos del trabajo, dependiendo del tipo y de la naturaleza de la actividad ejecutada. En este tema, ha sido común la alusión a las plataformas digitales de servicios de transporte y de reparto de mercaderías, las cuales, como se vio en los capítulos

[756] *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. Disponible en: https://dle.rae.es/geolocalizar?m=form Consulta em 30-may-2024.
[757] Información disponible en el sitio del Gobierno Federal de Estados Unidos [https://www.gps.gov].
[758] BLÁZQUEZ AGUDO, op. cit., p.149.

anteriores, utilizan la geolocalización de forma intensiva para realizar un monitoreo detallado y en tiempo real de la prestación de servicios (horarios, pausas, tiempo de entrega, rutas, kilómetros recorridos, tarifas, consumo de combustible, historial de viajes, etc.), sobre la cual se basa (y sin la cual sería inviable) la organización del trabajo y de la propia actividad económica.

Al examinar el art. 90 de la LOPD, se observa una repetición de las expresiones utilizadas en el dispositivo anterior, incluso por incorporar matices consagrados en la doctrina constitucional y judicial, como, por ejemplo, la necesidad de información previa, clara y expresa a los trabajadores. Así, las consideraciones realizadas anteriormente en cuanto a la transparencia, en especial con respecto al derecho a la información —con indicación de la finalidad— son plenamente aplicables también en lo relacionado al uso de sistemas de geolocalización. De la misma forma, aquí se repite la crítica dirigida al uso de la videovigilancia sobre la ausencia de límites claros y expresos en la norma, puesto que tampoco el art. 90 de la LOPD menciona expresamente esos límites, incluso repitiendo la cláusula general que contiene una limitación genérica: "(...) siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo".

En contrapartida, algunos elementos distintos llaman la atención.

A diferencia de lo que ocurre con la videovigilancia, no hay una restricción apriorística en cuanto al uso de la geolocalización para el control de la actividad laboral (como se prevé en el art. 22 de la LOPD). De acuerdo con POQUET CATALÁ, el art. 90 de la LOPD establece que el empresario puede instalar sistemas de geolocalización en el ejercicio de su poder directivo y de control, lo que no significa una acción y decisión infundada, pues el mismo dispositivo limita el ejercicio de ese poder dentro del marco legal y con los límites inherentes.[759] Así, la empresa que pretenda adoptar ese sistema deberá justificar la medida, indicando una causa específica, que se someterá el filtro de la proporcionalidad. De hecho, aunque en ningún momento el art. 90 de la LOPD haga alusión al principio de la proporcionalidad —como se encuentra expreso en el art. 89.3—, no cabrían dudas en cuanto a su aplicación en los casos que involucren el uso de la geolocalización, a partir de la propia ley y de la doctrina constitucional.[760,761]

[759] POQUET CATALÁ, op. cit., p. 172.
[760] ARAGÜEZ VALENZUELA, Lucía. *Relación laboral digitalizada en términos de justicia y control tecnológico: especial referencia al sistema de geolocalización. In*: TODOLÍ SIGNES, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, op. cit., p. 212.
[761] BLÁZQUEZ AGUDO, op. cit., p. 149.

Otra distinción consiste en la referencia expresa, en el segundo apartado, al derecho al acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de datos, no mencionado en los artículos precedentes; sin embargo, esa mención sería innecesaria por tratarse de un derecho inherente a todo y cualquier tratamiento de datos personales (arts. 13 a 16 de la LOPD), independientemente de los medios utilizados.[762] El art. 90 de la LOPD también silencia en lo que atañe a una posible mitigación del deber de información ante la sospecha de actos ilícitos, como se encuentra previsto en el segundo párrafo del art. 89.1 de la LOPD, aplicable a la videovigilancia e invocado a menudo también en los casos que involucran el uso de la geolocalización.[763] Sin embargo, considerando que las excepciones se deben interpretar de forma restrictiva, no se puede extender esa restricción legal al derecho a la información en la hipótesis de utilización de mecanismos de geolocalización, sin perjuicio del análisis casuístico sobre la validez de esa prueba digital en procesos judiciales, dependiendo del bien jurídico tutelado.

En el teletrabajo, la geolocalización adquiere contornos aun más relevantes, habida cuenta de que el trabajo se realizará necesariamente a distancia (en todo o en parte), sin un control directo, mediante la utilización de aparatos tecnológicos.

De esa forma, si el lugar de teletrabajo (o la ubicación del teletrabajador) se define como parámetro en cualquiera de las posibles configuraciones del teletrabajo, la geolocalización pasará a ser una herramienta crucial para el ejercicio del poder directivo, ya que permite ubicar al teletrabajador en cualquier momento, verificar el cumplimiento de la jornada acordada y la ejecución de las actividades y funciones planeadas. Por otro lado, la justificación y la proporcionalidad de esta medida no siempre resultará presente, puesto que el teletrabajo, por definición, contempla el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, habiendo otras formas —quizás menos invasivas o que implican una menor injerencia— de dirección y control de las actividades del trabajo a distancia. De cualquier manera, cabrá averiguar las condiciones y límites en la utilización de ese mecanismo y las garantías en materia de protección de datos.

El uso de geolocalización encontrará límites, como la desactivación de esos mecanismos en los períodos que no estén comprendidos en la jornada laboral y en los de desconexión, además de que, obviamente, ese control está destinado única, exclusiva y estrictamente a supervisar la actividad laboral. Incluso porque la utilización de la geolocalización del trabajador fuera de la jornada de trabajo dependerá de su consentimiento

[762] BLÁZQUEZ AGUDO, op. cit., p. 160.
[763] *Idem*, p. 164.

expreso —autorización del afectado—, no bastando el simple cumplimiento del deber informacional a los trabajadores.[764] Hay, incluso, doctrina judicial que señala que las facultades empresariales se agotan al término de la jornada o tiempo de trabajo, de la misma forma que el contrato de trabajo deja de ser el vínculo que ampara las medidas de captación y tratamiento de datos, volviéndose necesario el consentimiento de parte del trabajador (*TSJ Asturias rec. num. 2241/2017; TJS Andalucía, rec. num. 1149/2017*).[765]

Otro de los límites dice respecto a la propiedad del dispositivo equipado con los sistemas de geolocalización, el cual deberá ser proporcionado por el empleador. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional (*num. 318/2018, de 6 de febrero de 2019*) reputó excesivamente intrusiva la implantación de esos sistemas en el teléfono móvil personal del trabajador, incluso si él fue previamente informado.[766] Además de ser un equipo de propiedad del empleador, debe quedar claro que solo se lo puede utilizar para fines laborales, sin olvidar el límite de que ese monitoreo se realice exclusivamente durante la jornada de trabajo.[767] La opción del teletrabajador de utilizar sus propios equipos (vista anteriormente) acarreará mayores restricciones al empleador con respecto al uso de la geolocalización —proporcional al mayor riesgo de invasión de la vida privada y el tratamiento de datos personales—, lo que incluye la exigencia de una justificación robusta, la demostración de la proporcionalidad de la medida, la necesidad de consentimiento expreso y mayores restricciones en cuanto al período de monitoreo.

Como lo expusimos oportunamente al tratar el tema de la videovigilancia, en este caso, a pesar de las críticas que se pueden hacer al art. 90 de la LOPD, se trata de un importante marco normativo para el enfrentamiento a esta cuestión específica. Es un dispositivo que ayuda a superar la inseguridad jurídica resultante de una ausencia normativa, como ocurre en la realidad brasileña, en la que la legislación no dispone nada sobre el uso laboral de la geolocalización. La falta de regulación y de límites expresos en el contexto de una relación desequilibrada como lo es la relación de trabajo acaba generando injusticias y excesos (en el caso que nos ocupa, un uso ilegítimo y desproporcional de los medios digitales para el control de la actividad laboral).[768]

En términos generales, el control empresarial del teletrabajo por medios digitales, independientemente del instrumento utilizado, demanda prudencia, sensatez y

[764] POQUET CATALÁ, op. cit., p. 179.
[765] *Idem*, p. 188.
[766] ARAGÜEZ VALENZUELA, op. cit., p. 213.
[767] BLÁZQUEZ AGUDO, op. cit., p. 164.
[768] ARAGÜEZ VALENZUELA, op. cit., p. 215-6.

ponderación. LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS advierten sobre los potenciales perjuicios a la salud del teletrabajador, especialmente en lo que se refiere a los riesgos psicosociales asociados al sentimiento de estar sometido a una vigilancia constante.[769] Basta recordar los aspectos de la filosofía del panoptismo, tan bien elaborada por Michel Foucault, cuyos fundamentos guardan impresionante similitud y simbiosis con la realidad de las condiciones de trabajo remoto, respetadas las debidas proporciones, como se manifestó en oportunidad anterior.[770] Hay quienes aborden el tema en una versión contemporánea (pospanóptica), la de la vigilancia líquida.[771]

Cuando se trata de teletrabajo realizado desde la residencia del trabajador, el control de la actividad laboral se encuentra limitado por la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio, por lo cual una eventual grabación del ambiente de trabajo dependerá del consentimiento del teletrabajador y se deberá restringir al área de trabajo, además de estar justificada por un adecuado examen de proporcionalidad de la medida.[772] De la misma forma, habrá mayores restricciones al control y a la fiscalización de equipos y dispositivos del propio trabajador utilizados en el trabajo, ya que necesariamente contendrán datos e información de naturaleza personal y de su esfera privada, lo que impide una política de utilización exclusiva para el trabajo, además de ampliar las exigencias y motivaciones que justifiquen esas medidas, que se vuelven potencialmente más invasivas en esas circunstancias.

Otro punto frecuentemente invocado en materia de vigilancia en el teletrabajo dice respecto al control empresarial de los mensajes enviados por correo electrónico y/o aplicaciones de mensajería instantánea, puesto que son herramientas cada vez más comunes e imprescindibles en las empresas. Sin embargo, se trata de un debate más amplio en la actualidad, extensible a ambas modalidades laborales (presencial y remota), dada la utilización masiva y diseminada de esas herramientas en el trabajo, independientemente del régimen adoptado, a pesar de ser un recurso más utilizado, lógicamente, en el teletrabajo en razón de la distancia física.

Si, por un lado, está claro que el correo electrónico empresarial constituye una herramienta de trabajo en los tiempos que corren, de forma tal que su fiscalización integraría el control en general sobre la prestación laboral, por otro lado, no se puede ignorar el potencial intrusivo de un control ilimitado o desinformado de ese medio de comunicación, pues

[769] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 303.
[770] PEGO, Rafael Foresti. *Trabalho remoto e o panóptico*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 83, p. 38-45, 2019.
[771] HENRÍQUEZ TILLERÍA, op. cit., p. 121.
[772] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p. 249 e 304.

supone una invasión de la privacidad de los interlocutores y una violación del sigilo de las comunicaciones. Además, existen factores importantes que se deben evaluar en cada situación, como, por ejemplo, si hay una política interna u orientación clara acerca del uso exclusivo del e-mail para actividades laborales y si se informó previamente al trabajador sobre dicha orientación y sobre el monitoreo, aspectos que tienden a justificar un eventual control.

En Brasil, la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo ha admitido el monitoreo del e-mail empresarial por considerarlo un medio de comunicación puesto a disposición por el empleador para uso profesional, abarcado, por ende, por el poder directivo, siempre que haya una orientación expresa en ese sentido y que el trabajador haya sido previamente informado.[773] Esa orientación no es aplicable en la hipótesis de uso del e-mail personal, aun cuando se entre al programa en el ambiente de trabajo o mediante el uso de dispositivos proporcionados por el empleador, puesto que el e-mail personal está protegido por el sigilo de las comunicaciones con vistas a resguardar la privacidad de la persona trabajadora. Esta categorización tendrá importantes reflejos en materia probatoria, puesto que el correo empresarial y los mensajes electrónicos se han consolidado como un importante medio de prueba en esta Era Digital.[774]

HERAS GARCIA recuerda el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 170/2013) en el sentido de que la prohibición absoluta del uso de las herramientas informáticas de la empresa para otras finalidades no relacionadas al trabajo, por medio de convenio, legitimaría el control sobre la utilización de esas herramientas para verificar el cumplimiento de la prestación laboral y su utilización solo para fines profesionales.[775] TRILLO PÁRRAGA sintetiza acertadamente la cuestión al observar que "En definitiva, no se trata de negar la facultad del empresario de controlar el uso de los medios informáticos, pero sí de exigir que en su ejercicio se utilicen métodos de control lo más respetuosos posible con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras".[776]

De cualquier manera, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS acentúan que las facultades empresariales de control de la actividad laboral están limitadas al deber de respetar el tratamiento de datos personales y sus principios de necesidad, finalidad, transparencia, legitimidad y proporcionalidad, los cuales imponen, en suma, "que no

[773] Por ejemplo: TST - AIRR-1461-48.2010.5.10.0003, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 27/02/2015. Disponible en: https://jurisprudencia.tst.jus.br.
[774] PACHECO, DESTE, op. cit., p. 88-9 y 175.
[775] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 59.
[776] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 102.

existan formas de vigilancia menos lesivas, que los datos se recojan con fines determinado, explícitos y legítimos, y que previamente se informe de la política de vigilancia."[777]

Más allá del potencial normativo de esta materia vía negociación colectiva, como foro adecuado para limitar el control empresarial y evitar excesos y abusos, la realidad ha indicado una verdadera escasez regulatoria en ese punto específico. ALFONSO MELLADO retrata ese escenario al afirmar que las facultades de dirección y control empresarial constituyen un tema que encuentra más resistencia en materia de negociación (aparece en solo el 15% de los convenios que contienen cláusulas sobre teletrabajo). El autor atribuye ese fenómeno a una prioridad en cuanto a la regulación de otras cuestiones consideradas más importantes para la clase trabajadora o, alternativamente, como fruto de una estrategia empresarial de evitar cualquier tipo de mitigación y regulación negociada de ese poder empresarial.[778]

En la experiencia brasileña, la corta regulación del teletrabajo presente en la CLT no aborda ninguna de las materias tratadas en esta sección, lo que remite a la aplicación de las normas laborales ordinarias sobre poder directivo y control empresarial, sobresaliendo el art. 6º de la CLT, ya examinado, que equipara los medios telemáticos e informatizados de comando, control y supervisión a los medios personales y directos de comando, control y supervisión del trabajo. También son aplicables las disposiciones de la LGPD brasileña con vistas a la protección de datos, en especial los fundamentos (art. 2º) y principios (art. 6º) instituidos, aunque la ley brasileña no haya hecho ninguna alusión a las relaciones de trabajo o al teletrabajo, no obstante el evidente reflejo de la materia en el ámbito laboral, cada vez más digitalizado. A pesar de eso, una vez más es posible invocar la aplicación de los fundamentos y directrices presentadas en este punto, ya que los límites impuestos al poder directivo empresarial se basan fundamentalmente en la protección de los datos, intimidad, privacidad y dignidad de la persona humana, derechos también garantizados constitucionalmente a los trabajadores brasileños (art. 1º, III, y 5º, X de la CF).

Por último, las normas que integran esta sección se pueden clasificar como normas intrínsecamente digitales, puesto que se pensaron y crearon en razón del uso de equipos y herramientas digitales y para regular los aspectos virtuales y los instrumentos tecnológicos inherentes a la prestación de servicios en el ambiente digital, además de estar amparadas en la LOPD, aplicable indistintamente al trabajo presencial y a distancia.

2.7 Modificación de las condiciones de trabajo

[777] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p. 305.
[778] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 327 y 356-7.

Los cambios en las condiciones de trabajo son tan inevitables y naturales a la esencia y características de la relación laboral -continua y sucesiva- que es impensable que, durante la realización de la actividad laboral, no se produzcan cambios en las condiciones inicialmente pactadas. El trabajo -y su relación jurídica subyacente- es cada vez más dinámico, cambiante, diverso, competitivo, integrador, adaptable, dirigido, innovador, etc., reflejando características de la propia realidad de la vida moderna. Por otro lado, el Derecho del Trabajo prescribe vectores como la intangibilidad contractual, el *ius resistentiae*, el *ius variandi* y la prohibición de cambios perjudiciales para el trabajador, exigiendo del operador jurídico habilidad y sabiduría para conciliar este panorama, ante un contrato que representa un verdadero complejo normativo, con diversas cláusulas de variada procedencia (estatal heterónoma, autónoma negociada y surgida del ejercicio de la voluntad individual).

Desde la perspectiva de la taxonomía jurídica, las modificaciones de las condiciones de trabajo (modificaciones objetivas del contrato de trabajo) pueden producirse por acuerdo entre las partes, por voluntad unilateral del trabajador o del empresario -con su poder directivo y su *ius variandi*- en los supuestos previstos en la ley o en las normas colectivas, o por factores externos ajenos a la voluntad de las partes.

En España, la *Ley nº 10/2021* estableció parámetros para modificar el acuerdo de teletrabajo y la ordenación de prioridades, en los términos del artículo 8, que dispone:

> Artículo 8. Modificación del acuerdo de trabajo a distancia y ordenación de prioridades.
>
> 1. La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Esta modificación será puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras.

Este precepto destaca la voluntariedad de las partes como supuesto para la modificación del acuerdo de trabajo a distancia, cuyas condiciones no pueden, por tanto, ser modificadas unilateralmente por el empresario. En consecuencia, para su modificación se imponen también las mismas formalidades que se exigen al celebrar un acuerdo de trabajo a distancia, lo que presupone formalizar un nuevo acuerdo por escrito y con carácter previo, así como su sometimiento a la representación legal de los trabajadores. Así, todas las consideraciones anteriormente expuestas sobre la voluntariedad y aspectos de la contratación de trabajo a distancia, en particular respecto del acuerdo individual de trabajo a distancia, son igualmente aplicables a la modificación de las condiciones pactadas, ya que concurren las

mismas causas y requisitos legales, tanto para la constitución como para la modificación del acuerdo de teletrabajo.

En efecto, como se ha visto anteriormente, la LTD (art. 5.1) exige voluntariedad en el acuerdo inicial y en la modificación del acuerdo de trabajo a distancia, descartando expresamente la incidencia del art. 41 del ET, pues la conversión al régimen de teletrabajo y las modificaciones del respectivo acuerdo superan este límite, calificándose como una verdadera novación contractual constitutiva. Lo mismo ocurre con el art. 5.2 de la LTD[779] (visto anteriormente, en el principio de voluntariedad), que prohíbe la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en los supuestos de *(i)* negativa al teletrabajo por parte del trabajador, *(ii)* ejercicio de reversibilidad al trabajo presencial o *(iii)* por cualquier dificultad inherente al adecuado desarrollo del trabajo a distancia. Como aseveran LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, ni el trabajador presencial puede ser obligado a trabajar a distancia (art. 5.1) ni el trabajador a distancia puede ser obligado a trabajar presencialmente (art. 8.1), siendo ambas -las garantías de no modificación unilateral del convenio y de no imposición unilateral del teletrabajo- dos caras de la misma moneda.[780]

Cabe señalar que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo son aquellas que, por su naturaleza, transforman los aspectos fundamentales de esta relación, mientras que las modificaciones simples (o accidentales) son secundarias, resultantes del poder de dirección de la empresa y del *ius variandi*. Por ejemplo, se consideran sustanciales las modificaciones en la jornada laboral, en el régimen de turnos, en la retribución y en las funciones, previstas expresamente en el rol del artículo 41 del ET, considerado meramente ejemplificativo y abierto.[781] En consecuencia, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo pueden ser introducidas unilateralmente por el empresario -como excepción a la norma civilista del *pacta sunt servanda*- siempre que se demuestre la existencia real de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Se observa, por tanto, que la regulación del teletrabajo es más estricta y tiene más límites a la actuación unilateral del empresario que las normas ordinarias de modificación del contrato de trabajo, especialmente en lo que se refiere a lo dispuesto en el art. 41 del ET. No obstante, según la literalidad del texto, tales requisitos sólo se aplican a la modificación de

[779] Artículo 5. Voluntariedad del trabajo a distancia y acuerdo de trabajo a distancia. (...) 2. La negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial y las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia, no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
[780] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ Y RON LATAS, op. cit., p.137.
[781] HERAS GARCÍA, op. cit., p.110-1.

las condiciones establecidas en el acuerdo de teletrabajo (art. 7º de la LTD)[782], por lo que otras modificaciones se rigen por las normas generales, en particular los arts. 20, 39, 40 y 41 del ET.[783]

Sin embargo, es necesario aclarar el alcance e interpretación de esta regla establecida por el art. 8º de la LTD, especialmente en dos puntos: *(i)* si estos requisitos formales abarcan todas las cláusulas concretamente establecidas en el acuerdo individual de trabajo a distancia o si se limitan al contenido mínimo obligatorio previsto por la ley (art. 7º de la LTD); y *(ii)* si es posible invocar la cláusula *rebus sic standibus* para promover cambios unilaterales en las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia.[784]

Respecto al primer aspecto, la protección que confiere el art. 8° de la LTD abarca todas las condiciones -término utilizado por la norma- establecidas en el contrato de trabajo a distancia, independientemente de que correspondan o no al contenido mínimo exigido por la ley. Se trata, por tanto, de una derivación lógica de la expresión amplia adoptada en el texto legal (modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia), que se refiere al conjunto de circunstancias y elementos relacionados con el ejercicio de la actividad laboral, tales como el salario, la jornada de trabajo y las funciones desempeñadas, entre otros.

En cuanto al segundo punto, determinadas situaciones excepcionales pueden justificar una modificación unilateral de las condiciones de teletrabajo, especialmente cuando vienen avaladas por circunstancias relevantes que afectan de forma imprevista y sustancial en el contenido del acuerdo. Estas condiciones pueden sustentarse en disposiciones legales específicas o en la cláusula *rebus sic standibus* (teoría de la imprevisión y la buena fe objetiva), en cuanto principio general de los contratos reconocido por la doctrina y la jurisprudencia. Incluso en estos casos, si existen circunstancias extraordinarias que requieran este cambio, tanto desde el punto de vista de la empresa como del trabajador, cualquier negativa debe estar justificada por una razón relevante que impida dicho cambio.[785]

Un ejemplo previsto por la ley es el cambio en el porcentaje de presencialidad (que podría estar motivado por un cambio en la situación personal o familiar del trabajador) o un cambio en el centro de adscripción del trabajador por alguna necesidad o cambio organizativo en la empresa, pero sin un cambio efectivo en el lugar de trabajo o residencia del

[782] HERAS GARCÍA, op. cit., p.76.
[783] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p.54
[784] THIBAULT ARANDA, Javier. *La modificación de las condiciones de trabajo en el trabajo a distancia. In*: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p.94.
[785] FELICIANO, AZEVEDO LIMA, MATOS (Org.), op. cit., p.215.

trabajador, para lo que la exigencia legal de un nuevo acuerdo bilateral entre las partes[786] podría resultar excesiva, inflexible y demasiado estática, contraria a la realidad y al estado de las cosas.

Así, sin descuidar el deber legal (y formal) consagrado en el art. 8º de la LTD, deben reconocerse situaciones excepcionales que autoricen la modificación del acuerdo, aunque sea unilateral, o al menos que impongan a las partes el deber de justificar cualquier negativa -que no puede ser fruto de la mera voluntad- a una propuesta de modificación del contrato, todo lo cual debe ponderarse desde la perspectiva de la razonabilidad y la proporcionalidad, bajo pena de incurrir en un ejercicio abusivo de la voluntariedad. De lo contrario, se producirá un trato desigual entre trabajadores presenciales y a distancia, sin que quede claro el factor discriminatorio utilizado, ya que las previsiones específicas para el trabajo a distancia deben basarse en circunstancias peculiares de este tipo de trabajo que justifiquen un trato diferenciado.

LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS proclaman dos excepciones -a favor de los trabajadores- a la garantía de no modificabilidad unilateral del acuerdo. La primera es la reversión al trabajo presencial por parte del trabajador (a distancia) que antes ya había trabajado presencialmente, mediante el ejercicio del derecho a la reversibilidad previsto en el art. 5.3 de la LTD (analizado anteriormente, en el principio de voluntariedad). Aunque la reversibilidad prevista en el art. 5.3 de la LTD es bilateral, el art. 8.1 de la LTD prohíbe a la empresa imponer dicha reversibilidad en base al ius variandi (art. 41 del ET), diferenciando los supuestos de ejercicio de la reversibilidad por la empresa o por el trabajador. La segunda excepción consiste en el cambio al trabajo presencial por parte de un trabajador que siempre ha trabajado a distancia, en la forma prevista en el art. 8.2 de la LTD, que se analiza a continuación.[787]

El problema, empíricamente, es que en una relación asimétrica -como es la laboral-, el empresario puede imponer al trabajador cambios unilaterales, aunque sean ilegítimos, mientras que el trabajador tendrá dificultades ante la negativa de la empresa a aceptar el cambio solicitado, por más legítimo que sea, quedándole el ejercicio del derecho de resistencia (en la práctica poco común e ineficaz) o acudir a la vía judicial para resolver el conflicto.

En cualquier caso, esta mayor rigidez adoptada en la LTD para las modificaciones contractuales es cuestionada por la doctrina, al estar reñida con el carácter flexible de esta modalidad laboral, como señala CASAS BAAMONDE:

[786] THIBAULT ARANDA, op. cit., p.94-5.
[787] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p.137-41.

> El necesario consentimiento de las partes del acuerdo individual de teletrabajo excluiría el ejercicio de las facultades organizativas empresariales y marginaría las instituciones legales de flexibilidad interna, que permiten introducir modificaciones sustanciales de las condiciones de prestación del trabajo presencial, haciendo de peor o mas rígida condición al trabajo no presencial contra el sentido natural de la institución.[788]

Al comentar este cambio de paradigma aportado por la LTD en detrimento del régimen ordinario de modificación de las condiciones de trabajo, THIBAULT ARANDA afirma que "(...) el régimen de modificación del acuerdo de trabajo a distancia es el que estrictamente resulta del derecho civil de contratos", e resalta: "Lo cual tiene una primera implicación, cuando el empresario quiera revisar una condición de trabajo tendrá que distinguir según que aparezca o no en el acuerdo de trabajo a distancia."[789] El autor critica esta (amplia) distinción de trato en relación con el trabajo presencial, que en su opinión no tiene ninguna justificación aparente. Por mucho que él reconozca la lógica de la norma, que es dar mayores garantías a la posición del trabajador en la relación contractual, no todas las condiciones previstas como contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo merecen la misma consideración. A su juicio, por ejemplo, sería comprensible dar mayor protección a algunas cuestiones estrechamente relacionadas con la configuración del trabajo a distancia, como la implantación y reversión de este, la duración del acuerdo, el porcentaje de teletrabajo o los cambios de horario o lugar de trabajo. En contraposición, considera que no se puede justificarse el mismo rigor respecto a cuestiones como el horario de trabajo, la distribución de los días de teletrabajo o los periodos de disponibilidad y la indicación del centro (de trabajo) de adscripción.[790]

De hecho, los excesos formales o la rigidez contractual, que limitan la organización del trabajo, son incompatibles con el dinamismo y la fluidez del trabajo moderno, especialmente en el teletrabajo, contrariando la esencia misma de este fenómeno de digitalización de la economía y del trabajo, lo que puede resultar en un temeroso desaliento de esta forma de trabajar, cada vez más común e importante en la Era Digital.

La mayor rigidez acaba incitando a las partes a establecer cláusulas y condiciones más genéricas, amplias y abiertas en el acuerdo individual, de forma que posibiliten cambios y ajustes importantes en la organización del trabajo sin la necesidad de modificar formalmente el acuerdo de trabajo a distancia. Obviamente, esta forma de actuar requiere prudencia y cautela, ya que dichas cláusulas deben contemplar condiciones concretas, de lo

[788] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[789] THIBAULT ARANDA, op. cit., p.93.
[790] *Idem*, p.93-7.

contrario serán nulas por la indeterminación de su objeto. Por ejemplo, a la hora de establecer la distribución del trabajo presencial y a distancia, ha sido habitual adoptar parámetros indeterminados, como el número de días en la semana (por ejemplo, trabajo presencial en dos días a la semana) en vez de especificar los días, o incluso adoptar sistemas alternativos (por ejemplo, trabajo de 2 a 4 días semanales), que posibilitan adaptaciones cotidianas al margen de la modificación formal del acuerdo de trabajo a distancia. En fin, como menciona THIBAULT ARANDA:

> A la vista de este estado de cosas, ya hay quien ha planteado que las menciones obligatorias exigidas por el art. 7 del RD-ley 28/2020 [ler como Ley 10/2021] se formulen de la manera más abierta y flexible posible, es decir, incorporar al acuerdo de trabajo a distancia un mecanismo de modificación unilateral que descanse en la previa y conjunta voluntad de las partes. De modo que el empresario pueda cambiar, por ejemplo, el horario de trabajo o las franjas de disponibilidad del trabajador a distancia sin necesidad de pedir permiso. Y no se aplicará el art. 8 del RD-ley 28/2020 porque en puridad no se trata de una modificación unilateral sino de la mera aplicación de lo pactado por las partes.[791]

Además, como se ha visto, el artículo 4.2 de la *Ley nº 10/2021* prohíbe la modificación de las condiciones de trabajo por dificultades técnicas u otras causas no imputables al trabajador que puedan producirse en el teletrabajo, en los siguientes términos:

> Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación.
> (....) 2. Las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo.

Se trata de una norma importante para garantizar que la carga de la actividad económica no recaiga sobre el trabajador ni que se le penalice por el mero ejercicio de un derecho, aunque, por otro lado, la disposición también acaba por restringir al empresario, que no podrá modificar determinadas condiciones de trabajo para superar las dificultades que se plantean en el teletrabajo. Esto refuerza la importancia de lo dispuesto en el artículo 7.i) de la LTD, que exige que el acuerdo individual incluya el *procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia*. Cuanto mejor diseñados estén los procedimientos y parámetros necesarios para hacer frente a las dificultades técnicas que puedan surgir en el trabajo a distancia, incluida la eventual previsión de mecanismos alternativos, menores serán los problemas derivados de estas situaciones cuando se materialicen.

[791] THIBAULT ARANDA, op. cit., p.95.

A su vez, el art. 8.2 de la LTD (supra) garantiza, para quienes solo trabajaron de forma remota, una prioridad para ocupar puestos de trabajo presenciales vacantes.

> Artículo 8. Modificación del acuerdo de trabajo a distancia y ordenación de prioridades.
>
> (…) 2. Las personas que realizan trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada, tendrán prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial. A estos efectos, la empresa informará a estas personas que trabajan a distancia y a la representación legal de las personas trabajadoras de los puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan.

HERAS GARCÍA explica que el precepto intenta proteger a las personas que siempre han trabajado a distancia, ya que su voluntad podría verse mermada por su menor capacidad negocial en la relación laboral, dejándoles sólo la opción de dejar de trabajar (si el empresario se niega a cambiar al modo presencial), a diferencia de lo que ocurre con un trabajador a distancia que proviene de un régimen anterior de trabajo presencial.[792]

El citado precepto establece dos requisitos subjetivos, a saber *(i)* trabajar a distancia desde el inicio de la relación laboral y *(ii)* trabajar a jornada completa, excluyendo así de esta preferencia a quienes trabajen o hayan trabajado a tiempo parcial o de forma presencial, para quienes la reversibilidad al régimen presencial observará la regla establecida en el art. 5.3 de la LTD. Este segundo requisito es criticado por parte de la doctrina por considerarlo ilógico, ya que podría excluir a una persona que haya trabajado a tiempo parcial durante un corto periodo de tiempo al inicio del contrato, o bien excluir a los teletrabajadores a tiempo parcial de concurrir a vacantes presenciales a tiempo parcial.[793] Además, hay quien sostiene que esta norma no se aplica en los casos en los que la reducción de jornada se deba al ejercicio del derecho a la conciliación o por discapacidad, ya que sería discriminatorio para estos trabajadores.[794]

La norma exige también un elemento objetivo, que consiste en la existencia de vacantes de trabajo presencial, total o parcial, en alguno de los centros de trabajo existentes, teniendo la empresa el deber de informar de la disponibilidad de dichas vacantes por cualquier medio. La consideración de todos los centros de trabajo de la empresa, y no de aquel al que esté adscrito el trabajador, es una medida adecuada para cumplir plenamente con la finalidad de la norma y, asimismo, para satisfacer los anhelos de los trabajadores en cuanto a la reversión entre regímenes, evitando mayores distinciones. Correlacionado con este derecho de prioridad está

[792] HERAS GARCÍA, op. cit., p.77.
[793] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p.142.
[794] *Ibidem.*

el deber del empresario de informar a los trabajadores de las vacantes disponibles por cualquier medio, siempre que sea posible acreditar su recepción, para cumplir con su carga de documentación. Si la empresa incumple su deber de información, el trabajador perjudicado puede reclamar el acceso a la vacante que le correspondería (y las repercusiones legales) o, si ello no es posible (incluso por tratarse de un tercero de buena fe que pudiera haber ocupado la vacante), la indemnización de los daños y perjuicios causados, además de las sanciones administrativas correspondientes.[795]

Por último, el art. 8.3 de la LTD remite la cuestión a la negociación colectiva, en los siguientes términos:

> Artículo 8. Modificación del acuerdo de trabajo a distancia y ordenación de prioridades.
> (…)
> 3. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente Ley.
> En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa.

Por lo tanto, este precepto autoriza -y fomenta- la negociación colectiva para disponer la movilidad entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia, incluso para establecer el derecho al teletrabajo y otras preferencias, además de los derechos y preferencias ya previstos en la ley. Se trata de un espacio importante para que la negociación colectiva no sólo amplíe estos derechos y preferencias, sino también para que establezca criterios, parámetros y procedimientos -objetivos, no discrecionales- de resolución de los conflictos, es decir, cuando se den dos o más situaciones concomitantes de prioridad o conciliación, buscando siempre "evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género" y fomentar "la corresponsabilidad entre mujeres y hombres" (art. 8.3, *in fine*, de la LTD).

En Brasil, apenas el art. 75-C de la CLT trata de la modificación de las condiciones de teletrabajo, al establecer la posibilidad de cambio entre las modalidades presencial y a distancia por acuerdo bilateral entre las partes (§1º), o por determinación unilateral del empleador, con preaviso de quince días (§2º), hipótesis ya examinadas en el tema

[795] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS, op. cit., p.141-5.

sobre el principio de voluntariedad. En ambos casos, se requiere la formalización a través de una enmienda contractual. Así, además de estas hipótesis de reversión, se aplican al teletrabajo las normas generales sobre alteración de las condiciones de trabajo (Capítulo III de la CLT), en particular el art. 468, *caput*, de la CLT, que considera lícita la alteración de las condiciones de trabajo si concurre *(i)* consentimiento mutuo y *(ii)* siempre que no perjudique directa o indirectamente al trabajador.[796]

Por último, al tratarse de una norma que tutela el principio de voluntariedad en el trabajo a distancia, exigible a todas las modalidades de trabajo digital, cabe concluir que el art. 8º de la LTD debe calificarse como una norma intrínsecamente digital. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la previsión contenida en el art. 8.2 de la LTD, que sólo se destina a los trabajadores a distancia regulares.

2.8 Derechos Colectivos

En primer lugar, cabe puntualizar que un examen comparativo entre la legislación española y la brasileña en materia sindical debe tener en cuenta las diferencias en la estructura sindical de cada país.

La *Constitución Federal* brasileña de 1988 establece la libertad sindical en el *caput* del art. 8º[797], pero mantiene una estructura sindical fundada en institutos incompatibles

[796] CLT, Art. 468 - En los contratos individuales de trabajo sólo se podrán introducir modificaciones por mutuo consentimiento, y aun así siempre que no se perjudique directa o indirectamente al trabajador, so pena de nulidad de la cláusula que vulnere esta garantía. (...) (traducción propia)

[797] Art. 8º Es libre la asociación profesional o sindical, debiéndose observar:
I - la ley no podrá exigir autorización del Estado para la fundación de sindicato, aunque sí del respectivo registro en el órgano competente, prohibiéndose al Poder Público la interferencia y la intervención en la organización sindical;
II - está prohibida la creación de más de una organización sindical, en cualquier grado, representativa de categoría profesional o económica, en la misma base territorial, que será definida por los trabajadores o empleadores interesados, no pudiendo ser inferior al área de un Municipio;
III - al sindicato cabe la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría, incluso en cuestiones judiciales o administrativas;
IV - la asamblea general fijará el aporte que, tratándose de categoría profesional, se descontará del salario de los afiliados, para financiamiento del sistema confederativo de la representación sindical respectiva, independientemente del aporte previsto en ley;
V - nadie será obligado a afiliarse o a mantenerse afiliado a sindicato;
VI - es obligatoria la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas de trabajo;
VII - el jubilado afiliado tiene derecho a votar y ser votado en las organizaciones sindicales;
VIII - está prohibido el despido del empleado sindicalizado a partir del registro de su candidatura a cargo de dirección o representación sindical y, si electo, aun cuando sea como suplente, hasta un año después de terminado el mandato, salvo si comete falta grave en los términos de la ley.
Párrafo único. Las disposiciones de este artículo se aplican a la organización de sindicatos rurales y de colonias de pescadores, atendidas las condiciones que establezca la ley. [Traducción libre]

con la plena libertad sindical, como el régimen de unicidad sindical[798], el encuadramiento sindical obligatorio por categorías económicas y profesionales definidas por el ramo de actividad (y no de forma espontánea por los trabajadores), la negociación colectiva con efecto *erga omnes* y el aporte obligatorio. Sobre esta última característica, se recuerda que Brasil mantiene un sistema complejo de financiamiento sindical, con la previsión de, por lo menos, cuatro tipos de aportes, de naturalezas diferentes, a entidades sindicales. No obstante la *Ley nº 13.467/2017* haya excluido la obligatoriedad del llamado *impuesto sindical* al condicionar su pago a la previa y expresa autorización de los afiliados (arts. 578 y 579 de la CLT), persiste un intenso debate acerca de la obligatoriedad de esos aportes, sobre todo para los no afiliados (necesariamente comprendidos por los convenios colectivos) y del derecho de oposición de estos trabajadores.

En España, por otro lado, se adopta el modelo de pluralidad sindical (art. 28 de la CE), con diversos niveles de representatividad y, a partir de esta, de funciones atribuidas, otorgándose posición jurídica sobresaliente a los sindicatos mayoritarios, definidos a partir de criterios cualitativos y cuantitativos. Así, es un sistema que busca conjugar la unidad y la efectividad de la acción sindical dentro del régimen de pluralidad y libertad sindical. La representatividad ocurre en diversos niveles, como el del Estado, el de la Comunidad Autónoma, y en el ámbito territorial y funcional específico, además de incluir la participación de los trabajadores en la empresa o centros de trabajo, ya sea mediante una representación unitaria (delegados o comités de empresa) o mediante la representación sindical (secciones y delegados sindicales).[799] La actividad sindical opera a favor y en beneficio de sus asociados aunque también estén permitidos convenios colectivos de eficacia general, observadas las condiciones mínimas de aptitud de los sujetos que negocian y su representatividad (art. 82.3 del ET), considerándose el centro de imputación normativa establecido por las partes. El financiamiento de la actividad sindical resulta del aporte de los asociados y del cobro del *canón de negociación colectiva* de los trabajadores representados para resarcir los gastos de negociación, además de otras fuentes, como fondos públicos.[800]

Sopesando las diferencias —y siempre teniéndolas en cuenta—, procedemos a analizar los matices relacionados al teletrabajo en materia de derechos colectivos —también referidos como *ciberderechos sindicales*[801]—, especialmente los desafíos impuestos por la

[798] La unicidad sindical en el sistema brasileño permite que exista solo una organización sindical por categoría en la misma base territorial, la cual no podrá ser inferior al área de un Municipio.
[799] MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 730-2.
[800] MARTÍN VALVERDE, GARCÍA MURCIA, op. cit., p. 301-6
[801] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 279.

distancia física entre trabajadores y empresa, la heterogeneidad de los lugares de trabajo y el acentuado individualismo, aislamiento e invisibilidad, los cuales afectan de forma expresiva la identidad colectiva y las estructuras sindicales y de representación de los trabajadores. Estadísticamente, la realidad ha demostrado que las personas teletrabajadoras suelen gozar de menos protección legal y sindical, sin recibir la adecuada atención o amparo de las normas colectivas.[802]

En el plano internacional y comunitario, la garantía de los derechos colectivos en el trabajo a distancia, especialmente en lo que se refiere al derecho de representación sindical y de negociación colectiva, está prevista desde el *Convenio nº 177* de la OIT (art. 4.2) y de la respectiva *Recomendación nº 184* de la OIT (arts. 11 y 12). De la misma forma, el *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* (2002) incluyó una sección específica sobre derechos colectivos (apartado 11), animado por la idea de equiparar y garantizar los mismos derechos en materia colectiva para trabajadores presenciales y remotos, enfatizando la comunicación y el derecho de participación y elegibilidad de los teletrabajadores en las instancias representativas.

En España, uno de los puntos sobresalientes de la LTD —inspirada en el AMET— fue justamente el de realzar el papel de la negociación colectiva en la regulación complementaria del trabajo a distancia, más dinámica y específica, al contemplarla en diversos dispositivos y en la propia exposición de motivos (ítem IV).

> Es necesario, por tanto, llenar el vacío normativo que existe, igualando el tratamiento jurídico en los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo, acudiendo en la medida necesaria a la negociación colectiva, que se considera instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios.
> (...)
> Existe, además, entre otros aspectos destacables, una marcada atención al necesario papel de la negociación colectiva en el ámbito del trabajo a distancia, con llamadas expresas a la hora de definir las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los criterios de preferencia en el acceso a esta modalidad, el ejercicio de la reversibilidad, los distintos derechos de contenido económico asociados a esta forma de prestación y organización, el contenido del acuerdo e incluso los porcentajes de trabajo a distancia a los efectos de definir en sectores profesionales específicos lo que se considera trabajo a distancia regular.

En las palabras de ALFONSO MELADO, "la regulación legal recientemente aprobada [*Ley nº 10/2021*] deja en manos de la negociación colectiva un amplio margen para fijar las condiciones en las que prestan servicio las personas que trabajan a distancia o

[802] FELICIANO, KROST, MATOS (Org.), op. cit., p. 521.

teletrabajan".[803] CASAS BAAMONDE refuerza la importancia de la negociación colectiva en la gestión del teletrabajo para superar las dificultades inherentes a esa figura laboral:

> Lo segundo comporta la llamada a la negociación colectiva como instrumento ordinario de gestión de estas formas de trabajar, con la misma función que en el trabajo prevalentemente realizado en los lugares empresariales, para superar precisamente su concepción marginal y aislada, sostenida en el contrato o acuerdo individual y en la desconexión del trabajo a distancia de la colectividad del trabajo y de la negociación colectiva.[804]

De hecho, la negociación colectiva y su capacidad de regulación dinámica, flexible y sectorizada, tiene el potencial de atender y estimular los infinitos matices relacionados con el trabajo digital, en sus más variados contextos, actividades y circunstancias, especialmente en temas vinculados al uso de la tecnología y a la organización y gestión del teletrabajo. La LTD, al valorar la negociación colectiva, realzó el papel y la responsabilidad de los actores sociales en la promoción y desarrollo del teletrabajo, a pesar del temor que subsiste por tratarse de un nuevo modelo de actuación sindical, aun con poca experiencia, que avanza paulatinamente.

Desde otro ángulo, la abundante remisión legal a la negociación colectiva, invocada para casi la totalidad de las materias reguladas en la LTD, sumada a la escasez legislativa en algunas cuestiones (incluso en cuanto a derechos colectivos, dado el silencio en temas relevantes como los relativos a la huelga o a la definición del centro al cual queda adscrito el teletrabajador), enciende una alerta sobre los riesgos de una omisión normativa estatal, ya que los ajustes y la modulación de los derechos laborales (establecidos por ley) a la realidad del trabajo a distancia también se deben hacer mediante ley, en normas del mismo nivel jerárquico, al menos en lo que concierne a los aspectos más esenciales e importantes.[805] De lo contrario, aumenta la presión (y la preocupación) sobre los órganos de representación de los trabajadores a distancia, lo que podrá resultar en desamparo y perjuicio para determinadas colectividades de trabajadores que puedan estar sometidas a una representación frágil, incapaz o descalificada.

Sobre los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia, la LTD reservó una sección propia (la número 6), pero que contiene solo un artículo (el 19), el cual prescribe:

---

[803] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 352.
[804] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[805] PASTOR MARTÍNEZ, Alberto. *Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-Ley 28/2020 de Trabajo a Distancia.* Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales. 2021. Disponible en: https://revistes.uab.cat/anuarioiet/article/view/v7-pastor/96-pdf-es. p. 104-5.

> Artículo 19. Derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia.
>
> 1. Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas.
>
> A estos efectos, la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa.
>
> 2. La empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia.
>
> Deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras.
>
> 3. Deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales.[806]

Como se puede observar, el precepto está dividido en tres principales vertientes: *(i)* la equiparación entre trabajadores presenciales y a distancia en lo que atañe a los derechos colectivos (1º apartado), sobresaliendo la negociación colectiva a fin de promover las adaptaciones necesarias para ese propósito; *(ii)* la imputación al empleador de obligaciones legales en el sentido de proveer los elementos necesarios para garantizar el desarrollo de la actividad de representación colectiva de los trabajadores (2º apartado), además del deber de abstenerse de crear cualquier obstáculo para la comunicación entre los trabajadores a distancia y sus representantes; y *(iii)* la garantía de participación efectiva del teletrabajador en las actividades sindicales y colectivas, especialmente en lo relacionado al ejercicio del derecho al voto (3º apartado). Es así que la norma busca proveer a los representantes de los trabajadores la información y los medios —sobre todo los tecnológicos— indispensables para mantener una relación próxima y efectiva con sus representados.

Además de este artículo específico y de la disposición adicional primera (sobre negociación colectiva, que se verá más adelante), existen nueve referencias más a la negociación colectiva a lo largo del texto legal, sobresaliendo los arts. 5º, 7º, 8º, 12, 13, 14, 17 y 18. Por otro lado, la ley de protección de datos española prevé la posibilidad de ampliación de los derechos digitales mediante negociación colectiva, de acuerdo a lo previsto en el art. 91 de la *Ley Orgánica nº 3/2018,* de 5 de diciembre, que dispone:

> Artículo 91. Derechos digitales en la negociación colectiva.

[806] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

> Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral.

En Brasil, la *Ley nº 13.467/2017*, que inauguró el capítulo del teletrabajo en la CLT, también incluyó en el texto de la CLT el art. 611-A, VIII (en el capítulo sobre los convenios colectivos), el cual garantiza la prevalencia de la negociación colectiva en materia de teletrabajo. Lo que en un comienzo se podría ver como un incentivo (positivo) a la negociación colectiva en la regulación del teletrabajo, así como se vio en la LTD española, no deja de suscitar preocupaciones en la realidad brasileña, puesto que, ante una ley con pocos dispositivos (son solo 6 en total) y omisa en diversos temas relevantes, sin la garantía de los derechos básicos o esenciales inherentes al teletrabajo, la negociación colectiva se transforma en norma principal, con potencial de precarizar las condiciones de trabajo, dejando de ser una regulación complementaria (dinámica, específica y sectorizada) que apunta a la mejora de las condiciones de trabajo.

A eso se suma el contexto histórico de esta norma, puesto que la introducción del art. 611-A de la CLT, que, aparentemente, valoriza la negociación colectiva, también se reviste de la posibilidad de precarización, ya que, en definitiva, permite la flexibilización de derechos básicos previstos en ley, como el encuadramiento del grado de insalubridad (inc. XII), el descanso en la jornada diaria (inc. III), el *sobreaviso* (inc. VIII) y la prórroga de la jornada en ambientes insalubres (inc. XIII). Incluso antes de la *Ley nº 13.467/2011*, todos esos temas podían ser objeto de negociación colectiva, siempre y cuando fuera para establecer una condición mejor que la ofrecida por el parámetro legal. Por lo tanto, no se trató solo de incentivar una regulación complementaria por la vía colectiva, sino de abrir espacios flexibilizadores de derechos básicos previstos en ley, lo que enciende una alerta en cuanto al teletrabajo, por ser un ámbito que carece, al menos expresamente, de algunas protecciones legales básicas en el sistema brasileño. No obstante todo lo expuesto, ese dispositivo se debe analizar dentro del conjunto sistemático e integrado de principios y normas del Derecho del Trabajo, sobresaliendo las normas de la *Constitución Federal* (derechos fundamentales laborales), como se verá más adelante cuando se aborde el tema de la negociación colectiva.

En materia de derechos colectivos en el trabajo a distancia existen cuestiones que merecen especial atención, como: *(i)* la garantía de igualdad de tratamiento en derechos colectivos, sobre todo la extensión y el contenido de ese principio general, *(ii)* la representación colectiva; y (*iii)* la negociación colectiva. Procederemos, entonces, a discurrir sobre esos puntos.

2.8.1 La igualdad de tratamiento en derechos colectivos

Las características del trabajo a distancia, sobre todo en lo que se refiere a los aspectos espacial y territorial, exigen prescripciones específicas para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos colectivos. En las palabras de PASTOR MARTÍNEZ, "Las circunstancias geoespaciales en las que se desarrolla el trabajo a distancia determinan que, en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, se deban de articular reglas específicas que garanticen la plena efectividad en el plano colectivo e individual de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia".[807]

El principio de la igualdad de tratamiento en materia de derechos colectivos en el trabajo a distancia constituye el fundamento del *Convenio nº 177* de la OIT, del AMET y de la LTD española. El art. 4º del *Convenio nº 177* de la OIT (sobre trabajo a domicilio) afirma que "La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: (a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; (...)"; a su vez, el art. 5º reafirma la importancia de la negociación colectiva en la regulación del trabajo a domicilio.

El apartado 11 del AMET, sobre derechos colectivos, está amparado en la cláusula general de que *los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores de la empresa*. El dispositivo resalta que los teletrabajadores *(i) están sometidos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas* y *(ii) están incluidos en el cálculo determinante de los umbrales necesarios para las instancias de representación de los trabajadores,* además de imponer que *los representantes de los trabajadores son informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo.*

De la misma forma, la LTD, que, en su art. 19.1 (supra) establece el principio general de la igualdad de trato en los derechos colectivos, al proclamar que *las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas*. Esta igualdad, como se vio en la sección anterior sobre los principios, debe ser sustancial, contemplando, así, la posibilidad del tratamiento desigual para aquellas condiciones

[807] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 110.

efectiva y verdaderamente desiguales, siempre en aras de una equiparación real y concreta de derechos y de condiciones de trabajo en cada modalidad.

La terminología adoptada por la LTD concedió una amplitud conceptual al utilizar una referencia de cariz subjetivo (*el resto de las personas trabajadoras),* equiparando todos los derechos garantizados a esas personas independientemente de la fuente normativa, o sea, sin limitarse a los derechos previstos en el estatuto, como lo había hecho la norma anterior.[808] También garantizó amplitud conceptual en lo referido al contenido de esa garantía, al utilizar la expresión *derechos colectivos* (en los títulos de la 6ª sección y del art. 19) y *derechos de naturaleza colectiva* (art. 19.1), que abarcan todo el conjunto de derechos colectivos de los trabajadores, como los derechos de representación, participación, reunión, negociación colectiva, huelga y, en definitiva, de libertad sindical.[809] Esa igualdad comprende, particularmente, el derecho a la participación y a la elegibilidad de los trabajadores a distancia en elecciones sindicales o de representación unitaria.

El segundo párrafo del art. 19.1 atribuye a la negociación colectiva la tarea de establecer las condiciones necesarias para garantizar la igualdad de tratamiento en materia colectiva, una función que es de adaptación —y no constitutiva, puesto que esos derechos se fundan directamente en la norma constitucional y legal—, cuando esta es necesaria, buscando promover el ejercicio adecuado de esos derechos en la realidad del trabajo a distancia.[810] La norma no impone ninguna limitación, permitiendo que esa adaptación se promueva en cualquier ámbito y nivel de negociación: colectiva, sectorial o en la empresa.[811] Aunque la lógica utilizada en la LTD de hacer una llamada a la negociación colectiva también para derechos colectivos resulte comprensible, no pasa desapercibida la extrañeza que causa por, de alguna manera, mezclar premisas/antecedentes y consecuentes, puesto que la igualdad en derechos —especialmente en lo que atañe a la representación colectiva— constituye un presupuesto para que exista y prospere una adecuada negociación colectiva; es por eso que, técnicamente, aquella igualdad no debería quedar librada a esta negociación.

La igualdad de trato en derechos colectivos ya sería impositiva por la propia norma general establecida en el art. 4º de la LTD o, aun, por fuerza de norma constitucional (art. 14 de la CE), lo que no quita relevancia a ese refuerzo del principio isonómico en materia colectiva incluido en el art. 19 de la LTD en la medida en que ayuda a disipar eventuales

[808] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 280.
[809] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p.111.
[810] *Idem*, p.112.
[811] *Ibidem*.

cuestionamientos y controversias. Sin embargo, la sola proclamación de la igualdad no resulta suficiente, ya que el problema radica en identificar las singularidades del trabajo a distancia que justifiquen un trato diferenciado con respecto al trabajo presencial, tema que, salvo mejor juicio, no fue solucionado por la LTD ni encuentra suficiente amparo normativo.

Así como en otros temas ya vistos, las dificultades concretas aparecen justamente en la modulación de los derechos colectivos a la realidad del teletrabajo a fin de que se preserve, en el plano fáctico, una igualdad sustancial entre trabajadores presenciales y a distancia. Por ejemplo, ¿cómo viabilizar los piquetes informativos en la realidad del teletrabajo, visto que constituyen manifestaciones de una colectividad de trabajadores que se reúne en un lugar estratégico (en general, la entrada del centro de trabajo) para divulgar e influir a las personas con respecto a determinada causa o reivindicación, cuando ese lugar de trabajo pasa a ser la propia residencia del trabajador?

Aunque el segundo párrafo del art. 19.1 prescribe que la negociación colectiva podrá establecer condiciones para garantizar la igualdad, observando las singularidades de esa forma de trabajar, no hubo ninguna definición ni profundización acerca de cuáles serían esas singularidades, al contrario de lo que dispone el art. 4º de la LTD, que, además de proclamar la igualdad como norma general, enfatiza determinadas condiciones de trabajo. En razón de eso, hay quienes clasifiquen el segundo párrafo del art. 19.1 de la LTD como una mera declaración de intenciones, o sea, un llamado a la negociación colectiva para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos colectivos por parte de las personas trabajadoras a distancia.[812]

No obstante, la igualdad de trato en derechos colectivos establecida por la LTD impone un deber inmediato de equiparación formal de derechos y provoca la necesidad de que el empresario —o incluso las representaciones colectivas— justifique y fundamente cualquier diferencia de tratamiento que haga desde el ángulo de la igualdad sustancial, observando parámetros judiciales y juicios de razonabilidad y proporcionalidad.

2.8.2 Representación colectiva

Otro tema expresivo en el trabajo a distancia dice respecto a la representación colectiva de los trabajadores a partir de las barreras generadas por la fragmentación de la colectividad de trabajadores y por la distancia física entre ellos, con la consecuente pérdida de

[812] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 282.

contacto, todo lo cual impacta en variados aspectos que abarcan desde dificultades en la identificación de la categoría y de sus órganos de representación —basados en el parámetro territorial de un centro de trabajo, el cual deja de existir en el trabajo a distancia— hasta problemas relacionados a la pérdida de cohesión, unidad, identidad (o conciencia colectiva) y vínculo de solidaridad, que constituyen la esencia y el sustentáculo de las acciones sindicales.

El primer cuestionamiento que puede emerger es el de si los trabajadores deben tener una representación específica y distinta o integrar la representación de los demás trabajadores presenciales, lo que se vuelve aun más complejo cuando se tiene en cuenta la realidad del teletrabajo híbrido. La LTD caminó en la segunda dirección al exigir la indicación del establecimiento al cual quedará adscrito el trabajador a distancia (art. 7º, *e*), incluso a efectos de representación colectiva, en igualdad de condiciones con los trabajadores presenciales de aquel centro de trabajo. Esa aparenta ser la solución más lógica, habida cuenta de que la propia representación (unitaria o sindical)[813] es definida a partir del cuantitativo de trabajadores de una empresa o centro de trabajo. A fines de establecer las normas colectivas aplicables, el AMET determinó la incidencia de los instrumentos colectivos aplicables a trabajadores presenciales similares —"comparables"— a los teletrabajadores (cláusula 4ª), reforzando el entendimiento de una representación unitaria e integrada, con trabajadores presenciales y remotos, como corolario del principio de igualdad de trato.

En Brasil, aunque la *Constitución Federal* prevea la representación de trabajadores en la empresa (art. 11)[814], tal representación raramente se encuentra en la realidad e, incluso cuando existe, tiene funciones bastante restringidas, por lo que prevalece la representación de los trabajadores por una entidad sindical. A su vez, el ámbito de la representación sindical es impuesto por ley —no resulta solo de la voluntad y deliberación de los representados—, puesto que se exige un encuadramiento por categorías profesionales y económicas definidas a partir del ramo de actividad, que serán representadas por un único sindicato (régimen de unicidad sindical). Así, en los términos de la ley brasileña, se comprende como categoría profesional la "similitud de condiciones de vida oriunda de la profesión o del trabajo en común, en situación de empleo en la misma actividad económica o en actividades económicas similares o conexas" (art. 511 de la CLT [traducción propia]). La única excepción

[813] Unitaria es la representación de un conjunto de trabajadores independientemente da su afiliación sindical, a diferencia de la representación promovida por los sindicatos en el ámbito de la empresa, con sus secciones y delegados sindicales, todo en la forma de los arts. 62.1 y 63.1 del ET y art. 10.1 de la *Ley Orgánica de Libertad Sindical* - LOLS.

[814] Art. 11. En las empresas de más de doscientos empleados, es asegurada la elección de un representante de esos con la finalidad exclusiva de promoverles el entendimiento directo con los empleadores. (traducción propia)

es la que se verifica con respecto a la denominada categoría profesional diferenciada, relativa a empleados de determinada profesión que tenga un estatuto profesional especial regulado por ley.

De esa forma, el encuadramiento sindical en determinada categoría profesional resultará de la actividad económica, lo que se conoce como *paralelismo simétrico* (por ejemplo, en el sector de servicios financieros, habrá una única categoría profesional de empleados de instituciones financieras en la misma base territorial) y no de manera espontánea o por voluntad de los trabajadores. Por lo tanto, considerando que el trabajo a distancia constituye solo una forma de trabajar (una modalidad laboral y forma de organización del trabajo) y no una actividad económica y profesional distinta, la representación sindical de los teletrabajadores brasileños será la misma de los trabajadores presenciales, a partir de la actividad económica —y de la correspondiente categoría profesional—, de forma tal que un teletrabajador bancario será representado por el sindicato único de los bancarios de aquella base territorial, no siendo posible crear un sindicato o una representación específica para los teletrabajadores bancarios.

En España, en cambio, aunque el trabajador a distancia integrará un determinado centro de trabajo para fines de representación colectiva, no hay óbice legal para que se establezca una representación específica de trabajadores a distancia, dependiendo del tamaño de la empresa, idea que está recibiendo el apoyo de parte de la doctrina.[815,816] Sin embargo, no se reputa oportuna esa segmentación debido al riesgo de fragmentación y debilitamiento de la categoría, además de que incentivaría un tratamiento no paritario y promovería una distancia entre las modalidades laborales (que, en la práctica, pueden ser concomitantes o sucesivas), en disonancia con el principio vital de la isonomía.

Idealmente, trabajadores presenciales y remotos deben estar unidos e integrar una misma categoría (que, de esa manera, será más fuerte y representativa), apoyándose recíprocamente y de forma solidaria en las reivindicaciones necesarias aun cuando alguna de esas se refieran específicamente a una u otra modalidad laboral. Es necesario tener en mente que el cambio y la alternancia entre esos regímenes es dinámica y constante: el trabajador presencial de hoy será el teletrabajador de mañana o viceversa. Para alcanzar ese propósito, es crucial realizar un trabajo competente de información y movilización por parte de los sindicatos y representaciones para que todos se sientan integrantes del mismo colectivo y debidamente

[815] En ese sentido, ver HERAS GARCÍA, op. cit., p. 119.
[816] SIERRA BENÍTEZ, op. cit., p. 196.

representados, lo que pasa por la modernización y utilización amplia de los medios digitales en el movimiento sindical.

No obstante, siguiendo en esa línea y partiendo del presupuesto de que los teletrabajadores no constituyen una categoría aparte, sino que deben integrar una misma categoría en conjunto con los trabajadores presenciales, un segundo cuestionamiento que surge es el que dice respecto al criterio utilizado para definir esa categoría/representación y, por consiguiente, fijar la norma colectiva incidente, ya que las normas vigentes en la actualidad están amparadas en el factor territorial, más específicamente en el establecimiento o centro de trabajo y en el cuantitativo de trabajadores en cada lugar. Así, el problema radica en definir cuál es la base territorial o zona geográfica a la cual deberá estar vinculado el trabajador a distancia.

En Brasil, la norma sobre teletrabajo adoptó la territorialidad del establecimiento de la asignación del trabajador como criterio para la representación sindical y aplicación de los convenios y acuerdos colectivos en los términos del art. 75-B, §7º, de la CLT:

> Art. 75-B. [...] § 7º A los empleados en régimen de teletrabajo se aplican las disposiciones previstas en la legislación local y en los convenios y acuerdos colectivos de trabajo relativas a la base territorial del establecimiento de asignación del empleado. (Incluido por la *Ley nº 14.442*, de 2022) (traducción propia)

Así, a semejanza del modelo español, la ley brasileña impone la vinculación del teletrabajador a un establecimiento físico aunque, de la misma manera, la norma no haya estipulado cuál sería el criterio para definir ese establecimiento de adscripción, abriendo margen a interpretaciones divergentes. Aun no habiendo representación unitaria ni sindical por empresa en Brasil, ya que la base territorial mínima de un sindicato debe corresponder al área de un Municipio, el criterio territorial (y de adscripción del teletrabajador) será relevante en la definición de la categoría y del sindicato al cual pertenece y, por ende, en la determinación de la norma colectiva aplicable (convenios y acuerdos colectivos de trabajo).

En el mismo sentido, la LTD española exige la vinculación del trabajador a distancia a un centro de trabajo (arts. 7º, *e*, y 19.1), que será la referencia en lo que refiere a los derechos colectivos. Como explana PASTOR MARTÍNEZ:

> Así las cosas, y dado que el centro de trabajo constituye el presupuesto factico sobre el que se asienta el derecho a constituir los órganos de representación unitaria, resulta imprescindible vincular al trabajador a distancia con un centro de trabajo a los efectos de que pueda participar en su conformación y ser tenido en consideración a los efectos de determinar el tipo de órgano y su número de componentes, así como a los efectos de determinar el órgano que habrá de representarlos.[817]

[817] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 108.

Sucede que, al adoptar el criterio territorial en ambas legislaciones, las mismas dificultades relativas al principio de territorialidad —analizado anteriormente, en la parte dedicada a los principios— incidirán en materia de representación y negociación colectiva en el trabajo a distancia, ya que es dificultoso utilizar como referencia un criterio geográfico para un trabajo esencialmente deslocalizado, como lo es el teletrabajo.

Tanto es así que, en ambos ordenamientos jurídicos, hay un silencio normativo en cuanto al criterio de elección de ese lugar de asignación (o centro de adscripción), sobre si sería definido por la indicación de una o de ambas partes o si dependería de un elemento objetivo extraído de la realidad económica y profesional de la relación de trabajo subyacente, lo que ha ocasionado acentuada controversia, con proposiciones de diversos órdenes. A fin de cuentas, el art. 7º de la LTD solo establece que la indicación del centro de adscripción será definida por libre acuerdo entre las partes, ya que el propio acuerdo (individual) de teletrabajo está basado en la voluntariedad y que sus cláusulas se definen de forma consensual. Por otro lado, como se vio anteriormente, la negociación colectiva se ha ocupado de la cuestión: algunos convenios han utilizado como centro de adscripción el establecimiento más cercano al domicilio del trabajador dentro de la misma Comunidad Autónoma, mientras otros han adoptado como parámetro el lugar correspondiente a la actividad laboral o, en otros casos, al lugar anterior de trabajo presencial.[818]

En este contexto, siguiendo el mismo raciocinio anteriormente presentado con respecto al centro de adscripción como requisito formal del acuerdo, se verifica que la vinculación del teletrabajador a un establecimiento o centro de trabajo, con importantes reflejos jurídicos, no debe ocurrir de modo arbitrario, por decisión unilateral o conjunta de las partes, sino que debe ser justificado y estar en consonancia con la realidad de la actividad económica y profesional llevada a cabo, incluso para evitar fraudes y abuso de derecho, como la elección de una localidad con menor protección laboral o sindical. La inclusión de esta cláusula como contenido obligatorio del acuerdo de teletrabajo refuerza justamente un deber no solo de negociación, sino, sobre todo, de justificación del criterio utilizado para vincular al trabajador a determinado establecimiento.

En ese sentido, HERAS GARCÍA cuestiona si, para definir el lugar de adscripción, se debe utilizar el criterio funcional o la ubicación, debiéndose, en todo caso, "evitar maniobras elusivas de las exigencias de representación de las personas trabajadoras o del tipo de representación".[819] La autora defiende la necesidad de que se adopte un criterio

[818] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 352.
[819] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 119.

razonable de adscripción, justificado a partir de la conexión del trabajador, en los casos de una conexión directa y continua con determinado centro de trabajo, o a partir de la integración de la respectiva actividad laboral con la estructura organizacional de la empresa.[820]

PASTOR MARTÍNEZ asevera que la adscripción a un centro de trabajo constituye una decisión que se deberá tomar por libre acuerdo de voluntades entre las partes involucradas, que son las mayores interesadas y afectadas por la elección. Sin embargo, advierte el autor:

> El acuerdo de voluntades no puede servir, en ningún caso, como norma de cobertura que encubra supuestos de fraude de ley y abuso de derecho. Un fraude o abuso de derecho que se produciría cuando, a través de la adscripción (norma de cobertura), se pretenda impedir el ejercicio de los derechos de representación y participación, por ejemplo, asignando o adscribiendo formal y artificialmente a trabajadores a distintos centros, con el único propósito de eludir las normas que atribuyen el derecho a constituir órganos de representación unitaria.[821]

TRILLO PÁRRAGA afirma que la adscripción de los trabajadores a distancia debe ocurrir en la unidad técnica productiva vinculada a la efectiva prestación de trabajo con la cual esté integrado. El autor aclara:

> Si el trabajador a distancia realiza su prestación laboral para un solo centro de trabajo con el que mantiene una comunicación no habrá duda sobre la adscripción de éste. En casos de dudas sobre el centro de trabajo de adscripción será el trabajo prestado y la mayor integración del trabajador lo que ayudarán a determinar este fundamental extremo para el ejercicio de los derechos colectivos.[822]

Son diversos y variados los aspectos y parámetros que se pueden utilizar para justificar la vinculación del trabajador a distancia a determinado centro de trabajo, siendo necesario distinguir por lo menos dos situaciones.

En el teletrabajo híbrido, es natural que la representación de los trabajadores sea la del lugar (centro de trabajo) en el que ejerce la actividad presencial. PASTOR MARTÍNEZ opina que eso prácticamente descarta, en el régimen de teletrabajo híbrido, la posibilidad de que las partes elijan un centro de adscripción distinto al del lugar de trabajo presencial. El autor concluye:

> A nuestro juicio, la adscripción del trabajador a distancia como acto de encuadramiento a un determinado centro de trabajo sólo tiene sentido respecto a los trabajadores a distancia que no prestan servicios en ningún centro de trabajo por efectuar la totalidad de su jornada de trabajo a distancia. La hipótesis de los

[820] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 121.
[821] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 109.
[822] TRILLO PÁRRAGA, op. cit., p. 59.

> trabajadores a distancia "parciales", a nuestro juicio, debe pasar por su adscripción al centro de trabajo en el que desarrollan su prestación de servicios "ordinaria", por ser esta la opción que se deriva del actual marco normativo y, sobre todo, por constituir la opción jurídico-normativa que supone una mayor garantía del reconocimiento de los derechos colectivos a estos trabajadores en pie de igualdad que los trabajadores presenciales. La presencialidad parcial de ese tipo de trabajadores, que debe notarse que son la mayoría de los trabajadores a distancia, no justifica, a nuestro juicio, un régimen diferenciado en su adscripción.[823]

De la misma forma, se debe adoptar un parámetro similar en la conversión de un trabajo presencial en teletrabajo, vinculándose (o, mejor, manteniéndose la vinculación) al trabajador al centro de trabajo en el cual desarrollaba su actividad presencialmente.[824] Incluso, esa consideración tiene en cuenta la posibilidad de reversión al trabajo presencial en cualquier momento, situación común en la dinámica del trabajo a distancia.

Sin embargo, cuando se trate de teletrabajo exclusivo, habrá la necesidad de definir un parámetro lógico y razonable, ante el vacío normativo. En este contexto, se reputa adecuado vincular al trabajador al establecimiento situado en el lugar de la prestación de servicio o al más cercano a él y, si ese lugar no existiera, a la sede o domicilio de la empresa. Esto atraerá una representación sindical y la incidencia de normas colectivas elaboradas para la realidad social y económica de la localidad en que se desarrolla el trabajo. A pesar de la multiplicidad de factores posibles, la doctrina ha defendido el parámetro geográfico como el más razonable para justificar la elección del centro de adscripción.[825] Si hay más de un centro de trabajo en la localidad, se debe tomar en cuenta la integración funcional del teletrabajador con determinado establecimiento y no solo la localidad más cercana.

En esa línea de raciocinio, se recuerda que la LTD, en su disposición adicional tercera, establece un domicilio de referencia del teletrabajador para fines de encuadramiento de la autoridad laboral y de los servicios y programas públicos —criterio que se podría utilizar, por analogía, para el encuadramiento sindical y de representación colectiva—, en estos términos:

> Disposición adicional tercera. Domicilio a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento de empleo aplicables.
>
> En el trabajo a distancia, se considerará como domicilio de referencia a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento del empleo aplicables, aquel que figure como tal en el contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo.

[823] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 108.
[824] En ese sentido, ver HERAS GARCÍA, op. cit., p. 121.
[825] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 109.

Como lo recuerdan PACHECO y DESTE, la aplicación de las normas colectivas del lugar de la prestación de servicios apuntan "(…) a armonizar las características, las condiciones de trabajo y los patrones salariales vigentes en la base territorial en la que actúa el empleado, asegurando, además, un trato isonómico entre los diversos empleados" (traducción propia), parámetro que la jurisprudencia viene utilizando para realizar el encuadramiento sindical de trabajadores externos.[826] No obstante, es necesario tener en mente que el lugar de la prestación de servicios en el teletrabajo no constituye el único parámetro, ya que también tendrá que existir un establecimiento empresarial cerca de la localidad al cual el teletrabajador estará vinculado. De lo contrario, una empresa con teletrabajadores repartidos por diversas localidades, sin correlación con un establecimiento empresarial, daría lugar a una miscelánea en cuanto a la representación y a las normas colectivas aplicables, lo que contradiría los ideales de unidad e integración categorial, además de ser algo inviable en la práctica.

De cualquier manera, la negociación colectiva constituye el foro adecuado para solucionar ese vacío normativo e indicar los parámetros de vinculación del teletrabajador a un establecimiento de forma tal que permita alcanzar una efectiva equiparación de los derechos colectivos entre trabajadores presenciales y remotos, considerándose que el derecho de representación constituye uno de los pilares de la libertad sindical garantizada por la *Constitución* (art. 28 de la CE y art. 8º de la CRFB) y del cual derivan muchos otros derechos de ámbito colectivo y sindical.

Prosiguiéndose con el examen del art. 19 de la LTD, se observa que el segundo apartado crea un deber empresarial de proveer los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad representativa de los trabajadores a distancia, resaltando, entre ellos, el de "(...) acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual (…)". Así, el dispositivo combina una cláusula general e indeterminada (*la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa*) con la enumeración de algunos elementos que integran ese deber general (*el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual*).[827] Se trata de una garantía esencial, en esta era de trabajo digital, para la preservación de la actividad sindical y de la representación colectiva de los trabajadores, empezando por la identificación de los teletrabajadores y de sus puestos de trabajo, visto que hace posible el

[826] PACHECO, DESTE, op. cit., p. 144-5.
[827] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 109.

acceso, el acercamiento y la cohesión de la colectividad de trabajadores, incluso cuando estos se puedan encontrar físicamente alejados.

A fin de cuentas, no hay sindicalismo ni representación colectiva de trabajadores sin una conexión —y línea directa— entre representantes y representados. De esa forma, al estipular la obligación empresarial de proporcionar el acceso y medios necesarios al ejercicio concreto de las funciones representativas, la LTD busca asegurar la posibilidad de un contacto efectivo, de una comunicación directa e individualizada y, de modo general, la formación de un vínculo y relación entre los trabajadores a distancia y sus representantes. Dada su pertinencia en la actualidad, esa norma debería abarcar también la representación de trabajadores presenciales, ya que la comunicación virtual, directa, rápida y simultánea se ha convertido en el patrón comunicativo de los tiempos actuales. En este sentido, la Directiva (UE) 2024/2831 impone la creación, por parte de las plataformas digitales y a través de su infraestructura, de canales de comunicación para los trabajadores, con el fin de que puedan ponerse en contacto y comunicarse entre sí y con sus representantes, de forma segura y privada, sin que la plataforma acceda a dichos contactos o comunicaciones ni los monitorice (art. 20).[828]

En realidad, el art. 19.2 de la LTD normatizó el precedente de la jurisprudencia constitucional (*STC nº 281/2005*) sobre el uso sindical del correo y de los sistemas electrónicos de la empresa y amplió su alcance. La referida sentencia constitucional alejó la obligación empresarial de crear una infraestructura informática para uso sindical, pero admitió la utilización y la puesta en común de los sistemas ya existentes para fines sindicales, incluyéndose el correo electrónico, observados estos límites: la utilización moderada y racional de esas herramientas, pudiendo la empresa establecer las condiciones de uso, siempre y cuando eso no resulte en una exclusión absoluta; que la comunicación no afecte la actividad normal de la empresa, ya que se trata de una herramienta de trabajo utilizada en el proceso productivo, debiendo prevalecer el uso empresarial en eventual conflicto con el uso sindical (aunque admitió el envío de mensajes durante la jornada de trabajo); y que esa utilización no genere gastos ni costos adicionales al empleador.[829]

---

[828] Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las plataformas digitales de trabajo faciliten, a través de la infraestructura digital de las plataformas digitales de trabajo o de medios igualmente eficaces, la posibilidad de que las personas que realizan trabajo en plataformas se pongan en contacto y se comuniquen entre ellas en privado y de manera segura, y de que los representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas se pongan en contacto con ellas, y ellas contacten con sus representantes, al mismo tiempo que cumplen con el Reglamento (UE) 2016/679. Los Estados miembros exigirán a las plataformas digitales de trabajo que se abstengan de acceder a dichos contactos y comunicaciones o de realizar un seguimiento de ellos. (*In*: UNIÓN EUROPEA. *Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en plataformas digitales.* Disponible en: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/2831/oj. Consultado el: 24 nov. 2024

[829] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 274-77.

Esos límites no se incluyeron en la LTD, cuyo texto avanzó en el sentido de prescribir incluso un deber empresarial de crear —y no solo compartir— sistemas y medios informáticos para esa comunicación, como es el caso del *tablón virtual*, o sea, una versión digital de los murales de anuncios previstos en el art. 81 del ET[830] y en el art. 8.2 de la *Ley Orgánica de Libertad Sindical*[831] (en adelante LOLS). En esta Era Digital y de amplio acceso a herramientas digitales, esas iniciativas resultan más eficientes (en términos de comunicación y expresividad de la información) y directas y menos costosas en cualquier actividad laboral, sea remota o presencial. La concreción de ese tablón virtual de anuncios se puede operar por diversos medios, como una página en internet o intranet, un software o programa propio, comunidades o grupos de transmisión en aplicaciones de mensajería instantánea, etc.

Desde otra perspectiva, la nueva regulación suscita algunas dudas en cuanto a la implantación de esa obligación empresarial, especialmente en lo que se refiere a eventuales factores condicionantes, como, por ejemplo, los que puedan resultar en aumento de gastos para el empleador, contradiciendo la premisa establecida en el precedente constitucional aludido. PASTOR MARTÍNEZ responde a este cuestionamiento:

> En nuestra opinión, el derecho debe ser aplicado ahora en los términos y condiciones prescritos legalmente. Unas condiciones entre las que figuran exclusivamente la finalidad, un amplio «desarrollo de su actividad representativa» y respecto a la implantación del tablón virtual, una exigencia de que ello se produzca «cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia» que cabría reconducir a la exigencia de que la utilización de los medios empresariales no perjudique su uso empresarial, pero sin que de ello quepa deducir ni la prevalencia del fin productivo ni la imposibilidad pueda suponer gravámenes adicionales o que la empresa pueda predeterminar las condiciones de utilización para fines sindicales. (...) No supone ello, por contra, que estemos ante un derecho incondicionado o ilimitado, por cuanto la norma prevé que los mismos deberán ser «precisos», necesarios, para el desarrollo de la actividad representativa.[832]

[830] Artículo 81. Locales y tablón de anuncios.
En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios. La representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

[831] ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 11/1985*, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE núm. 189, de 08/08/1985). Artículo octavo. (...) 2. Sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo, las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos: a) Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores.(...).

[832] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 117.

La parte final del art. 19.2 establece una salvedad que consiste en la compatibilidad de esa herramienta (*tablón virtual*) con la prestación del trabajo a distancia. Esta previsión, empero, no parece tener mucho sentido, puesto que la tecnología forma parte de la esencia y es un presupuesto del trabajo digital, por lo cual es dificultoso imaginar una incompatibilidad. Seguramente se trató de una válvula de escape para una eventual situación extraordinaria o imprevisible o de una referencia al trabajo a distancia no tecnológico[833] (realizado sin el uso prevalente de medios y sistemas informáticos que caracterizan el teletrabajo), como el correspondiente a la vieja figura del trabajo a domicilio.

También se destaca el segundo párrafo del art. 19.2, que establece la obligación (no obstante la laguna textual, se subentiende que del empleador) de no crear obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, en sentido similar al precedente constitucional mencionado, que imputó al empresario la obligación de no obstruir, injustificada o arbitrariamente, el ejercicio del derecho de comunicación y transmisión de la información sindical, derecho que integra el contenido del derecho constitucional de libertad sindical. En esta línea de raciocinio, cabe señalar, por ejemplo, que hay precedentes judiciales que reconocen como conducta antisindical la negativa injustificada de la empresa en cuanto al uso del correo electrónico ya existente para fines sindicales cuando ese uso no perjudique el funcionamiento normal de las actividades.[834] De acuerdo a PASTOR MARTÍNEZ, ese segundo párrafo no establece una obligación de proporcionar el medio, pero sí la de eliminar obstáculos, poniendo al empleador en la posición de garantizador y no en la de proveedor de los medios. [835]

Por lo tanto, el art. 19.2 de la LTD innova en el ordenamiento jurídico al establecer la obligación empresarial de facilitar el acceso, la información y la comunicación electrónica para el desarrollo de las actividades representativas entre los trabajadores a distancia, ya sea por correo electrónico, tablón virtual y/u otros sistemas y herramientas digitales, en espacios seguros y libres de la injerencia empresarial, lo que, hasta entonces, no estaba previsto en las regulaciones ordinarias como el ET y la LOLS no obstante el notorio avance de las TIC en la sociedad.[836] La LTD, incluso, supera la lógica de mera abstención basada en la doctrina constitucional y judicial para poner al empleador "(...) en una situación

[833] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 289.
[834] *Idem*, p. 276 y 285.
[835] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 118.
[836] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 345.

'proactiva' o prestacional y de la que resultan beneficiarios tanto la representación unitaria como la sindical."[837]

Como consecuencia de esa nueva regulación, cabrá a la empresa justificar y comprobar los motivos de una eventual negativa de acceso a determinados medios y herramientas necesarias al ejercicio de las funciones representativas, además de respetar el sigilo de las comunicaciones realizadas entre sindicato y representados, constitucionalmente protegidas (art. 18 de la CE). Así, está prohibido cualquier tipo de acceso, monitoreo y almacenamiento de los datos y mensajes, aun cuando se hayan utilizado los medios puestos a disposición por la empresa, ante la prevalencia del sigilo y de la libertad sindical frente al poder directivo y al derecho de propiedad.

De hecho, llama la atención la expresión amplia adoptada en el dispositivo (*los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa*), que abarca el ejercicio de todas las actividades, atribuciones, garantías y prerrogativas aseguradas por ley a los representantes sindicales y unitarios, además de contemplar una cláusula abierta que permite la adopción de otras medidas concretas —además de las previstas en la LTD— aptas a asegurar el desarrollo de la actividad representativa en el entorno digital.[838] Por otra parte, esa expresión limita el deber empresarial a los medios *necesarios* —exigiéndose, así, la demostración de la necesidad—, así como restringe el uso de dichos instrumentos exclusivamente para información de naturaleza sindical y laboral, quedando prohibida su utilización para otras finalidades. Además, la garantía de acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas conlleva un deber de confidencialidad y protección de los datos recibidos por los destinatarios, que deberán velar por su contenido y por el uso racional y restringido de los datos e información para las actividades sindicales y representativas.

De cualquier manera, la representación colectiva de los trabajadores necesita adaptarse a la realidad digital y del teletrabajo, pasando a utilizar a su favor las diversas herramientas digitales disponibles. Por ejemplo, las representaciones y sindicatos pueden adoptar canales electrónicos de comunicación y representación (incluyendo el correo electrónico de la empresa), poner a disposición páginas en internet y en la intranet, mantener tablones virtuales de avisos y noticias, crear grupos de comunicación en aplicaciones de mensajería instantánea, promover asambleas y elecciones de forma remota, en línea y por videoconferencia, con votación electrónica, entre otros. Iniciativas para las cuales habrá un

[837] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 113.
[838] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 284 y 289.

deber de colaboración por el empleador, que no podrá dificultar u obstaculizar, de forma injustificada, las medidas y acciones de representación colectiva en el ambiente virtual.

Por último, el art. 19.3 de la LTD garantiza el derecho de participación efectiva del teletrabajador en las actividades sindicales y colectivas, una vez más conjugando una cláusula general e indeterminada —que abarca implícitamente el derecho de reunión previsto en el ET (capítulo II del segundo título)— con una referencia específica a la comparecencia presencial para ejercer el derecho de voto en las elecciones sindicales, realizadas en el centro o lugar de trabajo durante el período de la jornada. Se trata de una garantía que, no obstante, no contempla la indicación expresa de los sujetos obligados, ya que, una vez más, el texto legal utiliza la expresión *deberá garantizarse*, la cual, en este caso, no pareciera referirse solo al empleador, habida cuenta de su potencial de abarcar a todos los sujetos involucrados y que promuevan las actividades a las que se refiere el dispositivo legal.[839]

Al comentarlo, LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ y RON LATAS afirman que la norma no obliga a la empresa a poner a disposición los medios ni a cubrir los costos del desplazamiento necesario para participar en las elecciones sindicales presenciales, compitiendo a la empresa solo permitir el efectivo desplazamiento y comparecencia del teletrabajador, durante su jornada, en el lugar de votación, salvo si existe otro arreglo que se haya establecido en negociación colectiva. Los autores también critican, con acierto, la exigencia de comparecencia presencial para votar en la representación de los trabajadores, sin ninguna previsión de un posible voto electrónico, por correo o telemático, que sería más sensato y coherente en tiempos digitales.[840]

En la misma línea de raciocinio, ALFONSO MELLADO critica tanto la LTD, por no avanzar en la temática de la realización de elecciones por medios telemáticos, como los propios convenios colectivos existentes, que tampoco suelen regular la posibilidad de un proceso electoral telematizado. El autor recuerda un precedente judicial de Madrid que había validado un sistema de elección telemática, siempre y cuando se preservara el voto libre, secreto y personal, ya que no hay prohibición legal para un sistema de votación de ese tipo.[841] HERAS GARCÍA adhiere a la crítica, realzando que la nueva ley podría haber modernizado ese instituto para permitir tanto el voto presencial como el virtual, ya que el primero podrá acarrear algunas dificultades en el contexto del trabajo a distancia.[842] Siguiendo la misma línea de raciocinio,

[839] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 119.
[840] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 293-4.
[841] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 352.
[842] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 120.

PASTOR MARTÍNEZ afirma que el precepto legal no debe ser interpretado como un obstáculo para la realización de elecciones por medios telemáticos, los cuales constituyen una realidad cada vez más presente en el día a día laboral, por lo cual se deben fomentar y facilitar, siempre y cuando se resguarden las garantías legales.[843]

De hecho, en la actual sociedad tecnológica, con diversas herramientas accesibles y amplias posibilidades digitales, no tiene sentido restringir los procesos electorales a la modalidad presencial, cuyas limitaciones conllevan la disminución del número de participantes. Hay una necesidad apremiante de consolidación de los procesos electorales virtuales en el ámbito sindical, en sistemas confiables y transparentes, siempre y cuando se asegure el voto personal, directo y secreto. Y más: ese raciocinio se puede extender al derecho de reunión como un todo, como una medida de equiparación con el trabajo presencial. En último caso, si no es viable la utilización de medios electrónicos, aun así es necesario adaptar la votación presencial para que se realice en más de una localidad, mediante institutos como las mesas electorales itinerantes o la votación por correo, ya previstos en la actual legislación (arts. 7º y 10º del *RD nº 1844/1994*) con vistas a simplificar y facilitar la votación para los trabajadores a distancia, repartidos por diversas zonas geográficas.

Además del art. 19 (con sus tres apartados), la LTD prevé la actuación de la representación de los trabajadores en diversos otros dispositivos anteriormente analizados, como la entrega de copia del acuerdo de teletrabajo y sus modificaciones (arts. 6º y 8º), en la participación en el proceso de elaboración de las instrucciones establecidas por la empresa en materia de protección y datos y de seguridad de la información (arts. 7º y 20), en la información sobre los puestos de trabajo presencial vacantes a fines de observar la prioridad legal (art. 8.2), en la elaboración de los criterios de utilización de los dispositivos digitales (art. 17) y en la elaboración de la política interna de la empresa con respecto al derecho a la desconexión y acciones formativas (art. 18.2), aunque no siempre haya quedado claro si corresponde al derecho de información, consulta o negociación. De cualquier manera, todas las normas refuerzan la importancia de la acción colectiva en la implantación y ejecución del trabajo a distancia de una forma que permita resguardar los derechos de los trabajadores en el contexto de esa modalidad laboral en aras de la efectiva equiparación de derechos preconizada por ley.

A despecho del completo silencio de la norma brasileña sobre teletrabajo en lo que concierne a las relevantes cuestiones debatidas en este trabajo, como las relativas a la igualdad de trato y a los mecanismos de representación colectiva (exceptuándose el art. 75-B,

[843] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 119.

§7º, de la CLT, analizado anteriormente), se deben aplicar los mandamientos y particularidades retratados en esta sección, puesto que las reglas analizadas tienen origen y fundamento en el principio de la libertad sindical, garantizado constitucionalmente como un derecho fundamental de los trabajadores brasileños (art. 8º, *caput*), de aplicación directa e inmediata (art. 5º, §1º).

2.8.3 Negociación colectiva

La negociación colectiva constituye uno de los principales derechos colectivos debido a su importancia en la regulación complementaria, dinámica y específica, del trabajo a distancia, pero que, de la misma forma, impone algunos ajustes y una adecuada modulación a la realidad del trabajo a distancia para hacerse efectiva y, sobre todo, que se respeten los cánones de la libertad sindical.

Sobre la negociación colectiva, la *Ley nº 10/2021* establece, en su disposición adicional primera:

> **Disposición adicional primera. El trabajo a distancia en la negociación colectiva.**
>
> 1. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular.
>
> 2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.

La falta de normas con respecto a la distribución de materias sobre teletrabajo entre las unidades de negociación permite una amplia libertad para la negociación colectiva en los diversos niveles y contenidos aunque la realidad haya puesto en evidencia que hay pocos convenios colectivos que dispongan sobre el tema, el cual se encuentra más comúnmente en acuerdos específicos con empresas.[844] La propia LTD alterna expresiones como “negociación colectiva” y “convenios o acuerdos colectivos”, lo que permite cuestionar si serían situaciones diferentes a partir del uso técnico de cada expresión o si se utilizaron solo como expresiones

[844] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 263-4.

sinónimas, lo que parece suceder debido a la falta de criterios específicos en cuanto al empleo de esas locuciones a lo largo del texto legal.[845]

En esa misma línea de raciocinio, PASTOR MARTÍNEZ afirma que la D.A.1ª "(...) efectúa un llamamiento para que la negociación colectiva, en sentido amplio, comprendiendo expresamente a los convenios y acuerdos colectivos, y sin distinción de niveles (...)".[846] A pesar de que en la norma no hay restricciones, se comparte el entendimiento de que el trabajo a distancia, por su relevancia, debería integrar la negociación colectiva estatutaria, de ámbito sectorial, unificando y homogeneizando las condiciones laborales de las personas trabajadoras a distancia, sin perjuicio de la utilización de convenios y acuerdos colectivos de menor ámbito para concretar aspectos específicos de determinada empresa, como las funciones y el entorno organizacional y tecnológico de la empresa.[847] De hecho, sobre la identificación de los puestos de trabajo, se ha observado que muchos convenios optan por listar solo las actividades incompatibles con el teletrabajo —como la atención al público—, excluyéndose esos puestos de trabajo específicos de forma tal que todos los demás queden comprendidos en el régimen de teletrabajo.[848]

Además de enfatizar algunos temas, la LTD establece una cláusula abierta para la regulación complementaria del trabajo a distancia por negociación colectiva, al disponer que los convenios y acuerdos colectivos podrán establecer *cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular* (primer apartado de la D.A.1ª, *in fine*). Esta previsión, sumada a las diversas otras alusiones normativas a la negociación colectiva, permite concluir que el legislador español hace un llamado a la negociación colectiva en materia de teletrabajo. Incluso porque, si esa cláusula no existiera, aun así persistiría la libertad de concertación vía negociación colectiva, por lo cual la previsión revela la intención del legislador de remitir a la autonomía colectiva la regulación específica del trabajo a distancia, sin la cual ese instituto no estaría totalmente normatizado.[849] Desde esta perspectiva, recordamos la Directiva (UE) 2024/2831 sobre plataformas digitales, que fomenta el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en el trabajo en las plataformas digitales (art. 25).

Sin embargo, sin descuidar esa relevante función atribuida a la negociación colectiva, aun así se debe indagar sobre los límites de la vía de negociación autónoma en la

[845] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 34-5.
[846] PASTOR MARTÍNEZ, op. cit., p. 105-6.
[847] GARCÍA, Ana García. *Una apuesta por la capacidad transformadora del derecho del trabajo: el Real Decreto-ley 28/202, de trabajo a distancia como instrumento contra la despoblación.* In: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 448.
[848] ALFONSO MELLADO, op. cit., p. 277.
[849] GARCÍA, op. cit., p. 447.

regulación del trabajo a distancia, incluso por los riesgos asociados a un panorama de ausencia de legislación estatal en algunas cuestiones cruciales, como se ponderó anteriormente. Así, sobre el contenido de la negociación colectiva en el trabajo a distancia, existen dos límites importantes que se deben evaluar: *(i)* la autonomía individual, esto es, materias que pueden ser disciplinadas de forma distinta en pactos individuales; y *(ii)* las prohibiciones legales, o sea, cuestiones que no pueden ser objeto de negociación colectiva o que deben respetar las disposiciones legales mínimas.

En lo que concierne al primer punto, relativo a la autonomía individual, las disposiciones de la LTD parecen seguir la norma general de las fuentes normativas (art. 3º, *c*, del ET), que no permite pactos individuales para establecer condiciones menos favorables a los trabajadores o que contradigan disposiciones legales o colectivas.[850] En este sentido, por ejemplo, el art. 7º de la *Ley nº 10/2021*, al establecer el contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos (...)".O, aun, el art. 5º de la LTD, que garantiza la voluntariedad como presupuesto del trabajo a distancia, salvo el reconocimiento, por negociación colectiva, del derecho a esa modalidad laboral. Lo mismo sucede en el art. 12, que no permite atribuir al trabajador los gastos con equipos y herramientas necesarios al teletrabajo, cabiendo a la negociación colectiva establecer los mecanismos y procedimientos para el abono y compensación de esos gastos.

En la experiencia brasileña, la norma sobre teletrabajo no hace referencia expresa a los límites de la autonomía individual. Al contrario, buena parte de los temas previstos en el capítulo del teletrabajo fueron, justamente, remitidos a acuerdos individuales, como ya se ha mencionado, lo que no impide la negociación colectiva sobre esas materias, que tiende a prevalecer por su habitual condición de normas más favorables al trabajador. Así, la negociación colectiva cumplirá un papel relevante en la gestión de los temas sometidos a la negociación individual por la ley, como fuerza intermedia y supervisora de las relaciones de trabajo, habida cuenta del paradigma de la búsqueda constante de mejora de la condición social de los trabajadores.

En lo que concierne al segundo aspecto, o sea, a la relación entre las normas colectivas y las normas legales en materia de teletrabajo, en especial en cuanto a los límites impuestos a la negociación colectiva, la *Ley nº 10/2021* no establece ningún criterio claro o

[850] RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, TODOLÍ SIGNES [et.al.], op. cit., p. 36.

regla estándar, lo que remite a la necesidad de un examen individualizado por materia involucrada.

LOUSADA AROCHENA critica la redacción utilizada en la disposición adicional primera, al dividir los temas en dos apartados, cada uno con expresiones diversas ("establecer" y "regular"), sin especificar ninguna distinción eventual entre cada materia o aun una eventual relación de complementariedad (ley como un marco general) o suplemento (la ley fija un contenido mínimo) entre la ley y la negociación colectiva.[851] Al examinar las situaciones en las que se utilizan esas expresiones, la norma parece adoptar la complementariedad como regla, permitiendo una regulación negociada más específica (sectorial, local, por empresa, etc.), con algunos casos en los que se puede inferir un carácter suplementario, como el ejemplo de la jornada (art. 13). Recuérdese que el ítem IV de la exposición de motivos de la LTD (transcrito anteriormente) hace una alusión expresa al papel de la negociación colectiva para *completar* la normativa aplicable, locución que revela una idea de mejora y de agregado de las partes faltantes para concluir algo. Así, se infiere que las normas autónomas deben servir para mejorar y perfeccionar los parámetros legales del trabajo a distancia.

CASAS BAAMONDE discurre sobre los límites de la negociación colectiva en el trabajo a distancia:

> El derecho necesario se manifiesta en la configuración normativa estructural no disponible del teletrabajo (carácter regular, elección del lugar de trabajo por el trabajador, voluntariedad, reversibilidad, igualdad de trato con el trabajo presencial, acuerdo de trabajo a distancia, obligaciones formales) y en mandatos imperativos (limitaciones del teletrabajo en los contratos de trabajo de los menores; no asunción por los trabajadores de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios del teletrabajo).[852]

La autora también menciona las normas legales de disponibilidad relativa, como el porcentaje del 30% de la jornada para la caracterización del teletrabajo regular, el contenido mínimo del acuerdo individual de teletrabajo y los criterios de utilización de los dispositivos legales con observancia de los estándares mínimos de protección a la intimidad.[853] De cualquier manera, no habiendo disposiciones especiales, la negociación colectiva en el trabajo a distancia observará el canon de la primacía de la ley, en especial de las normas constitucionales, inherente a cualquier convenio colectivo.

En Brasil, como se mencionó anteriormente, la *Ley nº 13.467/2017* incorporó el art. 611-A de la CLT para determinar la prevalencia de la negociación colectiva sobre la ley

[851] LOUSADA AROCHENA, PAZOS PÉREZ, RON LATAS, op. cit., p. 56-7.
[852] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.
[853] *Ibidem.*

en lo concerniente a la regulación del teletrabajo (inc. VIII). Esta previsión, sin embargo, se debe analizar e interpretar en el conjunto y en armonía con las demás normas que integran el sistema jurídico, dándose especial relieve a los principios y normas constitucionales, observándose sus diversos niveles de jerarquía de forma tal que se garantice, al final, la coherencia, la unidad y la efectividad del ordenamiento jurídico. A partir de ese sesgo, se verifica que el art. 611-A, VIII, de la CLT edifica un notable incentivo a la regulación complementaria por la vía colectiva, pero que, igualmente, encuentra algunos límites legales, no pudiéndoselo invocar para promover la mera renuncia o flexibilización del patrón normativo (mínimo) previsto en ley.

Esto se debe a que la negociación colectiva en el teletrabajo deberá observar los mismos límites generales establecidos por el ordenamiento jurídico brasileño a la negociación colectiva, empezando por la *Constitución Federal* brasileña de 1988, que, en su art. 7º, *caput*, al listar una serie de derechos laborales (fundamentales), entre ellos el de la propia negociación colectiva (inc. XXVI y art. 8º, VI), también estableció una barrera o cláusula de no retroceso, solo admitiendo otros derechos sino aquellos que "apunten a la mejora de su condición social" (traducción propia). De esa forma, se consolidó como regla que el espacio de actuación de las normas colectivas —autónomas— no puede alcanzar ni reducir el patrón normativo heterónomo, lo que se ha retratado con la denominación de principio de adecuación sectorial negociada, propuesto por DELGADO[854], con amplia —aunque no completa— aceptación doctrinaria y jurisprudencial.

Como resultado de la adecuación sectorial, la negociación colectiva prevalecerá sobre la legislación estatal cuando: *(i)* implemente un patrón sectorial de derechos superior al nivel legal; o *(ii)* negocie porciones laborales de indisponibilidad solo relativa —jamás de indisponibilidad absoluta[855]—, ya sea en razón de la naturaleza de la porción (por ejemplo, la modalidad de pago salarial o de provisión de utilidades), ya sea en razón de la existencia de un permiso legal (como las normas constitucionales que autorizan la reducción salarial en el art. 7º, VI, o el ajuste de la jornada en art. 7º, XIII).[856] Aun en esos casos, no se

[854] DELGADO, op. cit., p. 1533-1537.

[855] Son los derechos que revelan acentuado interés público y conforman un nivel civilizatorio mínimo (heterónomo) que no se podrá reducir sin que eso implique dañar valores fundamentales de la sociedad, como los de la dignidad de la persona humana y la valoración social del trabajo (que incluye, por supuesto, los derechos laborales, la previsión de un salario mínimo y preceptos sobre la salud y seguridad laborales). [DELGADO, op. cit., p. 1533-1537].

[856] Art. 7º Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que apunten a la mejora de su condición social: (...) VI – irreductibilidad del salario, salvo lo dispuesto en convenio o acuerdo colectivo; (...) XIII – duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, facultada la compensación de horarios y la reducción de la jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo. (traducción propia)

admite la mera renuncia, sino solo la transacción, lo que presupone una contrapartida en la negociación.[857]

Por último, a lo largo de esta investigación fue posible observar una infinidad de materias y cuestiones relacionadas al teletrabajo que pueden —e incluso deben— ser reguladas y complementadas por la vía de la negociación colectiva, tanto con respecto a temas expresamente referidos por ley (no sería exagerado afirmar que la LTD evoca la negociación colectiva en prácticamente todos sus puntos) como para otros temas pertinentes, aun cuando no estén mencionados expresamente por la norma especial.

Además de las materias expresamente listadas en la D.A.1ª de la LTD (supra), CASAS BAAMONDE enumera diversas materias sujetas a la negociación colectiva de acuerdo con la *Ley nº 10/2021*, a saber:

> (...) reconocer el derecho al teletrabajo; regular los términos del ejercicio de la reversibilidad desde el teletrabajo hacia el presencial, lo que, en su defecto, corresponde fijar al acuerdo individual de trabajo a distancia; fijar el contenido de los acuerdos de trabajo a distancia observado el mínimo legal obligatorio, pudiendo también actuar sobre ese mínimo legal obligatorio; determinar los mecanismos y criterios de modificación del trabajo presencial en teletrabajo o viceversa y ordenar las preferencias y prioridades legales para ocupar unos u otros puestos de trabajo, evitando la perpetuación de roles y estereotipos de género y fomentando la corresponsabilidad entre mujeres y hombres; prever los términos en que ha de concretarse el derecho de los teletrabajadores a la dotación suficiente y al mantenimiento de medios, equipos y herramientas; establecer el sistema de determinación y abono empresarial de los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios del teletrabajo; disponer la flexibilización del horario; definir el registro horario; decidir los términos del uso personal por los trabajadores de los equipos informáticos empresariales puestos a su disposición por la empresa; acordar las medidas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión y los tiempos de descanso en la organización de la jornada; precisar los medios que aseguren los derechos colectivos, y especificar las condiciones de uso y conservación de los equipos informáticos empresariales.[858]

Un tema con gran potencial para la negociación colectiva es el relativo a la conciliación entre la vida personal y familiar y la profesional, un derecho previsto en el art. 34.8 del ET, pero que abarca múltiples escenarios y medidas que se pueden adoptar, con impactos en la organización del trabajo. De la misma forma, el derecho a la desconexión, visto anteriormente, en la parte en la que se abordaron los principios del trabajo a distancia, habida cuenta del énfasis atribuido por el legislador español a la negociación colectiva como instrumento adecuado para establecer los medios y medidas eficaces —y ajustadas a un sector o empresa— para el cumplimiento y concreción de ese derecho fundamental. Lo mismo ocurre

[857] DELGADO, op. cit., p. 1533-1537.
[858] CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 1413-1435.

en lo que concierne a la implantación del régimen de horario flexible (art. 13 de la LTD) y sobre el registro de horario (art. 14 de la LTD). También es posible observar un papel relevante de la negociación colectiva en cuestiones económicas, como la provisión de infraestructura, medios y equipos necesarios al trabajo a distancia, así como en la definición de ayudas, reembolsos y compensación de gastos. Lo mismo se puede decir en cuanto a los requisitos formales del acuerdo de trabajo a distancia, cuyo contenido obligatorio se podrá ampliar mediante norma colectiva (art. 7º de la LTD), así como en la fijación de las condiciones e instrucciones de uso y conversión de equipos y herramientas informáticas (art. 21 de la LTD).

Por otro lado, anteriormente se constató una escasez regulatoria en lo relativo a las facultades empresariales, de organización, control y dirección, tema que se debe incorporar al orden del día de las negociaciones colectivas, habida cuenta del potencial invasivo e intrusivo de las nuevas tecnologías en el ambiente de trabajo o aun en la esfera personal y familiar del trabajador. La propia LTD hace una remisión expresa a la negociación colectiva para resguardar el derecho a la intimidad y a la protección de datos, especialmente en lo relacionado con el uso de dispositivos electrónicos (art. 17), así como lo hace la LOPD (art. 91), aunque, en la práctica, los convenios colectivos no hayan abordado esta materia o lo hayan hecho de modo genérico y abstracto, como se mencionó anteriormente.

Otro tema importante dice respecto al ejercicio de la reversibilidad (visto en la parte del principio de la voluntariedad), ya que la ley se ha mostrado bastante sucinta en la materia, sin prever criterios, procedimientos, plazos o excepciones. Como lo refieren GÓMEZ GORDILLO et al., la intervención de la negociación colectiva contempla tres cuestiones: *(i)* la facultad de convertir el teletrabajo en derechos de los teletrabajadores; *(ii)* las condiciones y procedimientos para solicitar el teletrabajo; y *(iii)* las condiciones de modificación, suspensión o revocación del teletrabajo.[859] Así, la negociación colectiva permite una regulación más equilibrada de ese derecho, incluso desde una perspectiva procedimental, lo que no se encontrará en el mero arreglo individual —muchas veces, por adhesión— del acuerdo de teletrabajo, que prevalecerá en el caso de ausencia de normas colectivas.

En especial, la negociación colectiva puede establecer preferencias para el acceso o reversión al teletrabajo para determinados grupos de trabajadores apuntando a resguardar la formación profesional, la diversidad y el pluriempleo o, aun, a evitar la perpetuación de papeles y estereotipos de género, como previsto en el art. 8.3 de la LTD, que así dispone:

[859] GÓMES GORDILLO, op. cit., p. 269.

> 3. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente Ley.
>
> En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa.

Además, hay temas sin remisión legal expresa a la negociación colectiva, pero que tienen un gran potencial regulatorio por esa vía, ya sea para ampliar o perfeccionar el contenido de los derechos reconocidos a los trabajadores a distancia o para establecer los trámites y procedimientos adecuados. Por ejemplo, es el caso de la formación y promoción profesional (arts. 9 y 10 de la LTD); de los criterios objetivos de acceso al teletrabajo; de los procedimientos y mecanismos de solución de conflictos; de la extensión de derechos para el trabajo a distancia no regular; de las medidas para prevenir el aislamiento del teletrabajador; entre otros.

Tratándose de negociación colectiva, resulta oportuno traer a colación el derecho de huelga como mecanismo principal y esencial de presión de la clase trabajadora para atender a sus anhelos y reivindicaciones. Ni la LTD ni el capítulo de teletrabajo en la CLT abordan el derecho de huelga en el trabajo a distancia, el cual, no obstante, se debe garantizar a los teletrabajadores, como corolario de la igualdad en derechos y de la equiparación de las condiciones laborales, especialmente por tratarse de un derecho constitucional (art. 28 de la *Constitución* española y art. 9º de la *Constitución* brasileña), regulado por ley (en España, el *RDL nº 17/1977*; en Brasil, la *Ley nº 7.783/89*).

Sin embargo, el derecho de huelga es uno de los derechos colectivos más afectados en el trabajo a distancia, con peculiaridades que se deberían haber contemplado en la regulación específica, puesto que, siendo una actividad y un movimiento naturalmente presencial y colectivo, la distancia física y el aislamiento del teletrabajador imponen severas dificultades y la necesidad de adaptaciones para que se garantice, en la práctica, el pleno ejercicio de ese derecho. Por ejemplo, el teletrabajador podrá ejercer su derecho de huelga de forma presencial (desplazándose hasta el respectivo centro de trabajo) o virtualmente. En ambos casos, será imprescindible que comunique a la empresa su adhesión al movimiento de paralización de las actividades (a diferencia de lo que ocurre con el trabajo presencial) y la

suspensión de la actividad laboral, sobre todo en el caso de quienes trabajan sin jornada fija o con horarios flexibles.

También es creciente la utilización de dispositivos digitales de comunicación para el ejercicio del derecho de huelga. Actualmente, en especial tras la experiencia de confinamiento y distanciamiento social por motivos sanitarios en la reciente pandemia de la Covid-19, se consolidó la llamada huelga virtual o telemática, realizada a distancia por medios digitales, con medidas como piquetes y asambleas virtuales, que pasaron a reemplazar la histórica presencia y presión física de los trabajadores en el centro de trabajo, implicando menores costos, pero fuerte potencial de repercusión. En las palabras de HERAS GARCÍA:

> Como todas las personas trabajadoras, también las trabajadoras a distancia huelguistas hoy en día cuentan con más medios para convencer al resto de personas empleadas de su seguimiento e incluso para lograr un amplio apoyo social, como es la creación de páginas web con todos los detalles del conflicto, el uso de las redes sociales…, buscando su repercusión mediática. Estas nuevas formas de exteriorización del conflicto laboral es probable que terminen relegando las medidas clásicas de manifestación del conflicto.[860]

Otra especificidad dice respecto a la sustitución de los huelguistas, prohibida por ley —excepto en las hipótesis previstas en ley—[861], pero cuyas posibilidades se ampliaron en el trabajo a distancia, volviéndose más difícil realizar ese control, que demandará algún tipo de monitoreo de la conexión o del acceso a sistemas por trabajadores a distancia durante el período de huelga. El avance tecnológico ha permitido, incluso, la utilización de máquinas y sistemas por parte de la empresa para suplir el trabajo de huelguistas, fenómeno conocido como *esquirolaje tecnológico* y validado por el Tribunal Constitucional (*STC nº 17/2017*), como referencia al uso empresarial por medios técnicos y tecnológicos ya disponibles para la empresa para continuar su actividad productiva durante una huelga, sin modificar la actividad habitual de los trabajadores no huelguistas.[862]

Así, en la actualidad del trabajo digital, la empresa tiene mayor facilidad para reemplazar a un teletrabajador huelguista por otro teletrabajador o, aun, para utilizar a trabajadores a distancia de otras localidades o centros para suplir los servicios paralizados de los trabajadores huelguistas (presenciales y remotos) de determinada región. Esto exigirá una reformulación de ese instituto y la utilización de nuevos expedientes de control y monitoreo de

[860] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 145.
[861] RDL 17/1977. Art. 6.5. En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo.
[862] HERAS GARCÍA, op. cit., p. 150.

las actividades, además de un mayor cuidado por parte de los organizadores, representaciones y sindicatos, para no frustrar el movimiento de huelga.

En suma, sin olvidar la importancia y significado de las garantías establecidas por ley, no caben dudas de que la negociación colectiva tiene un papel crucial en la regulación complementaria, dinámica y específica, del trabajo a distancia, capaz de acomodar las singularidades y atenuar las dificultades inherentes a esa forma de trabajar —incluso en lo que concierne al ejercicio de los derechos colectivos— de forma tal que permita preservar la equidad de las relaciones laborales más allá de que el trabajo se realice presencial o virtualmente. Y, a pesar de los desafíos impuestos por el teletrabajo y por las nuevas tecnologías y realidades sociolaborales al sindicalismo, igualmente conllevan oportunidades para la modernización, la innovación y la reedificación del movimiento sindical, con un sinfín de posibilidades de rescate y fortalecimiento de la solidaridad social y de actuación de las entidades sindicales.

Para terminar, y como se adelantó desde el comienzo de este trabajo, el art. 19 de la LTD se encuadra como una norma no intrínsecamente digital, ya que no está directamente relacionado al uso de la tecnología, sino que apunta a tutelar y adaptar las cuestiones relativas al lugar de trabajo y a la distancia física del trabajador en el encuadramiento y ejercicio de los derechos colectivos.

CONCLUSIONES

El fenómeno de la digitalización del trabajo consiste en la significativa influencia de la tecnología y de las herramientas digitales en la actividad laboral y en la organización del trabajo. Incluso ante los incesantes avances tecnológicos, el trabajo perdura como base de las sociedades democráticas y como un aspecto esencial de la vida humana moderna. La presente investigación está centrada en estos dos elementos fundamentales del presente y del futuro: el trabajo y la tecnología.

Una temática tan amplia, polifacética y compleja impone recortes necesarios. En este estudio, en el que se buscó ahondar en los efectos de la digitalización en el trabajo en sentido amplio, se eligieron dos temas que representan verdaderos pilares del Derecho del Trabajo contemporáneo: el análisis de los elementos de la relación de empleo en el contexto de la sociedad digital y de sus nuevas realidades sociolaborales (capítulo 2); y el régimen jurídico del trabajo digital, con énfasis en los aspectos relacionados a la ejecución del contrato y al ejercicio de la actividad laboral en este mundo digitalizado (capítulo 3). Para eso, se analizaron las normas españolas y las brasileñas que rigen el trabajo contemporáneo digitalizado, con el ánimo de reunir lo que denominamos régimen jurídico del trabajo digital.

Para alcanzar este objetivo, esta tesis se divide en tres capítulos.

En el primer capítulo se retrataron las transformaciones en el trabajo y en la organización de la actividad productiva a partir del desarrollo tecnológico y de las numerosas herramientas digitales que están presentes en la vida diaria contemporánea. La comprensión acerca del funcionamiento y de la intervención de tecnologías como la robótica, la inteligencia artificial, los algoritmos y las plataformas digitales son fundamentales para contextualizar el trabajo en ese escenario disruptivo de transición digital, ecológica (con los respectivos cambios climáticos), demográfica y económica.

Sobre la intersección entre trabajo y tecnología, se establecieron estas premisas: *(i)* el trabajo siempre ha existido y seguirá existiendo, con sus transformaciones y mutaciones y, en ese contexto, el desarrollo tecnológico refuerza la importancia y el papel de las personas y de sus cualidades esenciales; *(ii)* el futuro (de la tecnología y de los cambios ocasionados por el avance tecnológico) no es algo dado o predeterminado, sino construido a partir de decisiones humanas (políticas, sociales, económicas) que moldean el uso y aprovechamiento del progreso tecnológico y definen el papel del trabajo en esta realidad; y *(iii)* las nuevas tecnologías son una transformación positiva para la sociedad si se las utiliza con ética y responsabilidad, visto que tienen potencial para mejorar las condiciones de vida de las

personas; sin embargo, demandan una comprensión crítica, actualizada e integrativa y humanizada, sobre todo con respecto al trabajo en el actual panorama cibernético.

Las nuevas tecnologías, en especial la robótica, la inteligencia artificial y los algoritmos —los vectores más significativos y disruptivos de la tecnología moderna—, producirán un impacto cada vez mayor en el mundo del trabajo y en los modelos de negocio, afectando, en general, la vida diaria de las personas y de la sociedad, que enfrenta dificultades en los más variados espectros, como en materia laboral, previsional, económica, ambiental, educativa, cultural, ética, etc. En el ámbito laboral, se exige una mejor simbiosis entre máquinas y trabajadores, basada en la prevalencia del control y de la autonomía humana, de la transparencia y de la responsabilización, de forma tal que la tecnología se utilice para mejorar la productividad y el ambiente de trabajo, colaborando para la prevención de riesgos, la promoción de la equidad y la eliminación de las condiciones perjudiciales de trabajo. Más allá de la preocupación histórica con la decadencia y la obsolescencia de puestos de trabajo, el uso de la inteligencia artificial y de los algoritmos en el ámbito laboral desencadenó otro problema, relacionado con el aumento exacerbado del uso de esas herramientas para la dirección y gestión del trabajo, sobre todo para el control, la vigilancia y la supervisión automatizada de los trabajadores, lo cual choca frontalmente con muchos institutos laborales clásicos y con derechos fundamentales.

El modelo de las plataformas digitales —especialmente las de prestación de servicios— es paradigmático en cuanto al uso de esas herramientas y de inéditas formas de organización y gestión de la actividad productiva y del trabajo, que revela un nuevo ciclo moderno, profundizado e impetuoso, del proceso de descentralización productiva, anclado en la ultrafragmentación del trabajo y en las contrataciones por demanda (intermitentes), mediadas por la tecnología. Desde la óptica del trabajador, ese arquetipo resulta en un trabajo realizado personalmente y de forma continua, subsecuente e incesante, muchas veces durante extensas jornadas, bajo la dirección de la plataforma. Son empresas que logran proveer servicios a precios más bajos que los del mercado y que, así, atraen la adhesión masiva de consumidores no solo en virtud de la tecnología, sino sobre todo por eliminar y externalizar costos y estructuras al extremo de impedir la competencia fuera de ese formato de negocio. En el ámbito laboral, constituye un modelo con notoria concentración de control sobre todos los aspectos del trabajo, pero con reparto de responsabilidades y riesgos, lo cual impone desafíos económicos, jurídicos, éticos y sociales.

Así, el rápido avance y la utilización creciente de la tecnología —en especial, la inteligencia artificial y los algoritmos— en sectores importantes de la sociedad, como el

trabajo y la organización de la actividad productiva, imponen la creación de marcos regulatorios capaces de garantizar el uso responsable, supervisado, ecuánime y ético de esas herramientas. Es necesario equilibrar innovación tecnológica y protección a los derechos fundamentales, orientándose por la transparencia y la supervisión humana en el uso de la tecnología en las relaciones de trabajo, con vistas a evitar que la máquina, con sus procesos y decisiones automatizadas, promuevan discriminaciones y la violación de derechos y afecten directa y perjudicialmente las condiciones de trabajo y la vida de los trabajadores.

Ante esas significativas transformaciones sociales y económicas, con nuevos estándares de negocios, de organización de la actividad productiva y de formatos de trabajo intensamente influidos e intermediados por la tecnología y por las herramientas digitales, se vuelve imprescindible adaptar los elementos de la relación de empleo (categoría central y esencial del Derecho del Trabajo) al contexto laboral contemporáneo para expandir el ámbito de incidencia de los derechos laborales. De esa forma, se examinaron los impactos de la digitalización en la definición de empleo a partir del análisis específico de los elementos constitutivos de esa relación jurídica: el carácter personal, la onerosidad, la no eventualidad, la subordinación y la alteridad/ajenidad.

El distanciamiento físico y el uso de medios digitales en la realización del trabajo afectan muy poco el elemento relacionado al carácter personal del trabajo, ya que la actividad suele ser realizada personalmente por el trabajador; sin embargo, se modifica el modo de verificación y de identificación del trabajador. Así, el carácter personal persiste, pero asume una nueva faceta: el trabajador es identificado por registros digitales, de carácter personal e intransferible, en los cuales quedan consignadas toda interacción y las actividades realizadas. El carácter personal deja de analizarse desde la óptica de la posibilidad de reemplazo y se empieza a examinar por la activación directa del trabajador en la actividad, sin que se recurra a terceros, quedando caracterizada la labor personal cuando el trabajo (servicio) no se disocia de la persona que se compromete a realizarlo. El paradigma tecnológico establece una nueva dimensión del carácter personal: la relación de confianza y responsabilidad mutua entre las partes. O sea, cuando el trabajo se realiza físicamente a distancia (con respecto al empleador) y por medios digitales, el carácter personal presupone una confianza mutua entre las partes involucradas en cuanto a que el trabajador realizará la tarea; este asume esa responsabilidad frente al empleador, garantizando la realización personal del trabajo asignado.

Cuando se examinó la onerosidad, no se verificó ninguna diferenciación real y significativa entre el trabajo presencial y el digitalizado, incluso por la natural dificultad de ocultar la retribución y el carácter oneroso del trabajo prestado en una sociedad capitalista y

mercantilizada aun cuando esa contraprestación pueda asumir varias formas. No obstante, es necesario desmitificar argumentos que vinculan el salario variable (situación común en el trabajo digital) al trabajo autónomo. Al contrario, el salario variable constituye solo una forma más de estipulación del salario, plenamente compatible e inherente al régimen de empleo.

La remuneración fija y por unidad de tiempo, históricamente utilizada en la estructura industrial del último siglo, es cada vez menos expresiva para la cualificación jurídica del empleo en el contexto de las relaciones de trabajo modernas. En el mundo globalizado, digitalizado y altamente competitivo, que favoreció un crecimiento exponencial de las modalidades digitales de trabajo (realizado desde cualquier lugar, en cualquier momento, por medios digitales), se ha vuelto común la remuneración variable, vinculada directamente al resultado del trabajo (productividad, tarea o metas), como elemento necesario para la propia organización del trabajo contemporánea, con la finalidad de preservar el control y la gestión del trabajo, sobre todo cuando se funda en el trabajo digital y remoto, habida cuenta del distanciamiento físico entre las partes y de la posibilidad de una mayor libertad y autonomía del trabajador en la realización de su actividad.

También se elucidó otro aspecto relevante: la garantía del salario mínimo. Con la función individual de subsistencia del trabajador e implicando un reconocimiento del valor social y colectivo del trabajo, la garantía del salario mínimo no constituye un elemento de la relación de empleo, sino una consecuencia de esa relación. La decisión empresarial (unilateral) de no garantizar el salario mínimo en contratos con remuneración variable representa solo el incumplimiento de las normas legales y no un indicio de la naturaleza autónoma del trabajo. De lo contrario, la cualificación de la relación de empleo estaría condicionada a una simple decisión empresarial, en un verdadero raciocinio retórico circular: la empresa no garantiza al trabajador un salario mínimo y, posteriormente, invoca esa característica (producto de su decisión) como fundamento para negar el vínculo de empleo.

El avance tecnológico, con sus nuevas modalidades laborales (como los modelos flexibles de plataformas digitales por demanda), produjo impactos significativos en la continuidad del trabajo, ahora sustentada por conexiones digitales y una disponibilidad intermitente. En ese escenario, la mayor libertad en la realización digital del trabajo se ha utilizado para defender el carácter eventual o discontinuo del trabajo en un intento de fraccionar la prestación laboral a partir de cada pausa o tarea concluida. Sin embargo, la evolución hacia una presencia digital y remota no disminuyó ni eliminó la regularidad (actualmente, de conexión al sistema), la frecuencia y la necesidad constante de realización de ese trabajo (o sea, de la actividad como un todo, lineal y secuencial, y no de la ejecución de cada prestación

atomizada, puntual, individual y dispersa) en funciones permanentes que son esenciales para el mantenimiento continuo de la actividad económica y productiva, lo que descarta cualquier aspecto esporádico o de excepcionalidad.

A pesar de afectar todos los elementos de la relación de empleo en alguna medida, la subordinación es el elemento más importante —vertebral— de la relación laboral y también el más cuestionado en la realidad del trabajo digital. A medida que se vuelve cada vez más fluida, desterritorializada y despersonalizada (control por sistemas digitales), la subordinación plantea desafíos crecientes para su comprensión y caracterización a partir de criterios estáticos, rígidos o territorializados, típicos del modelo clásico amparado en la heterodirección presencial. Luego, las nociones que se utilizaban en el pasado ya no corresponden a la realidad; hoy en día, es necesario adoptar otra perspectiva. Hay un desafío urgente de evitar la disimulación de la realidad de un control intenso y constante de la actividad laboral, pero con dispersión de responsabilidades, aspectos inherentes a la gestión de trabajadores mediante inteligencia artificial y algoritmos sofisticados. Esos sistemas, por su propia naturaleza, promueven formas de control difuso basadas en parámetros desconocidos y, en muchos casos, imprevisibles.

En la búsqueda de concepciones funcionales de subordinación, compatibles y adecuadas al fenómeno de la digitalización del trabajo, se establecieron algunas directrices para la comprensión de ese elemento en el contexto digital. La primera consiste en restringir la noción de trabajo autónomo: exceptuando las hipótesis de quienes ejecutan un emprendimiento propio (legítimos propietarios de negocios) o la situación especial de los profesionales liberales (categorías profesionales regidas por leyes específicas y que realizan actividades compatibles con el trabajo autónomo), la fuerza de trabajo se aplicará a una actividad económica ajena, independientemente de los medios de control (directos o indirectos, presenciales o virtuales, manuales o automatizados), caracterizándose como un típico trabajo subordinado. El trabajo autónomo implica una libertad real de elección del trabajo que se realizará, de qué, cuándo, dónde y de qué forma se lo hará; dicha libertad abarca igualmente la definición del valor del trabajo. Así, será autónomo el trabajador que disponga, de forma integral, de los modos y medios de ejecución y comercialización del trabajo.

Se invierte la lógica de reconocer el trabajo autónomo por exclusión (ausencia de indicios de subordinación) para reconocer la subordinación a partir de la no demostración cabal de los elementos de una auténtica autonomía en la gestión y prestación laboral o de la condición de empresario, más allá de consideraciones sobre una mayor libertad espaciotemporal o autodeterminación del trabajador en el ejercicio de sus actividades. Aunque

representen dos caras de una misma moneda, pues el examen de uno implica el del otro en virtud de esa concepción binaria, se modifica el proceso de evaluación, el cual pasa a centrarse en los elementos, características y requisitos de un trabajo autónomo genuino.

Otro camino consiste en examinar la subordinación a partir de la situación objetiva del empleador: su actividad económica, el proceso productivo y la organización del trabajo, dejando en un segundo plano los aspectos subjetivos relacionados al trabajador. A pesar de estar consolidada la noción de integración del trabajador en la organización empresarial, es necesario atribuir centralidad y mayor peso a ese parámetro objetivo centrado en el empleador, que debe servir como punto de partida en la identificación de la relación de empleo. La integración del trabajador en la empresa, con su inserción funcional en una estructura productiva organizada, planeada y dirigida por otro —que tiene el dominio sobre los aspectos económicos, técnicos y estratégicos del proceso productivo y de la estructura necesaria— constituye el elemento central y primario en el análisis de la subordinación.

Esto no significa abandonar criterios de cuño subjetivo, importantes en las situaciones en las que el primer análisis objetivo resulte insuficiente o dubio en el examen de los casos concretos. Sin embargo, incluso esa vertiente subjetiva se debe actualizar y adaptar al panorama digital, apartándose de la idea de grados de subordinación y de la exigencia de control directo o sobre todas las etapas del trabajo. Los niveles de intensidad de la subordinación, por más distintos que sean, no excluyen el carácter subordinado del trabajo, generando efectos solo en determinados derechos y aspectos inherentes a la ejecución del contrato de trabajo.

La subordinación no depende de la interferencia en todos los aspectos de la realización del trabajo (tiempo, modo y lugar), parámetros que, actualmente, se han relativizado. Siempre que haya injerencia en el modo de ejecución de la actividad, habrá trabajo subordinado, independientemente de la intensidad o de los medios utilizados, si un control humano o por instrumentos tecnológicos, ya sean medios directos o indirectos, presenciales o virtuales. El trabajo digital presupone la amplia circulación de datos e información, concentrados, interconectados y accesibles desde cualquier lugar, ampliamente utilizados en los procesos productivos, sobre todo para la gestión automatizada e indirecta de la actividad laboral. Son múltiples las formas de control del trabajo realizado por medios digitales, sin modificar su naturaleza. Ha quedado demostrado el estricto control, individual y colectivo, de los trabajadores por medio de la programación y de los algoritmos, que sustituyen las órdenes del empleador y de los supervisores humanos por comandos programados y reglas preestablecidas, con objetivos, metas y premios cuyos parámetros el programador puede ajustar

en cualquier momento de acuerdo con la necesidad y el criterio de la organización y mediante interacciones automatizadas que suceden en tiempo real.

La dificultad radica en el carácter indirecto, descentralizado y fragmentado de ese control virtual, sutil e invisible, con métricas y parámetros desconocidos por los trabajadores y terceros, que reemplaza la vieja relación jerárquica directa e inmediata entre las partes por una relación mediada por la tecnología. Como resultado, surge la paradoja de mayor control con menor responsabilidad, cada vez más dispersa en los algoritmos, que manejan parámetros desconocidos y en constante evolución y modificación. Se concluye, en ese contexto, por una intensificación del control y monitoreo constantes de la actividad laboral, que, lejos de negarla, enfatiza la subordinación presente en el trabajo digitalizado moderno. Así, pierde significado el debate sobre la existencia de control humano o vinculado a los criterios temporal o espacial, visto que las herramientas tecnológicas, la enorme cantidad de datos recogidos y la creciente capacidad de procesamiento resultan en un control férreo y en un estado constante de vigilancia del trabajador. Por eso, se debe ampliar la protección del trabajador, no solo para reconocer la subordinación en esa perspectiva digital, sino también para contener abusos tecnológicos, la vigilancia constante e ilimitada y la recogida excesiva e intrusiva de datos.

Se debe reconocer el empleo como figura central para, luego, discutir, en el ámbito de la relación de empleo, la incidencia de determinados derechos o, aun, su compatibilidad y medios de concreción, dependiendo del grado de libertad y autodeterminación en la realización del trabajo y otros aspectos específicos de cada actividad. En esa coyuntura, la negociación colectiva representa el instrumento necesario, apropiado y efectivo para regular el trabajo digital con el dinamismo y la flexibilidad exigidos por el avance tecnológico, al complementar la norma general y adaptar dichas relaciones a los distintos modelos y a las peculiaridades sectoriales y locales, buscando promover y concretar la protección laboral en cada contexto.

Por estar intrínsecamente relacionados a la subordinación, se examinaron también los elementos de la alteridad y de la ajenidad en el contexto de la digitalización. Se puso de manifiesto su función reguladora de las relaciones de empleo en el sentido de prohibir la transferencia de los riesgos y las cargas de la actividad económica al trabajador, especialmente de cara a los nuevos modelos empresariales y de organización de la actividad productiva de esta era posmoderna y digital, marcada por la transferencia de los riesgos y de la responsabilidad por la adquisición de los medios utilizados en el desarrollo de una actividad económica. Aunque se los analice de forma accesoria para ayudar en la cualificación de la

relación de empleo, esos elementos no deben estar vinculados al valor económico del propio trabajo, sino condicionados a una visión amplia del negocio, incluyendo costos y valores estructurales y operativos relevantes de la actividad económica, con la posibilidad de pérdidas o ganancias patrimoniales significativas. Además, es necesario examinar el ámbito de las elecciones permitidas al trabajador, especialmente en materia financiera, comercial y de clientela.

Al finalizar el capítulo, se afirmó la necesidad de avanzar en presunciones acerca de la relación de empleo —y de la subordinación específicamente (como, por ejemplo, las relacionadas al criterio de la vinculación o vulnerabilidad económica)— en el contexto del trabajo mediado por tecnología, con la finalidad de hacer prevalecer la protección laboral estableciendo parámetros más rigurosos para la contratación de personas fuera del marco laboral. De esa forma, se compatibilizan las transformaciones digitales y los dinamismos de las nuevas relaciones de trabajo al carácter esencialmente protectivo del Derecho del Trabajo, incluso en el aspecto procesual, para exonerar al trabajador de cargas probatorias excesivas e incompatibles con la asimetría inherente a dicha relación.

Las adaptaciones planteadas no demandan cambios legislativos, puesto que las legislaciones brasileña y española adoptan conceptos sustantivos de relación de empleo que permiten una transformación activa y ágil de su significado acorde al dinamismo de las transformaciones en el mundo del trabajo. La doctrina y la jurisprudencia han evolucionado constantemente en la comprensión de cada uno de los elementos, adaptándolos a la realidad, ejerciendo así su papel (re)constructivista, elemental en la hermenéutica jurídica contemporánea.

Las leyes laborales se deben crear e interpretar en el sentido de promover el trabajo decente y mejorar las condiciones de trabajo, garantizando la protección necesaria a los trabajadores y evitando situaciones ambiguas o de fraude al vínculo de empleo, incluso para evitar la competencia desleal y distorsiones en el mercado. Es necesario tener cautela al examinar el trabajo frente a la tendencia de las empresas a externalizar costos y estructuras, recordando la noción fundamental de que el trabajo no debe ser tratado como mercancía.[863] Como consta en el preámbulo de la *Ley de Trabajo a Distancia* española, "un mercado de trabajo con derechos es garantía de una sociedad moderna, asentada en la cohesión social, que avanza democráticamente (...)". Es plenamente posible compatibilizar tecnología y empleo (este conceptualmente reconstruido y adaptado), siempre y cuando se reconozca la importancia

[863] *Constitución de la OIT* y *Declaración de Filadelfia*.

de ambos para el desarrollo social y económico. La tecnología se debe utilizar para crear empleos y mejorar las condiciones de trabajo y no lo contrario.

La adaptación al trabajo digital —y al fenómeno de la digitalización del trabajo— debe partir de la premisa de afirmar la protección jurídica del trabajador, sobre todo en los nuevos y amplios segmentos de trabajadores digitales, con perfil distinto al de la tradicional relación de empleo, cuya identificación es más dificultosa debido al tratamiento difuso y fragmentado que se le confiere sumado a una rigidez en el análisis de los elementos de la relación de empleo, sobre todo en lo que dice respecto a la subordinación, un análisis basado en fundamentos clásicos construidos en el siglo pasado e incompatibles con la realidad compleja y fluida del trabajo en el siglo XXI.

Una regulación del trabajo efectiva, que garantice la protección del trabajador, tiende a potenciar la actividad económica, ya que la flexibilidad excesiva y la precariedad afectan la productividad, disminuyendo la cualificación, las inversiones, la condición social y la motivación del trabajador, sujeto a frecuentes cambios de puestos de trabajo o períodos de inactividad, todo lo cual contribuye al problema de la informalidad y al aumento de las desigualdades. En el plano internacional, por ejemplo, las políticas neoliberales en materia de empleo terminan reduciendo la competitividad, pues, al disminuir la protección de los trabajadores, perjudica la efectividad de los sistemas de entrenamiento vocacionales, los cuales son fundamentales para mantener la competitividad internacional de las economías.[864] En otras palabras, la protección laboral eleva la competitividad internacional y, a pesar de las demandas por flexibilidad, competitividad y estandarización del sistema productivo, la legislación laboral nacional sigue cumpliendo un papel fundamental en los resultados obtenidos entre los países.[865] Este camino fue reforzado por la OIT cuando el organismo hizo constar en su *Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo*, la importancia de "(...) asegurar la protección adecuada a todos los trabajadores y trabajadoras y reafirmar la pertinencia de la relación de trabajo como forma de ofrecer seguridad y protección jurídica a los trabajadores y trabajadoras (...)." También ha sido un camino adoptado por la Unión Europea, que reconoce la importancia de la digitalización y de la innovación para el desarrollo de una economía sostenible, productiva y competitiva, pero con responsabilidad social, inclusión digital, reducción de las desigualdades y preservación del Estado de bienestar.

El avance tecnológico y la transformación digital en el mundo del trabajo se deben utilizar para mejorar e incrementar el empleo, las condiciones laborales, la seguridad, la

[864] BAMBER, op. cit., p. 16.
[865] *Ibidem.*

productividad y el bienestar, lo que demanda diálogo y un esfuerzo conjunto de todos los actores sociales, trabajadores, empresas, gobiernos y sociedad. La primacía del régimen de empleo también acaba reforzando los derechos colectivos, la sindicalización y la negociación colectiva —y por contener la pérdida progresiva de la solidaridad categorial—, instrumentos que, por su agilidad, capacidad de diálogo y regulación dinámica y específica, son fundamentales en el proceso de adaptación del trabajo al desarrollo tecnológico y a las transformaciones económicas y sociales. En fin, las nuevas tecnologías, con todo su potencial benéfico, deben ser incorporadas adecuadamente a nuestra sociedad con vistas al progreso y al equilibrio social centrados en las persona humana.

Ese avance se ha buscado, aunque aun tímidamente, en el ámbito de las modernas legislaciones sobre el teletrabajo, lo que nos remite al capítulo final de esta investigación, donde fue posible sedimentar el régimen jurídico del trabajo digital a partir del análisis comparado del ordenamiento jurídico español y brasileño. Si la regulación española (que posee una ley propia de trabajo a distancia, con diversos artículos y disposiciones adicionales y finales) es considerada bastante genérica para algunas materias relevantes, con remisiones amplias a la negociación colectiva, y omisa en algunos puntos cruciales, qué decir de la realidad brasileña, con sus parcos seis artículos. Esta escasez revela un completo silencio en diversas cuestiones fundamentales y una imprudente remisión a la negociación individual (sabidamente precaria, si no ilusoria, en la relación laboral), exigiendo la constante construcción y reconstrucción hermenéutica de las normas laborales a la realidad del teletrabajo. De esa forma, con la presente investigación se aspira a colaborar con la superación de ese escenario de carencia regulatoria al abordar temas relevantes y controversias no comprendidas por las regulaciones especiales.

Empezando por una nueva definición del trabajo digitalizado, más amplia, pragmática y finalística, apartada de categorías o recortes conceptuales estáticos (como las actuales previsiones de teletrabajo, trabajo a distancia o trabajo a domicilio), que, muchas veces, restringen o dificultan la protección legal y establecen diferenciaciones injustificadas para realidades laborales comunes. Así, se propone abandonar clasificaciones fragmentadas a favor de una definición más inteligible y abarcadora del fenómeno que, en este estudio, denominamos trabajo *digital*. Este consiste en el trabajo realizado o intermediado por medios digitales y fuera de las instalaciones del empleador.

El concepto propuesto se funda en la idea de virtualización y conectividad (sustituir la interacción física del lugar de trabajo por el ambiente virtual) y se centra en dos elementos nucleares: el trabajo fuera del lugar de la empresa (ajeno al dominio y autoridad del

empleador) y la intermediación digital del trabajo. Así, se abarcan diversas modalidades laborales basadas en la utilización de medios digitales, ya sea en el modo en el que se asigna el trabajo al trabajador (instrucciones, comando y supervisión), ya sea en la forma en que se realiza el trabajo (en cuanto a los medios) o se lo entrega (en cuanto al resultado), independientemente del lugar físico y de la presencia simultánea de las partes. Estos elementos nucleares reflejan el eslabón necesario que une diversas formas de trabajo en esta Era digital y en virtud del cual se les otorga tratamiento homogéneo.

Habrá intermediación digital del trabajo cuando prevalezca el aspecto virtual, con respecto al empleador, en la realización del trabajo. Justamente, es en la relación con el empleador que se utilizan las herramientas tecnológicas, puesto que el trabajo siempre ocurrirá en algún espacio físico: el trabajo humano siempre lo realiza presencial y materialmente una persona en determinado espacio geográfico, aunque se sirva de ambientes virtuales y medios digitales para las interacciones necesarias y para la entrega del resultado. Además, por la propia perspectiva semántica, el trabajo digital debe ser habitual, realizado con frecuencia, con determinada constancia dentro de la rutina laboral, diferenciándose en ese aspecto de situaciones ocasionales o excepcionales, cuando se lo realiza en determinados momentos específicos y atípicos en la realidad laboral. Eso refleja un elemento estabilizador necesario para asegurar el trabajo digital como rutina y no como excepción o circunstancial.

El objetivo es el de que las regulaciones laborales agreguen modelos presenciales, híbridos y virtuales, en vez de establecer reglamentos distintos para cada modalidad, ya que, cada vez más, el trabajo presencial es digitalizado (realizado mediante el uso de herramientas e instrumentos de tecnología), mientras que muchos trabajos intermediados virtualmente son necesariamente realizados y entregados en el mundo físico, constituyendo, así, realidades indisociables.

Hasta que eso se concrete, es necesario distinguir, en la actual legislación del trabajo a distancia, los tipos de norma de acuerdo con su carácter intrínsecamente digital, haciendo un recorte de los aspectos inherentes al uso de la tecnología y desvinculados del lugar de trabajo, a fines de armonizar las diversas fuentes normativas incidentes. De esa forma, se propuso una división entre normas de carácter intrínsecamente digital (tendientes a regular los aspectos virtuales y los instrumentos tecnológicos inherentes y necesarios para el trabajo en ambiente digital) y las normas no intrínsecamente digitales, las cuales regulan atributos formales y aspectos geográficos del trabajo remoto sin estar directamente relacionadas al uso de la tecnología. Se plantea, además, la extensión del primer grupo de normas a los casos de trabajo digital que actualmente no estén legalmente encuadrados como teletrabajo.

El régimen jurídico del trabajo digital contempla cuatro principios básicos: la voluntariedad, la igualdad de tratamiento y no discriminación, la desconexión y la no territorialidad.

El principio de la voluntariedad impone el consenso entre las partes como condición para la implantación, reversión y modificación del trabajo a distancia, garantizando el derecho de aceptar o rechazar la oferta, sin repercusiones, ya que implica una transformación sustancial del contrato que afecta la esfera personal del trabajador. A pesar de su carácter bilateral, la voluntariedad constituye sobre todo una garantía del trabajador que prohíbe la imposición unilateral del trabajo a distancia por parte del empleador, dado su poder económico y de negociación en la relación. Desde la perspectiva de la no discriminación, al mismo tiempo en el que garantiza al empleador el poder de libre decisión sobre la implantación del teletrabajo, el principio de la voluntariedad igualmente veda decisiones arbitrarias, atrayendo el deber empresarial de motivar los rechazos, que serán válidos en el contexto del ejercicio regular de ese derecho, pero que no podrá servir de fundamento para promover tratamientos desiguales o discriminatorios hacia los trabajadores.

A su vez, el principio de la igualdad de condiciones y no discriminación entre teletrabajadores y trabajadores presenciales constituye un presupuesto lógico y un canon de las normas que rigen el teletrabajo, creadas justamente para garantizar y adaptar, en esa modalidad laboral, los derechos y condiciones históricamente previstos en la legislación laboral, estructurada hasta ese momento para el trabajo presencial. En ambos regímenes habrá prestación de trabajo y trabajadores, independientemente del lugar en el que se lo realice (fuera o dentro de las dependencias del empleador) o del medio por el cual se lo realice o entregue (virtual o presencial), siendo impositiva la preservación de los derechos garantizados a los trabajadores.

Uno de los grandes desafíos en la promoción de la igualdad de condiciones en el teletrabajo consiste en determinar cuáles son los derechos inherentes al trabajo presencial. Señalamos tres criterios para esa evaluación: *(i)* la paridad de condiciones como regla y patrón; *(ii)* la interpretación restrictiva en el examen de las normas inherentes al trabajo presencial; y *(iii)* la aplicación sistemática y armónica de las reglas especiales del teletrabajo con las demás normas laborales, dada la simbiosis necesaria existente entre las actividades presenciales y virtuales. En ese contexto, una de las implicaciones de ese principio es la imputación al empleador de la carga probatoria, o sea, al promover un tratamiento desigual entre trabajadores presenciales y remotos, el empleador deberá indicar y demostrar los elementos distintivos que justifican el tratamiento diferenciado, que deberá revestirse de carácter excepcional y

circunscrito —con interpretación restrictiva— para aquellas condiciones efectiva y verdaderamente dispares, ante un deber de equiparación al máximo de todos los derechos y condiciones de trabajo.

La no discriminación también presenta una importante vertiente positiva (discriminación lícita o justificada) en el sentido de implantar medidas y acciones afirmativas para promover la igualdad real y material de condiciones, especialmente en temas sensibles como el acoso o la discriminación (que impone medidas preventivas), así como para combatir injusticias en un mundo repleto de desigualdades sistémicas, en pro de la diversidad y de la inclusión. Es necesario estar atento: aunque el teletrabajo sea un importante instrumento de inclusión (para personas con discapacidades, adultos mayores, gestantes y madres lactantes, progenitores y cuidadores, etc.), de igual manera puede convertirse en un grave factor de discriminación si no se garantiza la igualdad de derechos y condiciones, transformando a los potenciales beneficiarios de ese régimen en trabajadores de segunda clase, con menos derechos o peores condiciones.

El principio de la desconexión digital garantiza el derecho a no trabajar o a desconectarse del trabajo (sin interferir en la vida privada del trabajador). Se trata de uno de los derechos más relevantes en el contexto de la Revolución Digital en la cual el avance tecnológico conllevó que se borrara la delimitación espaciotemporal entre trabajo y no trabajo. En el trabajo digital, se acentúa el aislamiento social, la conectividad excesiva y la interdependencia del trabajo, con el aumento de los riesgos psicosociales asociados al trabajo, lo que refuerza el derecho a la desconexión, íntimamente relacionado a la salud del trabajador. Así, la desconexión digital constituye el derecho del trabajador a, efectivamente, disfrutar de los períodos de pausas y descansos del trabajo, revelando una naturaleza dúplice: por un lado, es manifestación del derecho al descanso; por otro, constituye un límite al uso de los medios digitales e informáticos. Por incluir un conjunto de bienes jurídicos relevantes, la desconexión se ha vuelto esencial, en tiempos digitales, para la realización de los derechos fundamentales y para el libre y completo desarrollo de la personalidad.

El principio de la no territorialidad enfatiza un aspecto central del teletrabajo que consiste en la desvinculación del parámetro territorial, históricamente utilizado para definir la legislación aplicable y diversos institutos laborales. Así, el lugar de la prestación de servicios no sirve como referencia en el trabajo realizado a distancia por medios digitales, revelando una eficacia negativa de la no territorialidad en el sentido de impedir la mera aplicación del criterio geográfico para la definición del derecho aplicable al teletrabajo internacional o como

condicionante a otros derechos y prestaciones en el contexto del trabajo digital móvil y desterritorializado.

La adopción del lugar de la prestación de servicios como parámetro de la legislación incidente se revela débil por estar basado en la territorialidad, contradiciendo la propia naturaleza del teletrabajo, fundado en la libre elección del lugar y en la movilidad y la no fijación territorial del trabajador. En esta coyuntura, el indicador más congruente es la aplicación de la ley que rige donde se sitúa la sede del empleador, lo que garantizaría un tratamiento uniforme e igualitario a los trabajadores y, en consecuencia, estabilidad y seguridad jurídica. La evaluación se debe hacer desde la perspectiva formal y material, considerándose la región en la cual se desarrolla, de forma sustancial, la actividad económica ejercida por la empresa de acuerdo con la realidad de los hechos. Se evitan, de esa forma, situaciones de fraude e *dumping social*, cuando la empresa traslada o establece su sede en un país apuntando a ofrecer una menor protección laboral, sin realizar en ese país ninguna actividad económica relevante.

Quedan excluidos de este entendimiento los regímenes de trabajo digital híbridos o localizados, ya que requieren la asistencia presencial a un centro de trabajo o la prestación de trabajo físicamente en una zona geográfica determinada —basados, por tanto, en la territorialidad —, por lo que están sujetos al criterio del lugar de prestación de los servicios.

Además de los principios, el análisis del régimen jurídico del trabajo digital abordó los aspectos relacionados a la contratación y modificación de las condiciones de trabajo, los derechos de los trabajadores (destacándose la salud y la prevención de los riesgos), las facultades empresariales y los derechos colectivos.

La exigencia de formalización previa, con los aspectos esenciales de esa modalidad laboral, constituye una importante garantía para el teletrabajador. Habida cuenta de la omisión normativa brasileña, podemos tomar como referencia la ley española, que fijó obligaciones formales y el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia involucrando tres esferas esenciales: el lugar de trabajo (inventario de materiales y equipos, gastos con materiales e infraestructura, indicación del lugar de trabajo y vinculación a un centro empresarial); la duración y tiempo de trabajo (jornada, períodos presenciales, tiempo de disponibilidad y duración); y la utilización de los medios digitales (control empresarial, soporte técnico y protección de datos y seguridad de la información).

Al tratar de los derechos de los trabajadores, se enalteció la reciente ley española, la cual estableció un nuevo marco de relaciones laborales basado en la idea del trabajo a distancia como una modalidad habitual, ordinaria y creciente, apartándose de la regulación pretérita fundada en la autonomía de la voluntad individual (o del régimen excepcional para el

periodo pandémico). Este paradigma, no obstante, aun persiste en la realidad brasileña, cuyas normas dejan temas relevantes librados a pactos individuales entre empleador y empleado, generando inseguridad y un desafío hermenéutico para conciliar los principios y normas laborales con las reglas especiales del teletrabajo.

Con respecto a los derechos de naturaleza económica, quedó claro que el trabajador no debe cubrir ningún gasto necesario para el desarrollo del trabajo a distancia, cabiendo al empleador proporcionar los medios y equipos necesarios, así como resarcir los gastos correlativos. La obligación general de provisión de los medios, de la infraestructura y de los equipos adecuados, de forma tal que aseguren un ambiente de trabajo seguro y sano, centrado en la prevención de los riesgos laborales, abarca también el deber correlato de mantenimiento y soporte técnico, debiéndose priorizar las políticas de prevención. Por otro lado, se destacó el deber de guardia, cuidado y buen uso de los equipos por parte del trabajador, quien responderá por eventuales daños y averías resultantes de la utilización impropia o desvirtuada.

En este punto, son frecuentes los cuestionamientos sobre la posibilidad de que el trabajador use su propio equipo. Concluimos que está prohibida cualquier exigencia al trabajador en cuanto a que utilice sus equipos personales para la realización de la actividad laboral; no obstante, si existe una real y efectiva voluntad, el trabajador podrá utilizar su propio equipo siempre y cuando cuente con la anuencia del empleador y se acuerde esa utilización, incluso en lo que concierne a eventuales resarcimientos por defectos, mantenimiento o desgastes derivados de ese uso. Por lo tanto, se revela prohibido imponer al trabajador el uso de equipos personales para realizar el trabajo a distancia o permitir esa utilización sin que se haya fijado una compensación adecuada y la responsabilidad por perjuicios resultantes de dicho uso, como corolario del deber general del empleador de proporcionar todos los instrumentos necesarios para el desarrollo del trabajo.

De la misma forma, en lo que respecta al resarcimiento de los gastos del trabajo a distancia, se abordó el desafío de delinear la extensión de ese deber y la cuantificación de valores. Se concluyó que se deben cubrir los gastos directamente relacionados al teletrabajo y que no sean irrisorios, o sea, que revelen un consumo y gasto concretamente aumentado en razón del teletrabajo, como ocurre con la energía eléctrica, la internet (en cantidad y calidad), teléfono y gastos con mobiliarios. Se considera inaceptable, empero, una interpretación demasiado amplia de las normas para abarcar gastos indirectos o naturales del ambiente personal y domiciliario de la persona, como los relacionados con la limpieza, el agua, café, alquiler/hipoteca y dispositivos de seguridad residencial.

En esa lógica de una definición razonable y proporcional de los gastos relacionados directamente al ejercicio del teletrabajo, se exceptuó la situación en la cual ya se estaba realizando el pago de un recurso determinado en el trabajo presencial. La extensión al teletrabajador de las ayudas de costo ya reconocidas y pagadas en el trabajo presencial es impositiva con fundamento en el principio de la igualdad, salvo para partidas estrictamente vinculadas al trabajo presencial. En la cuantificación de los valores objeto de resarcimiento, se debe priorizar el acuerdo en cuanto a un valor fijo estimado, siempre y cuando haya transparencia y acceso a los datos sobre la utilización y el consumo, ya que el resarcimiento de los valores efectivamente gastados (dinámico/variable), aunque sea más preciso, se revela también más difícil, dispendioso y burocrático. La negociación colectiva constituye el ambiente más apropiado para esos ajustes.

Un punto vital del trabajo remoto es el que se refiere a los derechos relacionados a la jornada de trabajo. La limitación de la jornada constituye uno de los principales avances de la clase trabajadora, mientras que el desarrollo tecnológico modificó profundamente esa dinámica temporal del trabajo al posibilitar la realización de las actividades laborales en cualquier momento y desde cualquier lugar.

El trabajo digital permite la sustitución del paradigma (presencial) de una jornada rígida y fijada unilateralmente por el empleador por la posibilidad de un arreglo recíproco de una jornada flexible, con mayor libertad en la organización y distribución del tiempo diario, atendiendo también a los intereses personales y familiares del trabajador. Sin embargo, eso no se debe confundir ni utilizar para anular por completo los límites de la jornada y de los descansos, factor catalizador del trabajo excesivo, continuo e ilimitado y que produce un evidente impacto y perjuicio a la salud del trabajador, lo que ha sido una de las grandes preocupaciones en la materia. La mayor autonomía en la gestión del tiempo u horario por parte del trabajador no elide la aplicación de las normas sobre la jornada de trabajo y los descansos. Ni siquiera en el modelo brasileño, donde el fallido art. 62, III, de la CLT se debe interpretar en el sentido de prescindir del control de la jornada en el caso de teletrabajadores remunerados por producción o tarea siempre que esa modalidad inviabilice la medición de la jornada de trabajo o la realización de su control.

Son diversas las configuraciones horarias posibles en el trabajo digital. El teletrabajo interactivo permite un control mayor o en tiempo real, compatible con la jornada y los horarios fijos. El teletrabajo no interactivo, que supone una mayor autonomía organizacional del trabajador y un control empresarial por productividad, permite un régimen de flexibilidad horaria, pero no prescinde de la estimación del tiempo necesario para alcanzar los resultados,

en unidades objetivas, a fin de garantizar la desconexión (observancia de los límites de la jornada y de los descansos) y evitar la sobrecarga de trabajo.

Al examinar los derechos relacionados al uso de las herramientas digitales, se ha hecho hincapié en la protección de la intimidad y de la privacidad del trabajador. Se trata de una cuestión fundamental en la sociedad de la información, en la que la tecnología permite, cada vez más, acceder, controlar y mercantilizar datos e información de las personas, ampliando, en la esfera laboral, el poder directivo (digital) del empleador, que se puede revelar altamente intrusivo. Este panorama refuerza la necesidad de transparencia, protección de datos, uso proporcional de los medios y la fijación de límites, con reglas y políticas claras sobre el uso de los dispositivos y de las herramientas digitales, lo que se ha contemplado en las leyes de protección de datos y de los derechos digitales. El juicio de proporcionalidad servirá de guía para la ponderación entre la preservación del derecho a la intimidad y el poder directivo empresarial a partir de la evaluación casuística de las medidas adoptadas desde la óptica de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de los medios utilizados.

Incluso en el contexto de las herramientas digitales, es necesario garantizar ampliamente el derecho a la formación (sino la alfabetización digital), inicial y continuada, para viabilizar y perfeccionar las habilidades, capacidades y técnicas necesarias para lidiar con las herramientas tecnológicas y, de modo general, con los equipos e instrumentos necesarios para la realización del trabajo digital, incluso en materia de prevención de los riesgos laborales. El fenómeno de la digitalización ha elevado el derecho a la formación de los trabajadores a un nivel esencial y trascendental en el mercado de trabajo y la dinámica laboral contemporáneos.

Avanzando en esa perspectiva, se subrayaron la salud y la prevención de los riegos laborales como uno de los mayores desafíos del trabajo a distancia, de difícil implantación práctica. Eso debido a la necesidad de adaptar las normas de salud y seguridad laboral a las características especiales del teletrabajo, sobre todo por involucrar lugares lejanos de trabajo, ambientes distintos y el uso intensivo de medios tecnológicos. Hasta el momento, son incipientes las iniciativas que se han promovido, las cuales reflejan la ausencia de una regulación adecuada de salud y seguridad laboral capaz de conciliar los principios, reglas, condiciones y peculiaridades de esa área.

Sin embargo, se resaltaron los tres principales factores de riesgo en materia de salud y seguridad en el teletrabajo: los aspectos psicosociales, los ergonómicos y los factores relacionados a la organización del trabajo, como la jornada, el tiempo y el ritmo de trabajo. En esa línea de pensamiento, hay una preocupación latente en cuanto a prevenir el aislamiento, el estrés laboral y la fatiga tecnológica y mental resultantes del uso excesivo de dispositivos, de

la interconectividad digital y de la disponibilidad y conexión permanentes de los teletrabajadores, los cuales interactúan con multitudes en el ambiente virtual pero están cada vez más solitarios y aislados en el mundo físico, lo que oscurece la naturaleza de una relación necesariamente sociable como es la del trabajo.

Para la gestión de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, es necesario definir el espacio físico de teletrabajo (lugar específico o zona habilitada), en el cual se debe hacer una evaluación preventiva de los riesgos laborales y se deben proveer los materiales y equipos ergonómicos y de protección necesarios para la prestación de los servicios. Para eso, es imprescindible realizar evaluaciones técnicas *in loco* en el ambiente laboral, las cuales se deberán comunicar previamente al trabajador, que deberá consentir con su realización y acompañar su ejecución. Se deben priorizar los medios alternativos —a la inspección física— de evaluación y prevención de los riesgos en el teletrabajo prestado en la residencia del trabajador como una medida saludable en esa dinámica y compatible con su naturaleza, siempre y cuando esos medios resulten igualmente eficaces para la protección de la salud y seguridad del trabajador.

En cuanto al teletrabajo móvil e itinerante, restará el deber empresarial de proporcionar instrucciones adecuadas, entrenamiento y los equipos móviles ergonómicos necesarios para la realización del trabajo de forma sana y segura. Más que nunca, la gestión de la salud y seguridad en el teletrabajo debe orientarse por la prevención y la precaución. Cabrá, de la misma forma, un papel fundamental al teletrabajador en la actividad de prevención y en cuanto a la observancia de las normas de seguridad y salud laboral, más allá de la responsabilidad del empleador. Solo con providencias de esa naturaleza será posible avanzar en esa cuestión e implementar las medidas necesarias para eliminar o reducir los riesgos de enfermedades y accidentes en el teletrabajo y promover el más completo bienestar del trabajador. La tecnología puede utilizarse para fomentar la salud y la seguridad en el trabajo y prevenir accidentes.

El avance tecnológico, con la utilización masiva de dispositivos y herramientas digitales en el trabajo y una capacidad ilimitada de recogida, almacenamiento y procesamiento de datos e información, ha transformado el poder directivo e intensificado el control y monitoreo del trabajo y del trabajador en términos cuantitativos y cualitativos, alcanzando niveles nunca vistos. Muchas veces, chocan con derechos fundamentales de los trabajadores, como los de la dignidad, la intimidad, la privacidad y la protección de los datos. La validación de esas medidas e instrumentos dependerá de vectores como la motivación, la

proporcionalidad y la transparencia, especialmente en temas sensibles como la grabación de audio y vídeo en el lugar de trabajo y la utilización de sistemas de geolocalización (GPS).

Sobre ese punto, se concluyó que los medios digitales utilizados para el control de la actividad laboral (solo para esa finalidad y limitado al período de duración de la jornada y de la zona de trabajo) deben ser legitimados y justificados desde la óptica de la proporcionalidad, de la buena fe y de la ética digital, además del deber de informar previamente sobre su uso a los trabajadores y sus representaciones de forma completa, clara y expresa. El consentimiento, elemento fundamental de las leyes de protección de datos, se debe ajustar al contexto laboral, pues, en una relación desigual como la del trabajo, se vuelve un dispositivo frágil, lo que refuerza los deberes de información y comunicación de los medios utilizados, en el plano individual y colectivo, de tal forma que permita una adecuada fiscalización y la contención de eventuales abusos y excesos practicados. El control empresarial del trabajo por medios digitales, independientemente del instrumento utilizado, demanda prudencia, sensatez y ponderación.

En materia de derechos colectivos, se constató una expresiva repercusión negativa en la identidad colectiva y en las estructuras sindicales y de representación de los trabajadores a partir de los desafíos impuestos por el distanciamiento físico, por la heterogeneidad de los lugares de trabajo y por el acentuado individualismo, aislamiento e invisibilidad.

Se resaltaron tres ejes principales en lo que concierne a los derechos colectivos en el contexto del trabajo digital. El primero se refiere a la garantía de la igualdad de tratamiento, especialmente en cuanto al derecho de participación y de elegibilidad dos teletrabajadores en elecciones sindicales (de preferencia virtuales) y en los órganos representativos, atrayendo, por vía refleja, el deber de motivar cualquier diferencia de tratamiento. El segundo eje está relacionado a la representación colectiva, que deberá velar por la unión y la integración de trabajadores presenciales y remotos en una misma categoría (luego, vinculados a determinado lugar), más fuerte y representativa, apoyándose recíprocamente y de forma solidaria. Este parámetro toma en cuenta una realidad en la cual el cambio y la alternancia entre regímenes es dinámica y constante. El último eje corresponde a la negociación colectiva y abarca el ejercicio del derecho a la huelga.

La negociación colectiva y su capacidad de regulación dinámica, flexible, específica y sectorizada, tiene el potencial de atender y estimular los infinitos matices que rodean el trabajo digital, en sus más variados contextos, actividades y circunstancias, sobre todo en temas relacionados al uso de la tecnología y organización y gestión del teletrabajo. Hay

diversos temas con gran potencial para la negociación colectiva, como los relacionados con la conciliación entre la vida personal/familiar y profesional, el derecho a la desconexión, la reversibilidad de régimen, la implantación de horarios flexibles, reembolsos y compensación de gastos, las condiciones de uso y conservación de equipos y herramientas, los límites en el control y monitoreo del trabajo por medio de herramientas digitales y así sucesivamente. Además, los sindicatos necesitan adaptarse a la realidad digital y al teletrabajo, pasando a utilizar a su favor las diversas herramientas digitales disponibles, buscando asegurar el contacto efectivo, la comunicación directa e individualizada y la formación de un vínculo y relación entre los integrantes y representantes de la categoría. Solo así será posible rescatar y fortalecer la solidaridad social y la acción sindical en esta era digital.

En términos generales, el análisis comparativo indicó que el modelo español se puede adoptar como referencia en Brasil para diversas cuestiones como vía de concreción de los mandamientos constitucionales y de las normas laborales y del teletrabajo brasileñas en el actual panorama tecnológico. La regulación española establece una interesante combinación de fuentes regulatorias en la cual la ley busca preservar principios laborales y la igualdad de tratamiento, interviniendo en temas en los que se considera que hay una propensión mayor a generar desigualdad o violación a derechos fundamentales. Por otro lado, la ley remite a la autonomía colectiva e individual (de forma solo suplementaria) la tarea de establecer las condiciones de trabajo y las adaptaciones necesarias al desarrollo del trabajo a distancia, ajustadas a cada realidad concreta y respetando la diversidad de situaciones, resguardando tanto las necesidades del empleador (productivas y organizativas) como las demandas personales y familiares de los trabajadores.

La misma tecnología que proporciona más confort y bienestar también es fuente de preocupación por la capacidad que tiene de provocar enfermedades y males en las personas. En el trabajo digital, la mejora de la calidad de vida y el equilibrio entre la vida profesional y la personal/familiar promovidos por las herramientas tecnológicas camina de la mano de acentuados riesgos de hiperconexión, de un trabajo ininterrumpido, de aumento de las desigualdades, de invasión del trabajo en la vida privada y de aislamiento, fuentes generadoras de accidentes y enfermedades que afectan especialmente aspectos psicosociales. En definitiva, cada vez más estudios indican que la felicidad, la plenitud y el bienestar humano dependen más de las experiencias vividas y compartidas y de las relaciones personales construidas en la vida diaria, en cantidad y calidad (conexión emocional), lo que también depende de adecuadas condiciones materiales y de trabajo.

Si el Derecho del Trabajo surgió para equilibrar las desigualdades económicas y sociales y no permitir prácticas explotadoras en la relación de trabajo, la actualidad exige una nueva expansión protectiva para el trabajo digital que acoja se escenario laboral complejo y polifacético. Es imprescindible una mirada atenta, crítica y solidaria hacia las condiciones de trabajo y la protección de los derechos de ese nuevo y creciente segmento de trabajadores digitales para que nadie se quede atrás. Las dificultades que enfrenta el mundo del trabajo en la actualidad serán el elemento propulsor de su evolución, ¡que ya está sucediendo!

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Ramón Alfredo. *El trabajo a través de plataformas digitales ¿autónomos o subordinados?: una vision de derecho comparado.* Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2021.

ALFONSO MELLADO, Carlos L, and Fundación 1º de Mayo. *Observatorio De La Negociación Colectiva: Políticas De Empleo, Trabajo a Distancia Y Derechos Digitales*. Primera Edición. Madrid: Ediciones Cinca, 2022.

ALMEIDA, Ludmila Alves França de. *Teletrabalho e Direito à Desconexão*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2023.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar. *Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia.* Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales, N. 43, pgs.175-201. 2020.

BAMBER, Greg J. [et al]. *International and comparative employment relations.* 6.ed. – Nova Iorque: Routledge, 2020.

BUSINESSEUROPE; SMEUNITED; CEEP; CES. *European social partners framework agreement* (Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización), de 22 de junio de 2020. Disponible en: https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-sociales-europeos-sobre-digitalizacion.

BRECHT-HEITZMANN, Holger; MEYER, Uwe. *El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Alemania.* Trad. Jesús Martínez Girón. ACDCT. Vol. XII, p. 17-40. 2020.

CALVO, Adriana. *Manual de direito do trabalho.* 8.ed. Leme/SP: Mizuno, 2024.

CANDAMIO BOUTUREIRA, José Juan. *Trabajo a Distancia Y Teletrabajo: Actualizado a La Ley 10/2021, De 9 De Julio, De Trabajo a Distancia*. 2ª ed. A Coruña: Colex, 2022.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília: ESMPU, 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no Século XXI.* Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2020, *El Derecho Del Trabajo, La Digitalización Del Trabajo Y El Trabajo a Distancia*, Derecho De Las Relaciones Laborales n. 11. Dic. 2020, p. 1413-1435.

CATARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho.* 3.ed. rev. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 1982.

CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo. *Economía digital e Industria 4.0: reflexiones desde el mundo del trabajo para uma sociedade del futuro.* Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Vol. 6, núm. 1, p. 261-297. enero-marzo/2018.

CES, UNICE/UEAPME, CEEP. *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, del 16 de julio de 2002. Bruxelas: 2002. Disponible en: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf.

CHARTZMAN BIRENBAUM, Alberto Domingo. *Las plataformas digitales en el mundo del trabajo: ¿Avance o retroceso?* Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. p. 3-23. enero/2020.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de derecho del trabajo*. 14.ed. – Madrid: Ed. Tecnos, 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada.* 21.ed. São Paulo: Ed. Juspdivm, 2020.

ESTADOS UNIDOS. *Fair Labor Standards Act* of 1938. Disponible en: https://uscode.house.gov/.

EUROPEAN COMMISSION. *The future of European competitiveness: a competitiveness strategy for Europe.* Septiembre 2024. Disponible en: https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf.

EUROSTAT. *Employment statistics - digital platform workers.* Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?oldid=605562.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; AZEVEDO LIMA, Patrícia Helena; MATOS, Larissa (Org.). *Desafios do teletrabalho.* 1. Ed. Campinas: Lacier, 2023.

FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén [et al]. *Relaciones Laborales e Industria Digital: Redes Sociales, Prevención de Riesgos Laborales, DesconexióN y Trabajo a Distancia en Europa*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2022.

FLORIDI, Luciano. *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario. TOMÁS MALLÉN, Beatriz. DÍAS LAFUENTE, José et.al. *Los desafíos de la sociedad global digitalizada y la protección de datos personales: análisis de la elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*. 1.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GINÈS I FABRELLAS, Anna. *El Trabajo En Plataformas Digitales: Nuevas Formas de Precariedad Laboral*. Cuzir Menor: Aranzadi; 2021.

GINÈS I FABRELLAS, Anna. *El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica*. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 2, N.1, 19-42, 2021.

GÓMEZ, Teresa. *Teletrabajo internacional: los nómadas digitalez*. XII Edición Premio Jóvenes Laboralistas de Forelab. 2023. Disponible en: https://forelab.com/home/premios-forelab/xii-premio-jovenes-laboralistas-2023-finalistas/

HERAS GARCÍA, Aránzazu de las. *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis crítico de normas y prácticas convencionales.* Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2021.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEROGRAFIA E ESTATÍSTICA)**.** *Teletrabalho e trabalho por meio de plataformas digitais: pesquisa realizada por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)*. 4º trimestre de 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponible en: https://www.ibge.gov.br. Acesso em: 11-out-2024.

INSTITUTO CUATROCASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH; DEL REY GUANTER, Salvador del; TENA PLANAS, Guillermo. *Documentos Sobre El Impacto de Las Nuevas Tecnologías En La Gestión de Las Personas Y En Las Relaciones Laborales*. Madrid: Wolters Kluwer, 2021.

JALIL NAJI, Maiedah. *Industria 4.0, competência digital y el nuevo Sistema de Formación Profesional para el empleo.* Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Vol. 6, núm. 1, p. 164-194. enero-marzo/2018.

KAGERMANN, Henning; WAHLSTER, Wolfgang; HELBIG, Johannes. *Securing the future of German manufacturing industry: Recommendations for implementing the strategic initiative Industrie 4.0*. Final report of the Industrie 4.0 Working Group. Germany: Forschungsunion, 2013.

KROST, Oscar. *A divina comédia teletrabalhista.* Julho/2022. Disponible en: https://direitodotrabalhocritico.com/2022/07/11/a-divina-comedia-teletrabalhista.

KROST, Oscar; VIDIGAL, Viviane; ESTRADA, Manuel (Org.). *Direito, tecnologia e trabalho.* Leme/SP: Mizuno, 2022.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando; PAZOS PÉREZ, Alexandre; RON LATAS, Ricardo Pedro. *Trabajo a Distancia Y Teletrabajo: Regulación Laboral, Procesal Y De Seguridad Social; Teletrabajo Transnacional*. Madrid: Editorial Tecnos, 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LETTA, Enrico. *Much more than a market: speed, security, solidarity – empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU citizens*. Bruxelas: Unión Europea, 2024. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf.

LIMA, Anne Floriane da Escóssia. *O dano existencial no teletrabalho sob a perspectiva do direito à desconexão.* Leme/SP: Mizuno, 2023.

LUMEN LEARNING. *Labor market equilibrium and wage determinants*. Disponible en: https://courses.lumenlearning.com/boundless-economics/chapter/labor-market-equilibrium-and-wage-determinants.

MACHADO, Sidnei; ZANONI, Alexandre Pilan (org.). *O trabalho controlado por plataformas digitais: dimensões, perfis e direitos*. Curitiba: UFPR, Clínica Direito do Trabalho, 2022. Disponible en: https://cdtufpr.com.br/wp-content/uploads/2022/04/Livro_O-trabalho-controlado-por-plataformas-digitais_eBook.pdf

MARANHÃO, Délio [et.al]. *Instituições do direito o trabalho*. 19.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo.* Ed. 32. Madrid: Ed. Tecnos, 2023.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*– 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MERCADER UGUINA, Jesús R. Et Al. *Lecciones de Derecho del Trabajo.* 14.ed. Valencia: Tirant lo branch, 2021.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *Algoritmos E Inteligencia Artificial En El Derecho Digital Del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

MERCADER UGUINA, Jesús R. Inteligencia Artificial y relaciones laborales. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, *16*(2), 1114-1128. 2024. Disponible en: https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/8964

MIT Technology Review. *O futuro deficiente*. Julho/2023. Disponible en: https://mittechreview.com.br/o-futuro-e-deficiente/

MOORE, Martin; TAMBINI, Damian Tambini. *Regulating Big Tech Policy Responses to Digital Dominance*. New York, NY: Oxford University Press, 2021.

OCDE (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO). *OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work*. Paris: OCDE Publishing, 2019. Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2019_9ee00155-en.

OCDE; OIT; UNIÓN EUROPEA. *Handbook on measuring digital platform employment and work*. Paris: OECD, 2023. Disponible en: https://doi.org/10.1787/0ddcac3b-en.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Recomendación n.º 198, de 2006. Relativa a la Relación de Trabajo. Disponible en: https://normlex.ilo.org.

OIT. *Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa***.** Ginebra: OIT, 2008. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf.

OIT. *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf.

OIT. *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo.* Ginebra: OIT, 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--pt/index.htm

ONU. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD. *Riesgos psicosociales y salud mental*. Disponible en: https://www.who.int/es/tools/occupational-hazards-in-health-sector/psycho-social-risks-mental-health.

PACHECO, Fábio Luiz; DESTE, Janete Aparecida. *O teletrabalho na legislação brasileira e sua multidisciplinariedade: aspectos teóricos e práticos.* São Paulo: Mizuno, 2021.

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto. *Trabajo a distancia y derechos colectivos en el Real Decreto-Ley 28/2020 de Trabajo a Distancia.* Anuario IET de Trabajo Y Relaciones Laborales. 2021. Disponible en: https://revistes.uab.cat/anuarioiet/article/view/v7-pastor/96-pdf-es.

PEGO, Rafael Foresti. *Corrupção laboral: o fenômeno corruptivo nas relações de trabalho.* Brasília - DF: ESMPU, 2020.

PEGO, Rafael Foresti. *Trabalho remoto e o panóptico*. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 83, p. 38-45, 2019.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

RALLO LOMBARTE, Artemi; España. *Tratado de protección de datos actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de Diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los Derechos Digitales*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; TODOLÍ SIGNES, Adrián [et.al]. *Trabajo a Distancia y Teletrabajo: Análisis del Marco Normativo Vigente*. Navarra: Aranzadi, 2021.

ROSENBAUM CARLI, Federico. *El Trabajo Mediante Plataformas Digitales Y Sus Problemas de Calificación Jurídica*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021.

ROSLING, Hans; ROSLING, Ola; RÖNNLUND, Anna Rosling. *Factfulness: o hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos.* Tradução de Vitor Paolozzi. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

REY GUANTER, Salvador. El nuevo deber empresarial de "alfabetización tecnológica" de las personas trabajadoras sobre los sistemas de inteligencia artificial y la necesaria "alfabetización humanística" de estos sistemas. *In:* ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AEDTSS). Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023. Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2024.

REY GUANTER, Salvador, TENA PLANAS, and INSTITUTO CUATROCASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH. *Robótica Y Su Impacto En Los Recursos Humanos Y En El Marco Regulatorio de Las Relaciones Laborales.* Las Rozas La Ley, Wolters Kluwer, 2018.

REY GUANTER, Salvador. *La reciente intensificación de la "paralaboralidad" normativa: algunas causas y consecuencias. In:* ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AEDTSS). Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023. Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2024.

REY GUANTER, Salvador. *Sobre el futuro del trabajo: Modalidades de prestaciones de servicios y cambios tecnológicos*. IUSLabor. Universitat Pompeu Fabra, 2017.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, María Yolanda. *Robótica Inclusiva: Rendimiento Económico Y Empleo*. Arbor, vol. 197, no. 802, 2021, p. 626. Disponible en: https://doi.org/10.3989/arbor.2021.802004.

SCHOR, Juliet B.; FITZMAURICE, Connor. *After the Gig: How the Sharing Economy Got Hijacked and How to Win It Back*. Berkeley: University of California Press, 2020.

SILVA JUNIOR, José Tenório da. *Hora extras no teletrabalho*. Leme-SP: Mizuno, 2022.

SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado.* Trad. João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do Trabalho. 2003. Disponible en: https://www.jorgesoutomaior.com/de-2003-em-diante-lula-e-dilma-da-esperanccedila-ao-continuismo.html.

SUPIOT, Alain (org.); CASAS BAAMONDE, María Emilia; DE MUNCK, Jean [et.al]. *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit en Europe***.** Edição revista. Paris: Flammarion, 2016.

TEH, Peijing.*The Most Important Tech Law you never heard before: Amara's Law*. Inquivision, 31 maio 2023. Disponible en: [https://inquivision.com/the-most-important-tech-law-you-never-heard-before-amaras-law/]

TODOLÍ SIGNES, Adrián; MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela; SALA FRANCO, Tomás. *El teletrabajo*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

TODOLÍ SIGNES, Adrián; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. *Vigilancia Y Control En El Derecho Del Trabajo Digital*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Algoritmos productivos y extractivos: cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la Innovación*. 1ª.ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2023.

TRILLO PÁRRAGA, Francisco José. *Derecho del trabajo digital*: *trabajo a distancia y teletrabajo*. Albacete: Bomarzo; 2022.

TRUJILLO PONS, Francisco. *La "Desconexión Digital" En El Ámbito Laboral*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/charter-of-fundamental-rights-of-the-european-union.html.

UNIÓN EUROPEA. Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027: La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación. Bruselas: COM, 2021. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52021DC0323.

ZHANG, Ying; CHEN, Xuefeng; MA, Yuqing; TONG, Zhibo. Advanced Robotics in Industry 4.0: Applications and Challenges. *Robotics and Computer-Integrated Manufacturing*, v. 65, p. 101-114, 2020.