

# PODERES DIRECTIVOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave: poder de dirección, nuevas tecnologías, ius resistentiae, despido, esquirolaje tecnológico**

Hace décadas que la doctrina viene alertando sobre los efectos que los espectaculares avances en el ámbito de las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) tienen sobre las relaciones laborales. De hecho existe un acusado desfase entre la realidad y el Derecho laboral que no ha sido resuelto aún por el legislador.

Esta anomia se evidencia, entre otras materias, en lo que respecta al ejercicio del poder de dirección laboral, cuyo fundamento es la situación de subordinación jurídica del trabajador por cuenta ajena. No cabe duda que las nuevas tecnologías han venido a intensificar la capacidad del empleador para impartir órdenes digitales. Cuando ésta últimas provienen de una persona física no se plantea dilema alguno. Por el contrario, si las órdenes emanan de una inteligencia artificial habría que cuestionarse si resulta cobertura legal suficiente el artículo 20 TRET. Mediante las TIC es factible realizar “esquirolaje tecnológico”, que no es sino una manifestación de los poderes directivos y cuya legalidad ha sido constatada por el Tribunal Constitucional recientemente.

El abuso de las nuevas tecnologías de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores como herramientas de trabajo también puede dar lugar a incumplimientos contractuales graves y culpables. Igualmente, se enmarca dentro de los poderes directivos del empresario la implantación de nuevas tecnologías de la empresa para aumentar su competitividad, que puede ser causa legítima para efectuar despidos colectivos por razones técnicas; o despidos objetivos por falta de adaptación de los trabajadores a cambios tecnológicos razonables en sus respectivos puestos de trabajo.

## ABSTRACT

**Key words: Power of direction, new technologies, ius resistentiae, dismissal, technological strike-breaking**

Although research on the effects of spectacular progress in information and communication technologies on labor relations has been underway for decades, the gap between reality and labor law is constantly increasing.

This anomie is evidenced, among other matters, as regards the exercise of the power of labor management, whose legal basis is the situation of legal subordination of the employee. There is no doubt that new technologies have intensified the ability of the employer to deliver digital orders. When the latter comes from a human being no dilemma arises. On the contrary, if the orders emanate from an artificial intelligence it would have to be considered if Article 20 TRET provides sufficient legal coverage.

ICT also allows “technological strike-breaking”, a manifestation of the managerial powers, whose legality has been verified by the Constitutional Court.

These practices may be legitimate cause for collective dismissals for technical reasons, or objective dismissals for lack of adaptation of workers to reasonable technological changes in their jobs.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PODER DE DIRECCIÓN LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS EMPRESARIALES
  - 2.1. La subordinación jurídica en el contrato de trabajo como fundamento del poder de dirección
3. NUEVAS TECNOLOGÍAS, PODER DE DIRECCIÓN Y ANOMIA LABORAL
4. PODER DE DIRECCIÓN REMOTO: ÓRDENES DIGITALES
  - 4.1. ¿Ius resistitiae “tecnológico” frente a órdenes impartidas por una máquina o programa informático?
5. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS
6. FACULTAD SANCIONADORA COMO COLORARIO DEL PODER DIRECTIVO
  - 6.1. El (ab)uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación de titularidad empresarial como causa de despido disciplinario
7. CUANDO LOS TRABAJADORES SON LOS PROPIETARIOS DE LAS TICS: PODER DE DIRECCIÓN Y “BYOT”
8. LOS PODERES DIRECTIVOS PARA IMPLEMENTAR NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS
9. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

La imparable revolución tecnológica que se viene desarrollando desde el S.XX en el ámbito de las Nuevas Tecnologías<sup>1</sup> de la Información y Comunicación (TIC)<sup>2</sup> ha tenido un profundo impacto en los países occidentales a todos los niveles y ha contribuido, sin duda, a elevar el nivel de vida.

Reflejo de estos cambios es la acuñación de una terminología específica para describir las nuevas realidades sociales, económicas y culturales: econo-

<sup>1</sup> “Internet comenzó en la década de los años sesentas como una iniciativa de la Agencia de Proyectos Avanzados de Investigación (ARPA) de EEUU destinada a crear una red que garantizasen la transmisión de datos entre los ordenadores del sector militar. En 1991, la Fundación Nacional de Ciencias de EEUU relajó la restricción impuestas a esta red y permitió el uso comercial de la misma”. Cfr. Kuan-Tsae Huang; Yang W. Lee; Richard Y. Wang; Calidad de la Inforamación y Gestión del Conocimiento. Aenor. Madrid. 2000; p.201.

<sup>2</sup> Joan Torrent y Jordi Vilaseca; “La Economía del Conocimiento y la Empresa Red” en: Manuel Castells e Imma Tubella; La Empresa Red. Tecnologías de la Información y la Comunicación. Productividad y Competitividad. Ariel. Barcelona. 2007; p.29: “las TIC comprenden el conjunto convergente de aplicaciones de microelectrónica, informática, telecomunicaciones, optoelectrónica y los recientes avances de la nanotecnología y la biotecnología”.

mía del conocimiento<sup>3</sup>, sociedad de la información<sup>4</sup>, nativos digitales<sup>5</sup>, tecnoestrés<sup>6</sup>...

Tal es la importancia creciente de las TICs que el 17 de mayo ha sido declarado el Día Mundial de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

Como no podía ser de otra manera, el ámbito de las relaciones laborales también se ha visto profundamente afectado por la revolución tecnológica<sup>7</sup>, hasta el punto que se preconiza un “transición de los empleos tradicionales a los trabajos digitales”<sup>8</sup>.

Manifestaciones de estas transformaciones pueden ya apreciarse en cuanto que la presencia física trabajadores y empresarios en el centro de trabajo se va sustituyendo por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación, originando una nueva “dependencia tecnológica”<sup>9</sup>.

Y hasta el propio Tribunal Constitucional reconoce que “la utilización de ordenadores u otros medios informáticos por parte de los trabajadores está generalizada en el mundo laboral”-STC 241/2012, de 17 de diciembre-.

<sup>3</sup> Joan Torrent y Jordi Vilaseca; “La Economía del Conocimiento y la Empresa Red”. Op. cit.; p. 29.

<sup>4</sup> Es un término tan extendido que es frecuente su utilización por la Comisión Europea, p.e: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14.6.2007, “Envejecer Mejor en la Sociedad de la Información”.

<sup>5</sup> Expresión que se atribuye a Marc Prensky.

<sup>6</sup> Lucía Aragüez Valenzuela; “El Impacto de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Salud de los Trabajadores: el Tecnoestrés”. e-Revista Internacional de la Protección Social nº 2/2017 (en prensa).

<sup>7</sup> E. Macarena Sierra Benítez; “La Protección Social de los Trabajadores ante el Desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica”. Revista de Derecho de la Seguridad Social nº 11/2017; pp.133-159.

<sup>8</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Una Educación de Alta Calidad para Todos”. DOUE de 31.5.2017; p.5.

<sup>9</sup> Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia. 1990; p.41: “si las nuevas tecnologías están poniendo en crisis alguno de los indicios tradicionales de la subordinación, también están contribuyendo a crear otros (la dependencia tecnológica)”. E. Macarena Sierra Benítez; “El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: ¿Qué Derecho del Trabajo Dependiente Debemos Construir para el Siglo XXI?”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo nº4/2015; pp. 93-118.

Resulta innegable, como señala GOLDIN<sup>10</sup>, que todos estos cambios someten al ordenamiento jurídico en general, y al Derecho del Trabajo en particular, “a duras pruebas” dejando atrás los tiempos de las relaciones laborales “tradicionales”<sup>11</sup>.

En este nuevo marco histórico, la finalidad de este artículo es analizar, concretamente, cómo las nuevas tecnologías están incidiendo en el ejercicio del haz de facultades que comprende el poder de dirección del empresario pues, qué duda cabe, que “el modelo jerarquizado y autoritario de ejercicio del poder organizativo del empleador propio del fordismo ya no se adecúa a las nuevas formas de trabajo”<sup>12</sup>.

No es objeto de estudio, sin embargo, el ejercicio del derecho de control y vigilancia de los trabajadores por parte del empresario a través de las nuevas tecnologías. Y es que esa cuestión es analizada exhaustivamente en otro de los artículos de este número monográfico de la revista Temas Laborales.

## **2. EL PODER DE DIRECCIÓN LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS EMPRESARIALES**

Pese a que no es posible encontrar una definición del poder de dirección ni de poderes directivos en la Constitución, es pacíficamente aceptado que su artículo 38 constituye el fundamento constitucional que da cobertura jurídica a las decisiones empresariales relacionadas no sólo con la organización de los recursos materiales e inmateriales de la empresa sino también con la organización de sus recursos humanos.

Por eso, más que hablar de poder de dirección en singular, habría que hacerlo en plural.

Es más, los poderes directivos en otras esferas concernientes a la empresa (fiscal, mercantil...) existen y subsisten aunque la empresa no tenga trabajadores por cuenta ajena a su servicio.

Cuando, sin embargo, se haya procedido a la contratación de trabajadores por cuenta ajena al empresario se le reconoce, además, un poder de dirección en

<sup>10</sup> Adrian O. Goldin; “El Concepto de Dependencia Laboral y las Transformaciones Productivas”. Relaciones Laborales I-1996; p.340.

<sup>11</sup> Wolfgang Hromadka; “Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht”. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht n° 11/1997; p.580.

<sup>12</sup> Miquel Àngel Falguera i Baró; “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. Trabajo y Derecho n° 19/2016; p.13.

el ámbito de las “las prestaciones laborales de sus trabajadores”<sup>13</sup>. O dicho con otras palabras, el poder de dirección laboral es “aquella capacidad del empleador de ordenar el modo, tiempo y lugar de la ejecución del trabajo contrato”<sup>14</sup>.

De este poder de dirección se ha afirmado que resulta “imprescindible para la buena marcha de la organización productiva” (SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 241/2012, de 17 de diciembre; 39/2016, de 3 de marzo). Sin embargo no es un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental: permitir al empresario la autotutela<sup>15</sup> de sus intereses.

No existe, sin embargo, un criterio unánime entre la doctrina sobre el listado de facultades que el poder de dirección comprende, sin que haya contribuido a esclarecer este debate “las confusas y contradictorias posiciones de la jurisprudencia sobre los exactos perfiles del poder de dirección”<sup>16</sup>.

Evidentemente, el poder de dirección comprende un amplio abanico de potestades entre las que se encuentran “el poder de dirección del empresario en la ejecución de la prestación laboral y en la determinación del contenido de ésta (artículo 20.1 y 20.2 TRET), el poder de vigilancia y control empresarial (artículo 20.3 3) y el control específico en caso de enfermedad (artículo 20.4 TRET) -STS de 1.7.1996 (RJ.5622)-.

Una interpretación aun más extensa es la defendida por MONTOYA MELGAR que incluye también dentro de este concepto al *ius variandi* (artículo 39 TRET); movilidad geográfica (artículo 40 TRET); modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 TRET); despido por causas objetivas (artículo 52 TRET); suspensiones y extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículos 47, 51 y 52.c) TRET); y despidos por causas objetivas (artículo 52 TRET)<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Alfredo Montoya Melgar; “El Poder de Dirección del Empresario en las Estructuras Empresariales Complejas”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 48/2004; pp.135 y 136.

<sup>14</sup> Guillermo Rodríguez Iniesta; “Facultades Empresariales de Control y Vigilancia de la Salud “versus” Derecho a la Intimidad de los Trabajadores” en: Carmen Sánchez-Trigueros y Francisco A. González Díaz; Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2011; p.190

<sup>15</sup> José Luis Gil Gil; Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1993; p.31: “la autotutela equivale a autodefensa o autoprotección y postula la reafirmación extrajudicial de un interés propio”.

<sup>16</sup> Rosa María Morato García; Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección. Comares. Granada. 2011; p.37.

<sup>17</sup> Alfredo Montoya Melgar; “El Poder de Dirección del Empresario en las Estructuras Empresariales Complejas”. Op. cit.; p.135.

En cualquier caso, desde un punto de vista temporal, se puede afirmar que aunque los poderes directivos del empresario son anteriores en el tiempo al contrato de trabajo, el poder de dirección laboral en sentido estricto es coetáneo al contrato laboral, pues con él surge la situación de subordinación jurídica en la que mor del contrato laboral se encuentra quien presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena<sup>18</sup>.

### **2.1. La subordinación jurídica en el contrato de trabajo como fundamento del poder de dirección**

Resulta “indudable la diferente condición que manifiestan el empresario y el trabajador, en la que éste no se encuentra en situación de igualdad respecto a aquél, ya en el campo económico, ya en el jurídico, porque la relación de trabajo que les liga es de supremacía y respectiva subordinación jurídica” (STC 114/1983, de 6 de diciembre).

Precisamente se ha resaltado en numerosas ocasiones que la principal diferencia entre el contrato de trabajo y el civil radica en que “el Derecho del Trabajo añade al contenido del contrato ese elemento de la sujeción jurídica del trabajo al empresario que no consagraba la Codificación civil”<sup>19</sup>.

En opinión de JAVILLIER<sup>20</sup>, el status de subordinación en que se halla el trabajador encuentra su fundamento último, en el hecho de que “en el régimen capitalista, el empleador asume todo el riesgo económico y el trabajador ninguno. La subordinación es reflejo de esas relaciones de producción: trabajo jurídicamente subordinado al capital”. Subordinación o dependencia resultan, por tanto, “de la integración del trabajador en una organización colectiva del trabajo diseñada por y para otros”<sup>21</sup>.

Es este poder de dirección circunscrito a los “aspectos laborales” el que será objeto del presten estudio.

Siguiendo a RIVERO LAMAS<sup>22</sup> la subordinación jurídica se diferencia de la subordinación técnica en que esta última “supone una actividad dirigida o vigi-

<sup>18</sup> La propia aceptación del contrato implica el reconocimiento del poder de dirección del empresario, como afirma la STC 39/2016, de 3 de marzo.

<sup>19</sup> Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; “Contrato de Trabajo y Autonomía del Trabajador” en: Jesús Cruz Villalón (Coord.); Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la Delimitación de Fronteras del Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid. 1999; p.23.

<sup>20</sup> Jean-Claude Javillier; Derecho del Trabajo. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1982; p.76.

<sup>21</sup> Alain Supiot (Coord.); Trabajo y Empleo. Transformaciones del Trabajo y Futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999; p.49.

<sup>22</sup> Juan Rivero Lamas; “La Descentralización Productiva y las Nuevas Formas Organizativas del Trabajo” en: VV.AA. Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 2000; p.77.

lada de forma constante o inmediata por el empleador y su cadena jerárquica de mando”, mientras que la subordinación jurídica “inscribe al trabajador en el ámbito de organización del trabajo del empleador, en el cual se ejercitan los poderes de dirección y disciplinario”.

De las anteriores premisas no cabe deducir que el poder de dirección en la esfera laboral sea un poder absoluto sino todo lo contrario puesto que “todo el Derecho del Trabajo no es otra cosa que un sistema de progresiva contención del poder empresarial”<sup>23</sup>.

En definitiva, en una economía de mercado el poder de dirección actúa como cobertura legal a las decisiones empresariales vinculadas a la organización del trabajo en el seno de la empresa.

### **3. NUEVAS TECNOLOGÍAS, PODER DE DIRECCIÓN Y ANOMIA LABORAL**

El Estatuto de los Trabajadores (1980) -centrado más en “la racionalización de los poderes empresariales que en su limitación o reducción”<sup>24</sup>- es fruto del momento histórico en que se promulga. Por tanto, no pudo prever los profundos cambios de los modelos productivos en una economía globalizada.

Es por eso que en muchos ámbitos<sup>25</sup>, entre ellos el poder de dirección laboral, su articulado resulta en ocasiones obsoleto ante las nuevas realidades empresariales como “las situaciones complejas de articulación de la producción entre diversas empresas en red”<sup>26</sup>, el teletrabajo, ...

Lo mismo puede decirse de la incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del poder de dirección: pese a las innumerables reformas de que ha sido objeto el ET a lo largo de las últimas décadas, sigue sin contener previsiones

<sup>23</sup> Alfredo Montoya Melgar; “Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales” en: Carmen Sánchez-Trigueros y Francisco A. González Díaz; Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2011; p.33.

<sup>24</sup> José Gil Gil; Autotutela Privada y Poder Disciplinario en la Empresa. Op. cit.; Madrid.1993; p.14.

<sup>25</sup> Cfr. E. Macarena Sierra Benítez; “Los Conductores de Vehículos Privados de Uberpop: Una Nueva situación de Anomia Laboral” en: C. Sánchez-Rodas Navarro y Eva Garrido (Dir.); El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Encrucijada: Retos para la Disciplina Laboral. Laborum. Murcia, 2016; pp. 247-260.

<sup>26</sup> Jesús Cruz Villalón; “Poder de Dirección y Nuevas Estructuras Empresariales” en: Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.); El Poder de Dirección del Empresario. Nuevas Perspectivas. La Ley. Madrid. 2005; p.226.

específicas para resolver las controversias que plantea el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el ámbito laboral.

A priori podría temerse que esta anomia generaría una extraordinaria litigiosidad y consiguientemente llevara consigo un notable incremento de sentencias judiciales. Ciertamente existe un interesante y no escaso número de pronunciamientos no sólo por parte de los tribunales españoles sino incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación e información y su incidencia en el ámbito laboral<sup>27</sup>.

No obstante, quizás debido a que estas nuevas formas de comunicación e información han calado hasta tal punto en el ámbito privado y en la propia Administración<sup>28</sup> (el móvil o el ordenador se han convertido en una “extensión” de la persona), nos encontramos con el hecho de que las controversias laborales que su utilización puede plantear no son ni mucho menos un tema “estrella” en los programas electorales de los partidos políticos -como puede ser la cuestión de la “reforma laboral”- ni tampoco por lo que respecta a reivindicaciones sindicales.

Como posible solución para paliar la ausencia de legislación específica cabría pensar en una remisión a la negociación colectiva para “regular los respectivos derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores, en cuanto a utilización de las nuevas tecnologías”<sup>29</sup>. Pero, como en otras tantas materias en las que podrían incluso mejorar la legislación vigente, los convenios colectivos son muy parcos a la hora de regular el uso de las TICs<sup>30</sup>.

Dado que la realidad va siempre por delante del Derecho, y sobre todo la “realidad informática” avanza a un ritmo vertiginoso, habría que cuestionarse si resultaría realmente conveniente una regulación a nivel legislativo puntual y detallada en esta esfera. Máxime teniendo en cuenta que podría quedar obsoleta a poco de promulgarse porque los avances de la tecnología parecen no tener límites: lo que ayer era ciencia ficción hoy es realidad.

<sup>27</sup> A título ilustrativo, cfr. STEHD de 12.1.2016 (Barbulescu/Rumanía).

<sup>28</sup> La STS de 1.12.2016 (RJ. 6105) declaró ajustado a Derecho la decisión empresarial de sustituir la entrega de la nómina en soporte papel por un sistema informático “a la vista de la generalización de la utilización del soporte informático en lugar del soporte papel para almacenar y comunicar datos, documentos, decisiones...utilizado profusamente tanto en el ámbito privado como en la Administración Pública”.

<sup>29</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga; “El Difícil Equilibrio entre el Poder de Dirección del Empresario y los Derechos Fundamentales de los Trabajadores”. Revista jurídica de Castilla y León nº 2/2004; p.164.

<sup>30</sup> Miquel Àngel Falguera Baró; “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. Op. cit.; p.4: “la reglamentación colectiva resulta claramente insuficiente, tanto en términos cuantitativos como cualitativos”.



A la vista de lo expuesto, la actual anomia legislativa respecto al poder de dirección en la esfera laboral y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en vez de merecer una valoración negativa podría considerarse la solución menos “mala” por el momento.

En todo caso hay que reconocer que la anomia del TRET sobre el uso de las TICs ha podido ser salvada por el momento con éxito por nuestros tribunales invocando los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la propia imagen consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Constitución. Estos derechos en última instancia actúan como barrera ante posibles injerencias tecnológicas ilícitas por parte del empresario.

Y es que los trabajadores por el hecho de incorporarse a una organización empresarial ajena no quedan privados de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que la Constitución consagra<sup>31</sup>. Sin perjuicio de que como el Tribunal Constitucional igualmente admita “el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva puede imponer limitaciones o restricciones a los derechos de los trabajadores”<sup>32</sup>.

Mantener ese delicado equilibrio es el reto al que se ve abocado el Derecho del Trabajo del S.XXI.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, en muchos casos, el origen del conflicto no radica en el uso de las nuevas tecnologías *per se*, si no en la falta de información por parte del empresario de su implantación a los representantes de los trabajadores y/o a estos últimos.

“*De lege ferenda*” resultaría conveniente que el TRET regulara de manera clara y específica el derecho tanto de los trabajadores como de sus representantes a ser informados sobre la implantación de nuevas tecnologías en la empresa en tanto y en cuanto que estas pudieran entrar en colisión con Derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores, que cobran así un “renovado protagonismo”<sup>33</sup>.

Y es que, hoy por hoy, a la luz del artículo 8.5 TRET -en conexión con el Real Decreto 1659/1998- por lo que atañe al deber de información empresarial sobre los elementos esenciales del contrato y a las principales condiciones de eje-

<sup>31</sup> SSTC 88/1985, de 19 de julio; y 6/1995, de 10 de enero.

<sup>32</sup> Al respecto, SSTC 6/1995, de 10 de enero; 106/1996, de 12 de junio; y 136/1996, de 23 de julio. M<sup>a</sup> Fernanda Fernández López; “Libertad Ideológica y Prestación de Servicios”. Relaciones Laborales 1985-II; p.426: “la sola idea del ingreso en una organización implica una cierta comprensión de los derechos de que el individuo es titular; sin esa comprensión y armonización la vida de la organización no sería posible”.

<sup>33</sup> Eusebi Colàs-Neila; “La Amenaza de los Derechos del Trabajador Derivada de la Innovación Tecnológica en la Empresa”. *Creatividad y Sociedad* n<sup>o</sup>26/2016; p.263.

cución de la prestación laboral, no puede concluirse que exista un deber legal de información a los trabajadores sobre el ejercicio del poder de dirección a través de las nuevas tecnologías en tiempo y/o lugar de trabajo.

Tampoco contradice la anterior afirmación el contenido del artículo 64 del TRET, que lleva por rúbrica “derechos de información y consulta” porque no atribuye a los representantes legales de los trabajadores el derecho a ser informado ni les otorga el derecho a emitir informe respecto al ejercicio del poder de dirección a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

A la vista de lo expuesto ha de merecer una valoración positiva la promulgación en el ámbito europeo del Reglamento 2016/679 (relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales) y de cuyo ámbito de aplicación personal y material no quedan excluidas las relaciones laborales<sup>34</sup>. Sin duda el mismo contribuirá a una mayor protección de los derechos y libertades tanto de los ciudadanos como de los trabajadores.

#### 4. PODER DE DIRECCIÓN REMOTO: ÓRDENES DIGITALES

El derecho del empresario a impartir órdenes e instrucciones y el correlativo deber del trabajador de obedecerlas está regulado en los artículos 5.c) y 20.2 del TRET<sup>35</sup>.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han venido a intensificar la capacidad del empleador para impartir órdenes e instrucciones (instrucciones digitales) y llevar a cabo “una supervisión y dirección remota”<sup>36</sup> pues no siempre será necesaria “la concurrencia en un mismo lugar y tiempo de máquina, energía y trabajador”<sup>37</sup>; y no por ello trabajador digital estará sometido

<sup>34</sup> José Luis Goñi Sein; “Nuevas Tecnologías Digitales, Poderes Empresariales y Derechos de los Trabajadores: Análisis desde la Perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”. Revista de Derecho Social nº78/2017; pp.15-42.

<sup>35</sup> Rosa María Morato García; Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección. Op. cit.; p.4: “la potestad de mando constituye uno de los elementos más representativos si no el principal, de la posición subjetiva que adopta el empleador en la relación de trabajo”.

<sup>36</sup> Antonio Padilla Meléndez; “El Teletrabajo como Sistema de Aspectos en el Contexto de las Organizaciones Actuales: Concepto, Perspectivas de Futuro y Aplicación al Turismo” en: Francisco J. Martínez López; José Luis Salmerón Silvera y Juan Carlos Roca Pulido (Ed.); Teletrabajo, una Visión Multidisciplinar. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva. 1998; p.14. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo. Op. cit.; p.35: “la introducción de la informática provoca una desestabilización del equilibrio de fuerzas que rige la relación de trabajo en favor del empresario...el trabajo no es sólo más fragmentario, repetitivo y pobre, sino que se realiza sometido a un poder de vigilancia que ha crecido en intensidad al imprimirse en el programa informático”.

<sup>37</sup> Pedro Navarro; El Futuro del Empleo. Círculo de Lectores. Barcelona. 1999; p.26.

a controles menos intensos que los de los trabajadores que realizan su prestación intra muros de la empresa.

Pero no siempre va a resultar fácil mantener el precario equilibrio entre las insospechadas posibilidades que las innovaciones tecnológicas han traído consigo, de una parte, con el respeto debido a la persona del trabajador, de otro lado.

Se puede afirmar que las TICs permiten la presencia virtual del trabajador y su integración en la organización empresarial independientemente de dónde y cuándo realicen su prestación laboral porque a través de las herramientas informáticas el trabajador se inserta en el “en el sistema informático y telemático de la empresa”<sup>38</sup>.

Además, en la sociedad contemporánea cada es más frecuente que las comunicaciones en la empresa sean un auténtico diálogo interactivo, produciéndose un crecimiento exponencial de avisos, notificaciones, órdenes de trabajo, etc. a través de correo electrónico o redes sociales<sup>39</sup>. Con un “click” es suficiente para que una orden o instrucción pueda ser enviado a la totalidad de la plantilla y a cualquier punto del planeta.

En España incluso ya existen convenios colectivos que “expresamente contemplan la posibilidad de informar al trabajador de determinados aspectos relacionados con la ejecución de su trabajo a través de aplicaciones instaladas en el teléfono móvil”<sup>40</sup>.

Han proliferado las aplicaciones informáticas que permiten no sólo a través de ordenadores sino incluso a través del teléfono móvil, tablets, o relojes “inteligentes” mantener una comunicación constante y en tiempo real entre empresa-trabajadores haciendo de estos últimos “trabajadores de cristal” en cuanto a la intensidad del control y vigilancia que el empresario puede llegar a ostentar<sup>41</sup>.

Pero es más, las nuevas aplicaciones informáticas permiten realizar un “seguimiento” de las instrucciones telemáticamente enviadas y verificar cuándo han sido recibidas y cuándo abiertas y “leídas” por sus destinatarios.

Estas prácticas pueden llegar a ser de tal intensidad que en muchos casos provocan una injustificada extensión de la jornada de trabajo, pues se invaden tiempos de descanso, festivos e incluso vacaciones.

<sup>38</sup> Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; “El Trabajo Subordinado como Tipo Contractual”. Documentación Laboral nº 39/1993; p.35.

<sup>39</sup> Miguel Ángel Falguera Baró; “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. Op, cit.; p.10.

<sup>40</sup> M<sup>a</sup> José Cervilla, Garzón; “Efectos del Uso de la Aplicación Whatsapp en el Marco de las Relaciones Laborales”. Temas Laborales nº 136/2017; p.84.

<sup>41</sup> Miguel Gutiérrez Pérez; Ciudadanía en la Empresa y Derechos Fundamentales Inespecíficos. Laborum. Murcia, España. 2011; p.191.

Conforme a la legislación laboral española, fuera de la jornada laboral no hay obligación de contestar mensajes ni atender llamadas de la empresa, Pero lo cierto es que el uso de las TICs ha generado lo que podríamos denominar un “síndrome compulsivo de abstinencia informática” que hace que buena parte de la población esté pendiente en cualquier sitio y a cualquier hora de sus bandejas de entrada de llamadas, mail, whatsapps... perdiéndose cada vez la capacidad de trazar una nítida separación entre el ámbito laboral y el personal.

Este problema no es en modo alguno baladí ni exclusivo de nuestro país, como lo prueba el hecho de que en el país vecino se haya aprobado en 2017 una reforma del código laboral francés por la que se regula el Derecho a la “la desconexión digital”<sup>42</sup>.

#### **4.1. ¿Ius resistentiae “tecnológico” frente a órdenes impartidas por una máquina o programa informático?**

Tradicionalmente, las órdenes empresariales eran impartidas verbalmente o por escrito por un ser humano, independientemente de la personalidad jurídica del empresario. Especialmente ilustrativo a estos efectos es que el artículo 20.1 faculte para impartir órdenes al empresario, o persona en quien éste delegue, que se presume serán los directivos de la propia empresa<sup>43</sup> y, en todo caso, personas físicas<sup>44</sup>.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han propiciado que los medios utilizados para impartir órdenes a los empleados sean cada vez más sofisticados (móviles de última generación, whatsapps, mails...). Cuando dichas órdenes siguen emanando directamente de una persona física no se plantean, en principio, controversias jurídicas que no hubieran sido ya planteadas en el pasado y a las que les será aplicable lo dispuesto en el artículo 20 TRET.

Sin embargo, los avances de la Ciencia hacen posible que ya existan robots capaces de “razonar” y programas informáticos que imparten órdenes e instrucciones a los usuarios para realizar tareas cotidianas.

Puede que los nativos digitales asuman como usual y normal acatar los dictados de sus herramientas informáticas (para realizar una reserva hotelera on line, contestar a las preguntas de una máquina para poder dar parte de avería telefó-

<sup>42</sup> Francisco Alemán Páez; *El Derecho de Desconexión Digital: Una Aproximación Conceptual, Crítica y Contextualizadora al Hilo de la Loi Travail N° 2016-1088*. Trabajo y Derecho n° 30/2017; pp.12-33.

<sup>43</sup> Jesús Cruz Villalón; “Poder de Dirección y Nuevas Estructuras empresariales”. Op. cit.; p. 225.

<sup>44</sup> Rosa María Morato García; *Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección*. Op. cit.; 2011; p.63.

nica...). Pero en el ámbito laboral habría que plantearse si el empresario puede delegar la facultad de impartir órdenes en una máquina con inteligencia artificial o en un programa informático cuyas instrucciones hayan de ser seguidas por los trabajadores.

A este respecto la primera cuestión sería deslindar entre órdenes e instrucciones “mecánicas” frente a requisitos técnicos para la puesta en marcha o funcionamiento de las herramientas tecnológicas utilizadas para el cumplimiento de la prestación laboral. Respecto a este último bloque no se plantearía debate jurídico alguno al estar ya subsumido en los usos sociales y culturales occidentales la necesidad de manipular los aparatos para su correcto funcionamiento (en épocas pasadas siguiendo las instrucciones del manual del fabricante, actualmente siguiendo las pautas que por escrito o verbalmente va indicando el propio programa informático).

En cambio, respecto a las instrucciones y órdenes “mecánicas” específicamente dirigidas a un trabajador o grupo de trabajadores (p.e., la ruta marcada por el GPS del vehículo de la empresa<sup>45</sup>) sí que habría que analizar si existe un deber de obediencia ex artículo 20 TRET<sup>46</sup>.

Esto nos aboca no sólo a un debate jurídico, sino también filosófico y ético puesto que el punto de partida habría de ser que la inteligencia artificial creada por el ser humano es un instrumento a su servicio, y no a la inversa.

Desde esta perspectiva, si el legislador laboral sólo regula la obediencia debida a las órdenes impartidas por personas físicas, cuando la decisión concreta no ha sido tomada por un ser humano directamente, sino generada por una inteligencia artificial, es evidente que no concurre el presupuesto fáctico del artículo 20 TRET y no puede jurídicamente existir “desobediencia”.

## **5. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO COMO MANIFESTACIÓN DE LOS PODERES DIRECTIVOS**

El artículo 6.5 del Real Decreto 17/1977 sólo prohíbe expresamente el esquirolaje externo, si bien los tribunales acabaron por extender también dicha prohibición al esquirolaje “interno”<sup>47</sup> con el objeto de garantizar así la efectividad de

<sup>45</sup> Daniel Pérez del Prado; “Instrumentos GPS y Poder de Control del Empresario”. Revista de Contratación Electrónica nº 107/ 2009; pp.49-73.

<sup>46</sup> M<sup>a</sup> José Asquerino Lamparero; “El Derecho de Resistencia Frente al Poder de Dirección”. Aranzadi Social nº 8/2012; pp.277-302.

<sup>47</sup> Rubén López-Tamés Iglesias; “Significativos y Cercanos Pronunciamientos sobre la Huelga”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo nº 164/2014; p.116: “el esquirolaje interno puede producirse de dos maneras distintas, bien mediante el traslado del personal que labora en

la huelga como medio de presión y evitar dejar vacío de contenido este Derecho Fundamental.

La huelga legal, por tanto, se erige en un límite al poder de dirección laboral<sup>48</sup> pues como afirmó el Tribunal Constitucional “el *ius variandi* empresarial lesiona el derecho de huelga cuando se realiza de forma abusiva” (SSTC 123/1992, de 28 de septiembre; y 33/2011, de 28 de marzo).

Sin embargo, la legislación española no ha regulado, -ni tampoco el Derecho comparado- el llamado esquirolaje tecnológico que fue definido por el Tribunal Supremo como “sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos”<sup>49</sup> y cuya finalidad, por tanto, es mantener la actividad y aminorar los efectos del ejercicio del derecho de huelga garantizado constitucionalmente a los trabajadores.

Qué el esquirolaje tecnológico es ya una realidad resulta irrefutable, y no cabe duda de que los avances de la Ciencia irán incrementando paulatinamente el número de sectores en los que será posible sustituir el trabajo prestado habitualmente por trabajadores huelguistas por máquinas y programas informáticos.

Por el momento, la vigente doctrina sobre el esquirolaje tecnológico está contenida en la STC 17/2017 de 2 de febrero<sup>50</sup>. En esta sentencia<sup>51</sup> el Tribunal Constitucional concluye que no se vulnera del derecho de huelga cuando los trabajadores no huelguistas continúan realizando las mismas tareas que tenían asignadas y el empresario se ha limitado a ejercer “el poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa”. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional afirma que no existe ninguna normativa que, durante el ejercicio del derecho de huelga “prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad.

En relación con el epígrafe anterior de este trabajo resulta especialmente interesante la afirmación contenida en el Fundamento Jurídico 7º de la STC

otros centros de trabajo, o bien a través del encargo de las tareas a trabajadores no huelguistas del mismo centro”.

<sup>48</sup> STC 17/2017, de 2 de febrero: “la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga”.

<sup>49</sup> STS de 5.12.2012 (RJ. 1751).

<sup>50</sup> Sentencia comentada por Daniel Toscani Giménez; “La Prohibición de Esquirolaje Durante la Huelga con Especial Mención al Esquirolaje Tecnológico”. Trabajo y Derecho 30/2017; pp.82-86.

<sup>51</sup> La empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de Champions el día de la huelga.

17/2017 de 2 de febrero: “la prohibición prevista en el art. 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977 se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos” (el subrayado es añadido).

Este razonamiento viene a corroborar -a nuestro juicio- la tesis ya defendida sobre la legitimidad de la desobediencia a las órdenes e instrucciones que no emanan directamente de un ser humano (desobediencia “tecnológica”). Y es que si las TICs no son personas -y por tanto no pueden ser “esquiroles” a los efectos del Real Decreto Ley 17/1977-, tampoco pueden equipararse a las personas a efectos de impartir órdenes o instrucciones conforme al artículo 20 TRET, pues este precepto sólo ampara las órdenes emanadas de personas físicas.

## **6. FACULTAD SANCIONADORA COMO COLORARIO DEL PODER DIRECTIVO**

No es pacífica entre la doctrina española la cuestión de si se incluye<sup>52</sup>, o no, el poder sancionador entre el elenco de facultades que el poder de dirección laboral comprende.

Pero dejando al margen disquisiciones teóricas, desde un punto de vista eminentemente práctico hay que reconocer que “el poder directivo quedaría reducido a un poder moral de no haberse dotado también al empresario de la capacidad para sancionar los incumplimientos”<sup>53</sup>.

Es por eso que el Derecho del trabajo “ha otorgado una vestidura y legitimidad jurídica al poder de dirección, dotándole de singulares instrumentos para asegurar su efectividad, como el poder disciplinario o la facultad de despido”<sup>54</sup>.

El poder sancionador deriva y tiene su fundamento en la subordinación jurídica en la que se coloca el trabajador en el contrato de trabajo por cuenta ajena y que faculta al empresario -en caso de incumplimientos graves y culpables del trabajador de la prestación pactada- para adoptar unilateralmente medidas legales (artículo 58 TRET) que no se prevén para el caso del incumplimiento de un contrato civil.

<sup>52</sup> Entre los que sí lo incluyen, cfr. Jesús Cruz Villalón; “Poder de Dirección y Nuevas Estructuras Empresariales”. Op. cit.; p.237: “el poder disciplinario, tercera manifestación de los poderes directivos”.

<sup>53</sup> Rosa María Morato García; Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección. Op. cit.; p.47.

<sup>54</sup> Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer; “Poder de Dirección y Derecho Contractual” en: Ricardo Escudero Rodríguez; El Poder de Dirección del Empresario: Nuevas Perspectivas. La Ley. Madrid. 2005; p.6.

### **6.1. El (ab)uso uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación de titularidad empresarial como causa de despido disciplinario**

Dado que los avances tecnológicos han hecho posible que el “acceso a la información sea tan fácil como entretenido”<sup>55</sup> se han generado nuevos hábitos sociales que hace que sea práctica habitual que durante la jornada de trabajo se utilicen las nuevas tecnologías para fines ajenos a la prestación laboral debida (incluso de manera compulsiva como si de una nueva adición se tratara).

Para hacer frente a esta nueva realidad se ha admitido la licitud de la “ordenación y regulación de los uso de los medios informáticos de titularidad empresarial en el marco de sus facultades de autoorganización, dirección y control reconocido a la empresa, pero con pleno respeto a los Derechos fundamentales” -SSTC 241/2012, de 7 de diciembre; y 170/2013, de 7 de octubre-.

Por tanto, cuando las nuevas tecnologías utilizadas son propiedad de la empresa y existen órdenes explícitas del empresario o regulación convencional sobre su uso en tiempo de trabajo, el incumplimiento de las mismas puede ser causa de despido disciplinario si concurren los requisitos de gravedad y culpabilidad exigidos por el artículo 54 TRET. Aunque en el buen entendimiento de que “el uso de un dispositivo móvil no puede constituir, por sí mismo, una causa suficiente de despido, salvo en los casos en los que concurren circunstancias reveladoras de una cualificada imprudencia”-STSJ Cantabria de 18.6.2014 (JUR.180053)-.

La gran mayoría de las sentencias que hasta ahora se han dictado en esta materia parten del supuesto de hecho de que es la empresa la propietaria de las TICs. Y “ese título jurídico le legitima para que el ordenador del que es dueño se utilice exclusivamente para satisfacer el interés empresarial” -STSJ de Andalucía de 23.10.2014 (JUR 2015\37963)-.

El mal uso o abuso de las herramientas de trabajo tecnológicas por parte de los trabajadores podrán incardinarse en una o más causa de despido disciplinario simultáneamente:

1. Desobediencia (artículo 51.1.b) TRET). Pues estaríamos ante una vulneración de una prohibición impuesta por el empresario (STSJ de Andalucía de 30.6.2016 (JUR. 209133)).

2. Transgresión de la buena fe contractual (artículo 51.1.d) TRET). En el Derecho del Trabajo la probidad y confianza entre las partes juega un papel tan relevante o más que en otros ámbitos contractuales. Pero quizás por tratarse de un contrato “*intuitu personae*”, el legislador puso especialmente énfasis en el deber

<sup>55</sup> Kuan-Tsae Huang; Yang W. Lee, Richard Y. Wang; Calidad de la Información y Gestión del Conocimiento. Op. cit.; p.198.



de buena fe<sup>56</sup>de una de las partes:el trabajador, entre cuyas obligaciones laborales básicas se encuentra el deber de buena fe cuya transgresión constituye justa causa de despido<sup>60</sup>. Y, no cabe duda -como afirma la STSJ de Andalucía de 30.6.2016 (JUR.209133<sup>57</sup>)- que “cuando los trabajadores utilizan los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa, tanto si lo hacen a nivel profesional como personal, están obligados a observar la buena fe contractual”

3. Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. (artículo 54.1.d) TRET). Es evidente que si el trabajador utiliza los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa con una finalidad extralaboral durante ese tiempo está desatendiendo sus tareas y funciones, lo que supone una disminución continuada y voluntaria de su rendimiento -STSJ de Andalucía de 30.6.2016 (JUR. 209133)-.

4. Ofensas. Las nuevas tecnologías pueden ser también un instrumento para verter comentarios ofensivos contra el empresario o el resto de trabajadores de la empresa encuadrables en la causa de despido disciplinario regulada en el artículo 51.1. c) TRET.

Y es que no cabe duda de que utilizar las redes sociales para realizar comentarios ofensivos que no están amparados por la libertad sindical ni de expresión podría ser constitutiva de una conducta sancionable por el empresario -STSJ de Madrid de 21.12.2015 (JUR 2016\41445)-.

Es más, cuando se utilizan las redes sociales con esta finalidad, “la propia capacidad de difusión por el medio en que se realizó -Facebook- denota la gravedad, de modo que si por ofensas verbales entendemos las expresiones orales o escritas, que implican un desprestigio o humillación moral para la persona que la sufre o recibe, basta con una sola ofensa verbal para justificar la procedencia del despido, siempre que se acredite la gravedad y culpabilidad exigibles; aquí esos elementos del tipo están más que acreditados, tanto por el medio en que se comete como por la difusión vertiginosa que implica”-STSJ de Andalucía de 23.3.2017 (JUR.174154)-.

<sup>56</sup> Manuel Iglesias Cabero;“Transgresión de la Buena Fe Contractual” en: VV AA. Estudios sobre el Despido Disciplinario. ACARL. Madrid, 1992, p. 219: “la idea de buena fe presupone la necesidad de observar las normas de conducta que son inherentes a la conciencia leal y honrada de los hombres; es una exigencia consustancial a las obligaciones de hacer”. José Luis Gil Gil; “La Buena Fe en el Contrato de Trabajo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 163/1996; p.8: “mediante la cláusula general de la buena fe se produce una moralización del contrato y una irrupción de la ética en el derecho”.

<sup>57</sup> Constituyendo una transgresión de la buena fe contractual la conducta del trabajador que se conecta a páginas de internet no relacionadas con la prestación laboral infectando al ordenador de la empresa con un virus troyano.

En conclusión, que en ningún caso “las redes sociales pueden ser un campo al margen de los Derechos fundamentales de los demás, de modo que la libertad de expresión ahí debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y eso sí matizado con los condicionamientos mutuos impuestos por la relación de trabajo, lo que afecta tanto a los trabajadores como a la empresa” -STSJ de Andalucía de 23.6.2016 (recurso 1811/15 L)-<sup>58</sup>.

## **7. CUANDO LOS TRABAJADORES SON LOS PROPIETARIOS DE LAS TICS: PODER DE DIRECCIÓN Y “BYOT”**

En materia de incumplimientos laborales vinculados al uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, la jurisprudencia española y la del TEDH se ha enfrentado habitualmente a supuestos de hecho en los que la premisa de partida era la titularidad empresarial de las nuevas tecnologías puestas a disposición de los trabajadores como herramientas de trabajo.

Sin embargo, los avances de la Ciencia por un lado, unido al abaratamiento y generalización de los dispositivos informáticos por otro, hacen posible que esté al alcance de la población -incluso la de recursos económicos más modestos- adquirir aparatos técnicos de última generación con los que pueden comunicarse con la empresa y/o compañeros de trabajo a través de internet o la intranet, enviar y recibir mails, documentos adjuntos e incluso escanear información. Por no hablar de la posibilidad en muchas profesiones de poder desarrollar las principales obligaciones laborales usando el ordenador portátil propiedad del trabajador tanto en el lugar de trabajo como fuera del mismo.

Conscientes de esta nueva realidad informática y con el objetivo de reducir costes, se encuentra en expansión una nueva práctica empresarial que no sólo permite sino que fomenta que los trabajadores utilicen sus propios portátiles, teléfonos, tablets (Bring you own device) e, incluso, su propia tecnología (BYOT: bring you own technology)<sup>59</sup>.

La implantación del BYOT no supone necesariamente restringir el ámbito de aplicación personal de la legislación laboral, ya que el hecho de que los trabajadores sean los propietarios de las herramientas informáticas de trabajo no desvirtúa a nuestro entender su carácter de trabajadores por cuenta ajena en tanto

<sup>58</sup> “Las expresiones vertidas en los tuits reseñados manifiestan un desacuerdo en el ámbito interno de la empresa y no son vejatorias aunque resulten improcedentes y soeces, no pueden ser causa de una sanción disciplinaria por constituir un ejercicio legítimo de la libertad de expresión” -STC 56/2008, de 14 de abril-.

<sup>59</sup> Cfr. Javier Puyol Montero; Una Aproximación a la Técnica «BYOD» y al Control Estratégico de las Nuevas Tecnologías en la Empresa. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

y en cuanto que se integran en el ámbito de organización y dirección del empresario. Porque, precisamente, es “la no integración en este ámbito de organización y dirección el único dato actual que separa el contrato de trabajo del arrendamiento civil de servicios”<sup>60</sup>.

Es del todo evidente que el nuevo paradigma laboral obligará a replantear los límites del poder de dirección, puesto que sin autorización del trabajador propietario de las TICs las conductas de control informático que hasta ahora los tribunales han declarado ajustadas a Derecho dejarían de serlo, pues desplegaría toda su eficacia el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, en ningún caso, BYOT significará la impunidad para los trabajadores hagan el uso que haga de sus dispositivos informáticos: serán sancionables los incumplimientos contractuales que los trabajadores cometan utilizando su propia tecnología cuando lleguen a conocimiento del empresario sin vulneración de Derechos Fundamentales<sup>61</sup>.

Esta conclusión se alcanza aplicando por analogía la doctrina judicial que declara procedente el despido de trabajadores por incumplimiento de los deberes inherentes al contrato de trabajo y que fueron cometidos a través de dispositivos informáticos de su propiedad, pero innecesarios para el desempeño de la prestación laboral debida. A título ilustrativo se pueden citar:

-La STSJ Cataluña de 1.7.2014 (JUR. 241700) declaró procedente el despido de la trabajadora que difundió una foto de contenido sexual a través del whatsapp.

-La STSJ Cantabria de 18.6.2014 (JUR.180053) declaró procedente el despido por ruptura de la buena fe contractual del conductor de autobús que hizo uso del servicio de mensajería whatsapp a través del teléfono móvil, usando para ello la mano izquierda, mientras manejaba el volante con la derecha. Todo lo cual fue registrado y documentado por un viajero que dio parte a la compañía.

-La STSJ Aragón de 18.5.2016 (AS. 1172) declaró procedente el despido de la trabajadora acaecido a raíz de que el empresario tuviera conocimiento de comentarios vejatorios vertidos por ésta en su cuenta privada de Facebook debi-

<sup>60</sup> Manuel Alonso Olea y M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde; Derecho del Trabajo. 15<sup>a</sup> ed. Madrid. 1997; p.55.

<sup>61</sup> Raquel Muñoz Ferrer; “Los Nuevos Medios de Prueba en el Procedimiento Laboral: Teléfonos Móviles y Whatsapps”. Trabajo y Derecho n<sup>o</sup> 30/2017; pp. 121-129: el mensaje whatsapp “puede aportarse como: documento público si se da fe pública de su contenido mediante acta notarial. Se puede contrastar su contenido mediante interrogatorio de las partes intervinientes en la conversación. Se puede aportar una prueba pericial que verifique la fecha, intervinientes y teléfono desde el que se remite el mensaje, Se puede aportar directamente el teléfono en sede judicial para que el juzgador realice un reconocimiento judicial del mismo”.

do a que los destinatarios del mensaje lo reenviaron, a su vez, a terceros, hasta que llegó a la supervisora de la trabajadora. La empresa no vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones de su trabajadora porque no accedió a su cuenta privada de Facebook.

## **8. LOS PODERES DIRECTIVOS PARA IMPLEMENTAR NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS**

Cuando las empresas apuestan por implantar nuevas tecnologías modificando su proceso productivo<sup>62</sup> lo hacen, entre otros objetivos, con la finalidad de incrementar la calidad, reducir costes, y ganar en competitividad<sup>63</sup>. Es decir, en el mundo empresarial las TIC se han consolidado como un instrumento fundamental para la adaptación de “esquemas flexibles, globales, y en red de la producción y la demanda”<sup>64</sup>.

Qué duda cabe que la toma de decisiones de este calibre entra en la esfera de los poderes directivos, en sentido amplio, que al empresario garantiza la legislación vigente para dirigir su empresa.

Sin embargo, también es evidente que los cambios tecnológicos en los sistemas de producción pueden traer consigo la amortización de puestos de trabajo<sup>65</sup>.

Consciente de esto último, el legislador español ha regulado como causa específica de despido colectivo “la extinción de contratos de trabajo fundada en causas técnicas” (artículo 51.1 TRTE). Se entiende que concurren las mismas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”.

Pero de otro lado, también es factible que los trabajadores no quieran/puedan adaptarse a los cambios tecnológicos. En tales supuestos entrará en juego lo dispuesto en el artículo 52.b) TRET que regula como causa de despido objetivo la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en

<sup>62</sup>“La teoría indica que el tamaño pequeño facilita la implantación de las innovaciones porque las organizaciones pequeñas requieren menos complejidad en la comunicación, menos coordinación”. Cfr. Virginia Orengo et all; “Estrategias de Implantación de Nuevas Tecnologías” en: María Salanova et allí (Eds). Nuevas Tecnologías y Formación Continua en la Empresa. Universidad Jaime I. Valencia. 2001; p.130.

<sup>63</sup>Isabel M. Martínez et all; “Creencia y Actitudes en el Marco de las Nueva Tecnologías” en: María Salanova et allí (Eds). Nuevas Tecnologías y formación Continua en la empresa. Universidad Jaime I. Valencia. 2001; p.107.

<sup>64</sup>Joan Torrent y Jordi Vilaseca; “La Economía del Conocimiento y la Empresa Red”. Op. Cit; p. 47.

<sup>65</sup>Juan Antonio Altés et all; El Despido Objetivo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010; pp.155 y 156. Cfr. igualmente, STS de 21.6.1988 (RJ. 5444).

su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Además, la extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que transcurran al menos dos meses desde que se introdujo la modificación, o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación -SSTS de 15.7.1986 (RJ.4147); y 15.7.1986 (RJ.4147)-.

Se prima así el progreso técnico y la innovación tecnológica de la empresa que no puede ser frenado por falta de adaptación del trabajador<sup>66</sup>, sobre quien recae “un deber de perfeccionamiento profesional”<sup>67</sup>.

No cabe confundir cambio técnico con especificación de funciones -STSJ País Vasco de 30.6.2006 (AS 552)-.

A la vista de lo expuesto no son escasos los pronunciamientos judiciales sobre la inadaptación de los trabajadores al progreso tecnológico operado en el puesto de trabajo como causa de despido -STSJ Andalucía. 12.11.2002 (AS 2003\533)-.

Muy habitualmente las innovaciones tecnológicas que motivan los despidos están relacionadas con los avances informáticos:

-Introducción de ordenadores en la empresa y programas de delineación por medio de ordenadores (STS de 21.6.1988 (RJ.6865).

-Introducción de un nuevo programa informático -STSJ Murcia de 23.10.1995 (AS. 4050)-.

-Implantación del “Windows 2000” -STSJ Madrid de 24.1.2005 (AS. 1999)-.

-Falta de adaptación al nuevo sistema informático de gestión -STSJ Extremadura de 8.8.2000 (JUR. 273981)-.

-Lenguajes y sistemas operativos -STSJ Andalucía de 9.6.2011 (AS.980).

## 9. CONCLUSIONES

El ámbito de las relaciones laborales se ha visto profundamente alterado por el generalizado uso de las TIC en el seno de la empresa.

Pese a las innumerables reformas de que ha sido objeto el Estatuto de los Trabajadores a lo largo de las últimas décadas, sigue sin contener previsiones específicas para resolver las controversias que plantea el ejercicio del poder de

<sup>66</sup>Macarena Castro Conte; “Extinción del Contrato de Trabajo por Causas Objetivas Relativas a la Persona del Trabajador”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016; pp.133-175. BIB 2016\80287.

<sup>67</sup>Raquel Poquet Catalá; “La Falta de Adaptación Como Causa de Despido Objetivo”. Aranzadi Doctrinal nº 7/2014; pp. 67-90. BIB 2014\3655.

dirección a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

El poder de dirección laboral, fundado en la situación de subordinación jurídica en la que el trabajador por cuenta ajena se coloca por mor del contrato de trabajo, comprende un amplio elenco de facultades entre las que se encuentra el poder de determinar el contenido de la prestación a través de órdenes e instrucciones que, cada vez con mayor asiduidad, se imparten a través de las nuevas tecnologías de información y comunicación (órdenes digitales).

De la más reciente jurisprudencia constitucional sobre el esquirolaje tecnológico cabe concluir, a sensu contrario, que si las TICs no pueden ser “esquiroleros” porque no son humanos, por la misma razón tampoco pueden equipararse a las personas a efectos de impartir órdenes a los trabajadores conforme al artículo 20 TRET.

Cuando las nuevas tecnologías utilizadas son propiedad de la empresa y existen órdenes explícitas del empresario o regulación convencional sobre su uso en tiempo de trabajo, el incumplimiento de las mismas puede ser causa de despido disciplinario si concurren los requisitos de gravedad y culpabilidad exigidos por el artículo 54 TRET.

Sin embargo, está en expansión una nueva política empresarial (BYOT: bring you own technology) que fomenta el uso por parte de los trabajadores de sus propios dispositivos informáticos para realizar la prestación laboral. Este nuevo paradigma obligará a replantear los límites del poder de dirección puesto que sin autorización del trabajador propietario de las TICs las conductas de control informático que hasta ahora los tribunales han declarado ajustadas a Derecho dejarían de serlo.

La implantación de las nuevas tecnologías en la empresa -como estrategia para abaratar costes y ganar en competitividad-entra en la esfera de los poderes directivos en sentido amplio que al empresario garantiza la legislación vigente para dirigir su empresa. Pero estas decisiones empresariales pueden también acarrear la amortización de puestos de trabajo. Es por eso que el TRET regula como causa específica de despido colectivo “la extinción de contratos de trabajo fundada en causas técnicas”.

Igualmente, se contempla como causa de despido objetivo la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.

Muchos de los problemas que la aplicación de las nuevas tecnologías en la esfera laboral provoca se evitarían si de *lege ferenda* se regulara de manera específica el derecho de los trabajadores a ser informados de su uso como instrumentos al servicio del poder de dirección. Sobre todo en los supuestos en que pueda haber riesgo de colisión con Derechos fundamentales que a los trabajadores como personas se les reconocen y garantizan.