

# CAMBIO TECNOLÓGICO Y TRANSFORMACIÓN DE LAS FUENTES LABORALES

Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital

*Directores*

JESÚS R. MERCADER UGUINA

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

*Coordinadores*

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

**tirant lo blanch**

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

Este trabajo recoge los resultados finales de los proyectos de investigación “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital” (RTI2018-094547-B-C21) y “Cambio Tecnológico e instituciones colectivas, transformaciones y adaptaciones en las fuentes laborales” (RTI2018-094547-B-C22) del Programa Estatal de I+D+i Orientado a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, financiado por FEDER / Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación.

© Jesús R. Mercader Uguina  
Ana de la Puebla Pinilla

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
DEPÓSITO LEGAL: V-3542-2022  
ISBN: 978-84-1113-817-8  
MAQUETA: Dissert Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# Índice

Prólogo .....	17
---------------	----

## *Parte Primera*

### Marco general del sistema de fuentes ante la disrupción digital

#### I. Disrupción digital y sistema de fuentes: una visión general

JESÚS R. MERCADER UGUINA

1. Pasos hacia un Derecho cada vez más líquido.....	23
2. La composición técnica de la norma jurídica .....	26
3. La individualización de la Ley o las formas de granularidad normativa.....	30
4. La posible función instrumental de la inteligencia artificial en la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados .....	32
5. ¿Son los algoritmos reglamentos? .....	34
6. Normativas de ensayo y error: Los sandboxes regulatorios .....	37
7. Negociación colectiva, datos y algoritmos .....	39
8. ¿Hay Derecho del trabajo en el metaverso? O de las pareidolias jurídicas .....	42

#### II. La interpretación de fuentes y conceptos en el derecho social ante la disrupción digital: mutación, interpretación histórica y evolución semántica

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI

1. Planteamiento.....	45
2. La evolución del derecho material sin alteración de fuentes formales.....	47
2.1. La mutación de las fuentes formales.....	47
2.2. La interpretación conforme a la realidad histórica .....	50
2.3. Deslindando mutación e interpretación sociológica.....	55
3. La adaptación de las fuentes del derecho social ante la disrupción digital.....	56
3.1. La insuficiencia de las estructuras jurídicas: evolución frente a disrupción .....	56
3.2. Algunos conceptos en mutación .....	59
3.2.1. De lo físico a lo virtual .....	59
3.2.2. El parche sobre la herida: la mutación conceptual reconocida por el legislador .....	64
4. Algunas reflexiones finales .....	67

#### III. El equilibrio entre ley y jurisprudencia en el derecho laboral: ¿un déficit de ley?

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

1. Preguntas sin respuesta e inseguridad jurídica.....	69
2. Derecho legislado y de creación judicial: ley y jurisprudencia como fuentes de respuestas.....	72
3. ¿Un exceso de leyes?.....	73

4. ¿Un déficit de leyes?.....	78
5. La creación judicial de derecho.....	81
6. Una ilustración para concluir .....	84
7. Comentario final .....	86

*Parte segunda*

**La relación de trabajo ante una nueva realidad**

**IV. Los tradicionales conceptos de trabajador y empresario en un mundo digital**

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

1. Objeto de estudio: mirar al pasado para entender el futuro .....	91
2. El concepto de trabajador: la dependencia en la era digital.....	96
2.1. Tomando el trabajo de plataformas como ejemplo.....	96
2.2. ...para extraer algunas conclusiones generales .....	105
3. El concepto de empresario: transformaciones en el poder de dirección .....	107
3.1. Mi jefe no es un algoritmo, sino que se esconde tras él.....	107
3.2. Mismas facultades, más poder .....	111
3.3. En busca de límites y contrapoderes.....	117
4. A modo de conclusiones: ¿nuevos límites en los conceptos de trabajador y empresario?.....	121

**V. El tiempo de trabajo ante las nuevas formas de organización empresarial**

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

1. Introducción .....	125
2. El tiempo de trabajo de los empleados a distancia .....	126
2.1. La premisa de partida .....	126
2.2. El derecho a un horario flexible .....	127
2.3. La realización de horas extraordinarias o de trabajo nocturno por parte del personal a distancia.....	130
3. El tiempo de trabajo en las plataformas digitales.....	132
4. El derecho a la desconexión digital en el contexto de una sociedad hiperconectada ....	138
4.1. Un derecho instrumental .....	138
4.2. La configuración legal del derecho a la desconexión digital.....	139
4.3. El papel de los agentes sociales.....	144
4.4. Las disfunciones del modelo actual.....	147

**VI. La integración del pacto colectivo en el contenido del derecho fundamental de Protección de Datos de Carácter Personal: algunas reflexiones al hilo de la STC 160/2021, de 4 octubre**

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

1. Planteamiento del caso .....	151
2. El tratamiento diferenciado de la imagen y del sonido tras la reforma de 2018 .	152
3. Omisión del pronunciamiento constitucional sobre la legitimidad del control ..	154

4. La negociación colectiva como instrumento para reforzar las garantías del derecho fundamental de protección de datos de carácter personal ..... 162
5. Conclusiones ..... 168

## VII. La labor de la jurisprudencia en la fijación de los límites al control tecnológico empresarial. La búsqueda de un equilibrio a través de la ponderación

ELENA DESDENTADO DAROCA

1. El control tecnológico empresarial y su marco normativo ..... 171
  - 1.1. Las facultades de control del empresario y los nuevos medios tecnológicos ..... 171
  - 1.2. La regulación específica del control tecnológico empresarial ..... 173
2. La jurisprudencia sobre el control tecnológico empresarial: la técnica de la ponderación como solución a los nuevos desafíos de la tecnología ..... 177
  - 2.1. El alcance del control tecnológico empresarial frente a los derechos fundamentales del trabajador ..... 177
  - 2.2. Grabación de imagen y sonido. En especial, la videovigilancia: un viaje de ida y vuelta ..... 178
    - 2.2.1. Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Casino La Toja y ENSIDESA y su impacto en la doctrina judicial del orden social: el reconocimiento del conflicto y la técnica de la ponderación como solución ..... 178
    - 2.2.2. Cambio radical de la doctrina constitucional a partir del derecho a la protección de datos: la STC 29/2013 en el caso de la Universidad de Sevilla. Alcance y recepción de esta doctrina por la STS 13.5.2014 ..... 180
    - 2.2.3. Nuevo giro en la doctrina. La rectificación del Tribunal Constitucional (caso BSK) y del Tribunal Supremo (casos Día y Plana & Diéguez). Regreso a la doctrina tradicional ..... 182
    - 2.2.4. La intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso López Ribalda ..... 184
    - 2.2.5. La consolidación de la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional tras López Ribalda 2 ..... 188
  - 2.3. El control empresarial sobre los medios tecnológicos puestos a disposición del trabajador. En especial, el control sobre el uso del ordenador y el correo electrónico ..... 190
    - 2.3.1. Un problema más complejo, pero con el mismo trasfondo ..... 190
    - 2.3.2. La doctrina judicial antes del caso Barbulescu ..... 191
    - 2.3.3. El caso Barbulescu y su impacto en la jurisprudencia española ..... 194
  - 2.4. Otros controles empresariales basados en la tecnología ..... 197
3. Ilícitud de la prueba y calificación del despido. Tesis opuestas en la doctrina de suplicación y STC 61/2021 ..... 200

## VIII. Reflexiones sobre el uso de los dispositivos digitales como medio y causa de despido

MARÍA DEL SOL HERRAIZ MARTÍN

1. Consideraciones generales ..... 203
2. Medio de despido: el control de los dispositivos digitales ..... 205
  - 2.1. Introducción ..... 205

2.2.	Los criterios de utilización de los ordenadores.....	207
2.2.1.	El deber de información empresarial.....	207
2.2.2.	Las reglas de uso personal de los medios tecnológicos: prohibición absoluta versus usos aceptables.....	209
2.2.3.	¿Cuándo es legítimo el poder de control empresarial sobre las herramientas informáticas puestas a disposición del trabajador?.....	210
2.2.4.	La digitalización y las técnicas probatorias. Especialmente las vinculadas al uso de internet en el despido.....	213
3.	Causas de despido: la exigencia del empleo de tecnologías en el puesto de trabajo.....	215
3.1.	La modificación técnica y su incidencia en el puesto de trabajo.....	215
3.2.	El curso previo necesario para facilitar la adaptación a la modificación tecnológica y su conexión con la extinción.....	218

## IX. Responsabilidades de Prevención de Riesgos Laborales ante la incidencia de la tecnología y la robótica

ANA ISABEL GARCÍA SALAS

1.	Nuevos riesgos, nuevas reglas.....	223
1.1.	Riesgos emergentes y riesgos clásicos derivados de las novedades tecnológicas.....	223
1.2.	La normativa de prevención de riesgos laborales ante la disrupción digital.....	225
2.	Responsabilidades preventivas por riesgos o daños derivados de las nuevas tecnologías.....	233
2.1.	¿Valen las reglas actuales?.....	233
2.2.	Adaptación de las responsabilidades empresariales a consecuencia de la introducción de nuevas tecnologías.....	242

## X. Desarrollo sostenible y digitalización, en especial, en la Unión Europea

BELÉN ALONSO-OLEA GARCÍA

1.	Introducción.....	247
2.	Desarrollo sostenible.....	252
3.	El trabajo decente como objetivo del desarrollo sostenible.....	255
3.1.	Los objetivos del trabajo decente.....	256
3.2.	El sujeto del trabajo decente.....	257
4.	La transformación digital en la Unión Europea.....	259
4.1.	La Brújula Digital 2030.....	260
4.2.	El Itinerario hacia la década digital para 2030.....	261
4.3.	La Declaración sobre los derechos y principios digitales para la década digital.....	264
5.	Conclusiones.....	270

## XI. El impacto de la normativa internacional y europea en la regulación actual y futura del acoso, en especial, el ciberacoso o acoso digital

AMANDA MORENO SOLANA

1. Introducción.....	273
2. El papel de la Organización Internacional del Trabajo y de la Unión Europea en la regulación del acoso .....	276
3. Las distintas formas de violencia y acoso en el trabajo y su tratamiento jurídico .....	284
3.1. Acosos Discriminatorios y Acoso Psicológico: Conceptos y elementos configuradores .....	284
3.1.1. Acoso sexual y Acoso por razón de sexo.....	285
3.1.2. Acoso psicológico, moral, laboral o mobbing .....	288
3.2. La tutela del ordenamiento ante las situaciones de acoso .....	292
3.2.1. La Tutela Preventiva y Sancionadora: instrumentos prioritarios para abordar el acoso.....	293
3.2.2. La Tutela Reactiva o como paralizar una situación de acoso ya existente .....	295
3.2.3. La Tutela Reparadora ante los daños ocasionados por el acoso.....	297
3.2.4. La Tutela Colectiva como herramienta idónea para prevenir y proteger a las personas trabajadoras del acoso: los protocolos ..	299
4. El impacto de las tecnologías en el acoso: el ciberacoso o acoso digital .....	302
4.1. Concepto de ciberacoso o acoso digital, elementos caracterizadores y conductas más típicas.....	302
4.2. El ciberacoso en los Protocolos .....	307

## XII. El impacto de la transformación digital sobre el Empleo Público: en particular el teletrabajo

ALFONSO ESTEBAN MIGUEL

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

1. Introducción. La adaptación de la relación laboral en la Administración a la nueva era tecnológica .....	311
2. El teletrabajo en el sector público previo a la crisis sanitaria del 2020 .....	313
3. El teletrabajo como herramienta extraordinaria ante la crisis sanitaria: el punto de inflexión en su regulación .....	316
4. La regulación del teletrabajo en el sector público como herramienta ordinaria de forma de trabajar .....	320
4.1. La regulación del teletrabajo en la Administración pública .....	321
4.1.1. La regulación básica del teletrabajo en el EBEP .....	321
4.1.2. El desarrollo del régimen jurídico del teletrabajo en la Administración: la negociación colectiva.....	325
4.1.3. El desarrollo del régimen jurídico del teletrabajo en la Administración General del Estado .....	326
4.1.4. El desarrollo del régimen jurídico del teletrabajo en el ámbito autonómico .....	328
4.1.5. El desarrollo del régimen jurídico del teletrabajo en el ámbito local..	330
4.2. La regulación del teletrabajo en los entes públicos no Administración pública.....	331

5. A modo de conclusión: los retos (no tan de futuro) del teletrabajo en el sector público ..... 333

*Parte tercera*

**La dimensión colectiva de las relaciones de trabajo ante la disrupción digital**

**XIII. La negociación colectiva ante la disrupción digital: retos y respuestas**

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

1. El protagonismo de la autonomía colectiva en la gestión de los efectos laborales de la digitalización ..... 339
2. Principales ámbitos de intervención de la negociación colectiva: derechos digitales, desconexión y regulación del trabajo en plataformas..... 342
3. Los derechos de información sobre el algoritmo: una oportunidad para la negociación colectiva..... 346
4. La participación colectiva en la gestión de las transiciones digitales del empleo. 351

**XIV. La disrupción digital y su impacto en los medios de acción sindical**

PATRICIA NIETO ROJAS

1. Los sindicatos ante los retos derivados de la transformación digital ..... 357
2. La obsolescencia del marco legal como punto de partida..... 361
  - 2.1. La habilitación de espacios de comunicación a través de medios digitales en la más reciente negociación colectiva..... 362
  - 2.2. El excepcional reconocimiento del derecho a las TICs ante la ausencia de acuerdo ..... 369
3. El uso de medios electrónicos de acción sindical en las empresas que desarrollan trabajo a distancia ..... 375
4. A modo de conclusión ..... 381

**XV. El papel de la negociación colectiva en la regulación del uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de los trabajadores**

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

1. Regulación autónoma y heterónoma ..... 383
  - 1.1. Los intereses en juego..... 383
  - 1.2. La necesidad de una cierta regulación autónoma ..... 388
  - 1.3. La conveniencia de una regulación negociada ..... 391
2. La regulación legal ..... 394
  - 2.1. El contenido básico de la regulación ..... 394
  - 2.2. El llamamiento a la participación de los representantes de los trabajadores ..... 399
3. La práctica negocial ..... 403
4. Conclusiones ..... 407

## XVI. La consolidación de la negociación colectiva transnacional a través de la disrupción tecnológica

LUIS GORDO GONZÁLEZ

1. La tecnología en las relaciones laborales: el “último” desafío del Derecho del Trabajo .....	409
2. Delimitación del marco tecnológico: Big data, algoritmos e inteligencia artificial en la negociación colectiva .....	412
2.1. Marco tecnológico .....	412
2.2. La inteligencia artificial en las relaciones laborales.....	414
2.3. Aproximación a la negociación colectiva nacional ante la inteligencia artificial y el algoritmo.....	416
2.3.1. De forma pasiva .....	417
2.3.2. De forma activa, pero insuficiente.....	418
2.3.3. De forma exhaustiva.....	419
3. La negociación colectiva transnacional ante la disrupción tecnológica.....	421
3.1. El ejercicio de los derechos colectivos en el contexto transnacional.....	421
3.2. La disrupción tecnológica en las empresas transnacionales .....	424
3.2.1. El papel de la inteligencia artificial en la consolidación y difusión de los acuerdos marco globales .....	425
3.2.2. Deberes de información y negociación transnacional sobre los procesos de inteligencia artificial implementados en la empresa .....	427
4. Los retos futuros del nivel transnacional de negociación colectiva ante la disrupción tecnológica .....	430

## XVII. La negociación colectiva de los repartidores y conductores en plataformas. El caso español: de los acuerdos de interés profesional al convenio colectivo

VÍCTOR SÁNCHEZ DEL OLMO

1. Introducción.....	433
2. Los acuerdos de interés profesional existentes anteriormente con las empresas de plataformas digitales.....	439
2.1. El caso de Deliveroo .....	440
2.2. El supuesto de los conductores.....	441
3. La aprobación del Real Decreto-ley 9/2021 y la consiguiente Ley 12/2021, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.....	442
4. La hora de la negociación colectiva: el antecedente del V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería y los recientes ejemplos del acuerdo colectivo alcanzado en la empresa Just Eat y el convenio colectivo de VTC.....	445
4.1. El acceso a la negociación colectiva.....	446
4.2. El V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería ..	447
4.3. El caso JustEat: acta de acuerdo de mediación .....	448
4.4. El caso VTC: convenio colectivo .....	451
4.5. ¿Debe incluirse el algoritmo como elemento de negociación?.....	453
5. La propuesta de Directiva europea .....	454
6. Conclusiones .....	456

XVIII. Desbordando los márgenes de la negociación colectiva convencional. Regulación de prestaciones de servicios de trabajadores por cuenta propia en un nuevo contexto tecnológico y productivo

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

1. La centralidad de los derechos colectivos ante cualquier forma de empleo en la nueva realidad productiva y tecnológica ..... 459
2. Desbordando los márgenes de la negociación de la negociación colectiva convencional ..... 462
  - 2.1. Vientos de cambio a nivel comunitario ..... 462
  - 2.2. Hay espacio en el art. 37.1 CE...y las conexiones con el 28.1 CE ..... 472
3. La marginalidad actual de instrumentos colectivos de regulación del trabajo autónomo ..... 476
  - 3.1. Previsiones dirigidas a trabajadores autónomos en convenios colectivos. El espacio y licitud de las cláusulas garantistas para trabajadores por cuenta propia (prevención de riesgos laborales, formación, retribución) ..... 476
  - 3.2. Extensión del ámbito de aplicación del convenio colectivo..... 479
  - 3.3. La previsión legal específica: Los acuerdos de interés profesional..... 480
    - 3.3.1. Cuestiones controvertidas desde la óptica de derecho de la competencia..... 481
    - 3.3.2. Otras cuestiones relativas a la proyección del AIP como fuente de regulación de las prestaciones de servicios de los trabajadores autónomos ..... 484
4. La necesidad de una relectura abierta... A modo de conclusión..... 485

XIX. Ordenación del derecho a la desconexión digital del trabajador: una mirada a sus fuentes con particular atención al papel de la negociación colectiva

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

1. Consideraciones preliminares sobre el derecho a la desconexión digital..... 487
2. Autonomía colectiva y derecho a la desconexión digital ..... 491
  - 2.1. Significación de la autonomía colectiva en la ordenación del derecho a la desconexión digital ..... 491
  - 2.2. Regulación del derecho a la desconexión digital en los convenios colectivos ..... 495
3. Política interna empresarial ..... 503
4. Recapitulación y conclusiones ..... 505