

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ*

I. Las nuevas tecnologías, la robótica y los nuevos trabajos. II. El concepto de buenas prácticas laborales en los nuevos trabajos remotos. III. La regulación del trabajo a distancia en el Estatuto de los Trabajadores. IV. Las buenas prácticas en el teletrabajo o trabajo remoto en las grandes empresas españolas. V. Conclusiones: las “malas prácticas” en la implantación del teletrabajo y/o trabajos remotos

I. Las nuevas tecnologías, la robótica y los nuevos trabajos

En el año 2012 la empresa Amazon compró la empresa Kiva Systems para que sus robots se encargaran de la logística de las ventas por Internet. Estos robots son los encargados de mover las estanterías y los cajones donde se encuentran almacenados los productos de este gigante de Internet¹. Los envíos se hacen por tierra con camiones y camionetas, y la entrega de cualquier objeto encarece el precio final, sobre

* Esperanza Macarena Sierra Benítez. Universidad de Sevilla.
Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Análisis jurídico del teletrabajo en el derecho español y comparado. El e-work como modelo de flexibilidad, conciliación y productividad (DER2013-43615-R), del Ministerio de Economía y Competitividad (España), cuya IP es la Prof. Lourdes Mella.

¹ <http://www.xataka.com/robotica/los-alucinantes-robots-que-ha-comprado-amazon-en-accion>.

Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea

todo cuando el reparto debe llevarse a cabo en lugares remotos o con redes de comunicación insuficientes. El siglo XXI ha mejorado mucho la tecnología, permitiendo que se produzcan muchos procesos de compra mediante Internet. Sin embargo, hay que hacer llegar al cliente los objetos comprados y el transporte de mercancías sigue siendo el tradicional. Por este motivo el fundador de Amazon está trabajando en la realización de pequeños envíos urbanos a domicilio mediante drones, para que éstos realicen el transporte de los productos desde los centros de distribución hasta el domicilio de los clientes. Se trataría de unos robots volantes autónomos guiados por GPS. El problema para ejecutar estos envíos, que en principio se limitarían al transporte de unos 2,5 kilos en un radio de 16 kilómetros dentro de los EEUU, es la seguridad². Por otro lado, a través de los “vehículos de vuelo autónomo”, Google cuenta con el Project Wing (Proyecto Ala) para cubrir de manera eficiente la entrega de objetos en grandes extensiones poco pobladas (agua, comida, paquetes de primeros auxilios), con la finalidad de implantarlo donde no haya carreteras o no lleguen trenes o aviones. No se trata de vender productos en zonas urbanas como en el caso de Amazon, sino de llegar de forma más segura, barata y eficiente donde no lo hacen otros medios de transporte en grandes extensiones de terreno poco pobladas, por ejemplo, para el envío de ganado y *kits* de emergencias y, en general, para el abastecimiento de baterías, móviles, agua y víveres en caso de catástrofes naturales³.

En el futuro las capacidades profesionales se podrán adquirir en entornos virtuales que permitirán mejorar el rendimiento en un mercado globalizado donde aparecerán sectores de actividad que supondrán cambios considerables en el mundo del trabajo. Los avances tecnológicos permiten la sustitución de trabajadores en aquellas actividades que las máquinas pueden realizar de forma más rápida, barata y consistente. Esto conllevará la desaparición de ocupaciones hasta ahora tradicionales, como por ejemplo la de mineros, operarios de la construcción y de plataformas petrolíferas, o pilotos de combate⁴, y la tendencia será

² http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/12/02/actualidad/1385969482_968727.html.

³ http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/08/29/actualidad/1409273917_157731.html.

⁴ http://archivo.expansionyempleo.com/2009/04/03/desarrollo_de_carrera/1238771370.html.

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo...

sustituir los trabajadores por máquinas o robots excepto en actividades donde la presencia física sea ineludible, como las de trabajadores de pompas fúnebres o los peluqueros. A causa de los avances tecnológicos ya existen actualmente una serie de actividades profesionales en vías de extinción, como por ejemplo las de los dependientes de videoclub, operadores de línea de montaje, cajeros de supermercado, agentes de viaje, teleoperadores o procesadores fotográficos⁵. Igualmente, en el siglo XXII la inteligencia artificial, las redes ópticas de gran velocidad, los sistemas inalámbricos y las comunicaciones en tiempo real favorecerán los intercambios comerciales y, sobre todo, la creación de entornos virtuales donde se puedan desarrollar trabajos virtuales o el trabajo remoto, sustituyendo en principio a las ocupaciones que desaparezcan.

En un estudio de la OIT publicado en el año 2004 sobre el futuro del trabajo en el sector de los medios de comunicación, la cultura y las industrias gráficas se puso de relieve la necesidad de que esta organización internacional se ocupara de: a) “llevar a cabo la búsqueda de mejores prácticas y de las alternativas de financiación para la formación en diferentes regiones y países, y promover la formación y el adiestramiento en la utilización de las tecnologías de la información por parte de los interlocutores sociales y de las instituciones de enseñanza”; b) tener iniciativa, haciendo uso de Internet, entre otros medios, para promover prácticas seguras y sanas, con especial consideración de los trabajadores en ocupaciones de riesgo, a través de la búsqueda, la información, la publicación, el asesoramiento y la formación⁶. En general, dado que somos conscientes de que las nuevas tecnologías han traído consigo cambios en el mundo del trabajo y de las relaciones laborales, nos preguntamos a qué buenas prácticas debemos atender cuando los entornos de trabajo son virtuales, y qué buenas prácticas deben favorecer la realización de los trabajos de acuerdo con los estándares de trabajo decente que propone la OIT⁷. Para ello analizaremos en primer lugar

⁵ <http://forbes.es/actualizacion/1101/10-profesiones-que-estan-en-vias-de-extincion>.

⁶ OIT, *El futuro del trabajo y de la calidad en la sociedad de la información: el sector de los medios de comunicación, la cultura y las industrias gráficas*, Ginebra, 2004, p. 121.

⁷ Véase OIT, *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima reunión*, Ginebra, 10 de junio de 2008, Suiza, 2008.

el concepto de buenas prácticas laborales y su extensión a los trabajos remotos; en segundo lugar cuál es la normativa aplicable para estos trabajos y su adecuación a la realidad existente; y por último cuáles son las iniciativas empresariales en esta materia para concluir con la necesidad de desarrollar una cultura de buenas prácticas.

2. El concepto de buenas prácticas laborales en los trabajos remotos

En el ámbito internacional no encontramos un concepto general de buenas prácticas en el entorno del trabajo y del empleo. La OIT no contempla una definición concreta, aunque cada vez es más frecuente encontrar entre sus textos la llamada a la necesidad de búsqueda de buenas prácticas en las relaciones laborales en un determinado sector y/o ámbito territorial⁸. Las buenas prácticas “son aquéllas que permiten el desarrollo social en un ámbito de protección de los trabajadores, garantizando el progreso económico”. Y en concreto “facilitan el desenvolvimiento de los recursos humanos en un contexto de respeto a los derechos aceptado por la comunidad y de desarrollo y progreso de la economía y la empresa”. En un entorno de trabajo virtual hay que atender a la buena práctica del trabajo remoto entendida como “aquella experiencia de carácter colectivo que en el marco del respecto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (...) pueda ser calificada como exitosa para garantizar el bienestar de los trabajadores y el progreso de las empresas, mejorando el nivel de relaciones interno, garantizando condiciones adecuadas de trabajo y empleo, facilitando el incremento de la productividad y el salario y desarrollando una cultura de concertación puesta en marcha por el acuerdo de trabajadores y empleadores, es decir, facilitando un trabajo decente”⁹. Desde el punto de vista empresarial el trabajo remoto permite el ahorro de costes y el

8 Entre otros autores, RUEDA-CATRY, Marleen; VEGA RUIZ, María Luz, *Buenas prácticas de relaciones laborales en las Américas*, OIT, Lima, 2005; OIT, *Igualdad de género y trabajo decente. Buenas prácticas en el lugar de trabajo*, Ginebra, 2005; OIT, *Manual de buenas prácticas para la promoción del trabajo decente*, San José, 2004.

9 RUEDA-CATRY, Marleen; VEGA RUIZ, María Luz, *Buenas prácticas de relaciones laborales en las Américas*, obra cit., p. 11.

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo...

incremento de la flexibilidad en cuanto al lugar, tiempo y modo de la prestación. Y desde el punto de vista del teletrabajador el aumento de su autonomía en la gestión de su tiempo y lugar de trabajo, permitiéndole la necesaria conciliación del trabajo con la vida personal y familiar.

No obstante, estas ventajas conviven con una serie de malas prácticas o desventajas en cuanto supongan un deterioro de las condiciones de trabajo, riesgo de trabajo precario, dificultades de promoción profesional, dificultad para compatibilizar la vida personal y familiar con el trabajo remoto, precarización de los derechos colectivos o de la protección social de los trabajadores remotos¹⁰. Estas dificultades aumentan en cuanto el trabajador remoto realiza la prestación de servicios por cuenta propia con una acentuada dependencia económica del cliente o de la persona que le oferta la actividad profesional (trabajadores económicamente dependientes -TRADE-). No obstante, estos riesgos se minimizan en el caso de las grandes empresas en cuanto analizan las buenas prácticas de flexibilidad laboral y las medidas que en materia de jornada laboral se adoptan en otras empresas (benchmarking). Ello debe impulsar el estudio de nuevas medidas en materia de jornada laboral que puedan plantearse en la negociación colectiva y que permitan a los trabajadores adaptar su jornada de trabajo a sus necesidades personales de acuerdo con los usos, costumbres y restricciones que se establezcan en cada país para la realización de trabajos remotos y/o virtuales, como es el caso del grupo de empresas Repsol¹¹.

En España tanto el sector industrial como el sector de servicios son de dimensiones pequeñas o medianas, es decir, las plantillas no son numerosas y en la mayoría de los casos el reducido número de trabajadores va a impedir adaptar la jornada de los trabajadores para proceder a la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar. En la actualidad, tanto las administraciones públicas como las empresas es-

¹⁰ QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda, "Teletrabajo: delimitación, negociación colectiva y conflictos" en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina (dir.) *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo. Nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas Ediciones, Leçón, 2014, p. 332.

¹¹ Véase Informe del Foro efr de la Fundación Másfamilia, *El libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, Junio 2012, en <http://www.teledislab.es/descargas/libroblancoteletrabajoespana.pdf>.

tán promulgando normas con la finalidad de introducir mecanismos o medidas de conciliación laboral y de adaptación de la jornada laboral de sus trabajadores mediante la implantación del teletrabajo. Esta modalidad de organización del tiempo de trabajo estaría incluida dentro de la regulación del actual art. 13 del ET, modificado recientemente por la Reforma Laboral del 2012 que sustituyó el obsoleto contrato de trabajo por el contrato a distancia¹².

3. La regulación del contrato de trabajo a distancia en el Estatuto de los Trabajadores

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modificó el denominado contrato de trabajo a domicilio por el trabajo a distancia. El ET considera que el trabajo a distancia es aquél en que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. Si tenemos en cuenta las notas que caracterizan al trabajo a distancia, el lugar de trabajo es importante porque es el que va a determinar, por ejemplo, la modalidad de teletrabajo (teletrabajo a domicilio, en telecentro, itinerante o móvil), por lo que no cabe identificar el teletrabajo sólo con el trabajo a distancia, sino con el lugar “atípico” concreto. El antiguo contrato de trabajo a domicilio era un contrato que se caracterizaba por la realización de la actividad laboral en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin la vigilancia del empresario. Con ello la normativa concretaba un lugar atípico, el domicilio, y aquellos otros «indeterminados» pero que fueran libremente elegidos por el trabajador y que, por lo tanto, impidían la vigilancia realizada directamente por el empleador cuando la prestación de la actividad laboral se llevaba a cabo en un centro de trabajo o empresa.

¹² Vid. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, pp. 1 a 38; e igualmente en “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ CORTÉS CONTRERAS, Pilar, *La reforma laboral de 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61 a 91.

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo...

La reforma ha omitido este último requisito porque tanto el teletrabajo como cualquier modalidad de trabajo remoto se puede llevar a cabo con una vigilancia no sólo directa sino también más intensa¹³ como, por ejemplo, algunas manifestaciones del teletrabajo on-line. En el contrato de trabajo a domicilio la vigilancia se manifestaba sobre todo de manera indirecta. Pensemos, por ejemplo, en la obligación de realizar un determinado pedido y su entrega con unas condiciones y periodos previamente pactados. En estos casos la vigilancia del empresario no es inmediata ni directa¹⁴. Esto significa que la presencia de la nota de la dependencia va a estar debilitada pero no ausente, porque la ausencia de vigilancia no significa ausencia de control, como por ejemplo el llevado a cabo a posteriori en la entrega y recepción de los servicios elaborados.

La nueva regulación del art. 13 ET obvia este requisito por innecesario, y mantiene que el trabajo se realice en el domicilio o en otro lugar pero libremente elegido por el trabajador y, en este sentido, podemos incluir todo tipo de manifestación de realización del trabajo remoto donde el lugar de la prestación de servicios es irrelevante a los efectos de identificar la nota de la dependencia en entornos virtuales para incluirla dentro del contrato de trabajo. Sin embargo, se trata de una regulación muy general e insuficiente que no recoge las peculiaridades y particulares de las prestaciones de servicios a distancia, ya sean mediante la modalidad de teletrabajo o de trabajo remoto. Las grandes empresas que han llevado a cabo con éxito proyectos piloto de teletrabajo han concluido éstos con la implantación de esta modalidad de trabajo y con un código de buenas prácticas al que vamos a hacer referencia a continuación. No obstante, la terminología que utilizan es la del teletrabajo dado que se equipara con el término trabajo remoto¹⁵. Al respecto entendemos que esta equiparación puede no ser absoluta y

13 THIBAUT ARANDA, Xavier *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2011.

14 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; GARCÍA NINET, José Ignacio, “Contrato de trabajo a domicilio”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El Estatuto de los Trabajadores, Tomo III, Art. 8 a 13*, Edersa, Madrid, 1985, p. 336

15 Véase Informe del Foro efr de la Fundación Másfamilia, *El libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, obra cit., pp. 2 y 46.

admite graduación o diferenciación en función de cómo se manifiesten los “nuevos” trabajos en sustitución de aquellos otros que se han quedado obsoletos por los avances de las nuevas tecnologías y la presencia de la robótica en el mercado de trabajo (cuestión que será tratada en otro momento dado que nos desviamos de la finalidad de este trabajo).

4. Las buenas prácticas en el teletrabajo o trabajo remoto en las grandes empresas españolas

En el libro blanco del teletrabajo se hace referencia a que existe un número considerable de empresas que tienen trabajadores remotos, pero sin embargo el 25% de ellas no identifican quiénes son. En un estudio sobre 16 empresas multinacionales del sector de las TIC que han implantado con éxito el teletrabajo, un 26,3% de los empleados habilitados para teletrabajar con accesos y herramientas para ello no están incluidos en programas formales de teletrabajo. Esto significa que estamos en presencia de experiencias de teletrabajo que en muchos casos son conocidas por las organizaciones, pero que en general no están reguladas. Como dice el libro blanco, en muchas ocasiones las experiencias de teletrabajo dependen de la voluntad del trabajador de querer teletrabajar en un determinado momento, y de la flexibilidad del directivo que le permite teletrabajar. En concreto son prácticas de aprendizaje en la organización interesantes para plantearse qué beneficios y qué valor aportan a la organización esas experiencias propias¹⁶.

Para que se desarrolle con éxito el trabajo flexible y el teletrabajo los factores fundamentales son la cultura, el liderazgo, los sistemas básicos de gestión, el modelo de teletrabajo, el uso de la tecnología, las inversiones necesarias, los beneficios que se pueden obtener y la puesta en marcha a través de una experiencia piloto¹⁷. En este informe se habla de varios casos de éxito de buenas prácticas del teletrabajo en grandes

¹⁶ En cuanto a las modalidades de organización unas de las primeras obras destacadas es la de PADILLA MELÉNDEZ, Antonio, *Teletrabajo. Dirección y organización*, RA-MA, Madrid, 1998.

¹⁷ Informe del Foro efr de la Fundación Másfamilia, *El libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, obra cit., pp. 29 y 30.

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo...

empresas españolas (BBVA, Endesa, Indra, Iberdrola, Línea Directa Aseguradora, Microsoft, Sanitas, Wolters Kluwer). En líneas generales podemos sacar una serie de conclusiones en relación con la implantación en estos grandes grupos de empresa españoles con proyección internacional. En primer lugar, es obvio que los resultados alcanzados son muy positivos, desde el momento en que han implantando el teletrabajo después de los exitosos programas piloto. La gran mayoría de los trabajadores de estas empresas han adoptado voluntariamente fórmulas de trabajo flexible, fundamentalmente en la modalidad de teletrabajo compartido con la empresa y de realización en su propio domicilio. Incluso en alguna empresa, como es el caso de Línea Directa Aseguradora, se dice que “se vive como un privilegio que hay que ganarse y que mantener”. Llama la atención que sólo una de ellas (Wolters Kluwer) habla de trabajo remoto sin hacer alusión a la realización de una determinada modalidad de teletrabajo de entre las existentes según el lugar de la realización del trabajo a distancia telemático (teletrabajo a domicilio, itinerante, en centros compartidos, etc.). En el caso de Microsoft, el teletrabajo en casa se comparte con el teletrabajo durante los viajes de negocios, es decir, se habla de un “tiempo muerto teletrabajable” y, por lo tanto, de una prolongación de la jornada a través del trabajo remoto para estar disponible o teletrabajar.

En general valoramos “negativamente” estos resultados, presentados como componentes del éxito en las empresas, en el sentido de que hay un cambio de presencialidad en el lugar de trabajo, es decir, de la realización del trabajo en el propio centro de trabajo al propio domicilio del trabajador que puede suponer un perjuicio de los derechos de los trabajadores en cuanto puedan afectar a su intimidad o a la propia conciliación de la vida laboral con la personal y familiar¹⁸. Igualmente puede conducir a un fortalecimiento de los poderes de dirección del empleador en cuanto el control de trabajo sea más intensivo y directo. Así, por ejemplo, la implantación del teletrabajo ha comportado el desarrollo del trabajo por objetivos, lo que no ha evitado los problemas que

¹⁸ En relación con el lugar de trabajo y de residencia del trabajador, vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina *La Residencia en España y en la Unión Europea desde el prisma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014.

Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea

atañen a la cultura de la presencialidad en la oficina, o los relacionados con el uso, instalación y mantenimiento de los equipos técnicos necesarios, así como la resolución de las incidencias. El trabajo por objetivos paradójicamente se acompaña de un control horario, o de pactos de tiempos mínimos para contactar con la empresa y con los clientes. No obstante, si el trabajo es remoto en su totalidad se hace necesario un mínimo de control horario, como en el caso de Wolters Kluwer donde las dificultades vienen por la gestión de los horarios, normalmente por exceso. Sin embargo, cuando se trata de consecución por objetivos a corto plazo, para su obtención es imprescindible contar con todos los empleados al máximo rendimiento, y en ocasiones es necesaria la presencia de todos ellos en la oficina (caso de la empresa Sanitas).

En todas las empresas sobresalen los problemas iniciales alrededor de la dependencia tecnológica como, por ejemplo, instalación de los equipos y líneas de comunicación como el ADSL, conexiones a la Red, etc. Estos problemas se van reduciendo conforme se resuelvan las incidencias y los trabajadores adquieran formación (por ejemplo, Iberdrola) y experiencia adecuadas¹⁹. En todo caso deben estar provistos de un servicio de mantenimiento y resolución de incidencias técnicas rápido y eficaz. En general hay un elevado grado de satisfacción por parte de los teletrabajadores, y se ha demostrado el incremento de la productividad y la bajada del absentismo sobre todo de larga duración (más de 15 días), la fidelización y el compromiso del trabajador con la empresa (por ejemplo, en Línea Directa) e incluso menores riesgos psicosociales (caso de Endesa). En general se dice que los trabajadores están satisfechos con sus trabajos, ya que esta modalidad de trabajo les permite conciliar y compatibilizar la vida laboral con la personal y familiar. Así, por ejemplo, en Microsoft se ha obtenido un buen clima laboral por encima del 82% y un compromiso de los empleados del 92%. En las empresas BBVA, Endesa e Indra²⁰ tanto el grado de satisfacción

19 En relación a estas cuestiones ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; OLIVEROS, José Manuel "Situación del teletrabajo en España: una visión personal", en AAVV, *Teletrabajo: dimensión social y laboral*, CCOO Andalucía, Sevilla, 2006.

20 Véase el Acuerdo Colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el Banco en Régimen de Teletrabajo, Madrid, 27 de Julio 2011; art. 44 IV CC Endesa (BOE

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo...

de los trabajadores como el número de trabajadores que adoptan esta modalidad de trabajo son muy elevados, lo que facilita a las empresas un importante ahorro en costes de mantenimiento y en infraestructuras. En conclusión, son empresas que en líneas generales están llevando a cabo unas buenas prácticas en el teletrabajo, lo que no es obstáculo para que analicemos cuáles son las “malas prácticas” que hacen que el teletrabajo suponga un deterioro y/o exclusión de los derechos de los trabajadores amparados por el derecho del trabajo, teniendo en cuenta que el tejido industrial y de servicios español no responde al tamaño de estas empresas²¹.

5. Conclusiones: las “malas prácticas” en la implantación del teletrabajo y/o trabajos remotos

Más arriba hemos visto que la regulación jurídica del trabajo a distancia contemplada en el actual art. 13 ET es insuficiente. No obstante, encontramos otro instrumento válido que contempla una serie de características que debe reunir el teletrabajo para lograr una implantación con garantía para los trabajadores y, con ello, favorecer el establecimiento de unas buenas prácticas empresariales: el Acuerdo Marco Europeo (2002). Asimismo, en primer lugar los términos del art. 13 ET y del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002) apuntan a que una de las características que identifican a esta modalidad de trabajo remoto es su carácter voluntario. La voluntariedad del teletrabajo es una de las condiciones establecidas en el Acuerdo Marco Europeo que, sin embargo, no impide la imposición empresarial en situaciones de crisis o reestructuración de empresas, y en todo caso cuando no se hayan asumido los términos del Acuerdo Marco Europeo en el convenio o acuerdo colectivo de la empresa o sector. Lo mismo sucede con el

13 febrero de 2014); UGT, Observatorio industrial de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones, “Teletrabajo y su regulación en el sector de la TIC”, febrero de 2007, en http://www.ametic.es/CLI_AETIC/ftpportalweb/documentos/Estudio7_observatorio.pdf

21 Vid. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena “El derecho del trabajo en el nuevo trabajo a distancia”, en GARRIDO PÉREZ, Eva *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, Sevilla, 2013, pp. 149 a 164.

Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea

proclamado mantenimiento del status laboral del teletrabajador, dado que el cambio al teletrabajo no impide la aplicación de las modificaciones de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), y puede afectar a la jornada, al horario de trabajo o a otras condiciones de trabajo. En todo caso, consideramos que esta garantía es meramente testimonial, ya que el Acuerdo no establece la nulidad de la actuación empresarial como consecuencia del incumplimiento de dicha garantía por parte del empleador. En el supuesto de que se produzca el tránsito al domicilio del trabajador, se trata de una verdadera novación contractual que necesita del acuerdo con el trabajador, puesto que conlleva un cambio de vínculo jurídico o modalidad contractual²².

En segundo lugar, otras de las características contempladas en el Acuerdo Marco Europeo es el establecimiento del carácter reversible de la prestación de teletrabajo, indicando que el cambio en el puesto de trabajo debe ser establecido por acuerdo individual o colectivo. Entendemos que si la reversibilidad no viene contemplada en el acuerdo de teletrabajo, el empresario puede unilateralmente llevarla a cabo mediante el procedimiento de las modificaciones sustanciales de trabajo previsto en el art. 41 ET. En caso contrario, la reversibilidad operará por el procedimiento de modificación «sui generis», probablemente pactado al margen del art. 41 ET²³. En definitiva voluntariedad y reversibilidad son dos características que identifican unas buenas prácticas empresariales que mediante los mecanismos legales pueden no cumplirse.

En tercer lugar, en materia de tiempo de trabajo rige la regla general del principio por el que el teletrabajador gestiona su propio tiempo de trabajo, salvo pacto en contrario. Esto significa que en el caso de existir conexión telemática simultánea, y de que el empresario pretenda someter al teletrabajador a la disciplina horaria y jornada del resto de los trabajadores de la empresa, debe pactarlo expresamente con él. Es decir, la regla general admite graduaciones, que entendemos estarán relacionadas en muchos casos con la modalidad de teletrabajo concertada, y con la intensidad de la interactividad pactada

²² SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Sevilla, 2011, p. 118.

²³ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 156.

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo...

entre el teletrabajador y el empresario. En el teletrabajo la ordenación del tiempo de trabajo se va a regir por la normativa laboral, pero ésta presenta problemas en torno a su aplicación. En este sentido, no podemos obviar que el art. 40.2 de la Constitución obliga a los poderes públicos a garantizar el derecho del trabajador al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones retribuidas²⁴. En el teletrabajo a domicilio interactivo es muy recomendable que el teletrabajador se someta a la regulación de la jornada contemplada en el Estatuto de los Trabajadores. En estos casos, la normativa actuaría como límite a los poderes de dirección del empresario y a los posibles abusos existentes, probablemente, en trabajos poco cualificados, evitando la desprotección y situaciones de explotación de los trabajadores. En esta modalidad de teletrabajo interactivo, en el caso de interrupciones del tiempo de trabajo motivadas por averías en el equipo informático o de las telecomunicaciones por causa imputable al empleador (como, por ejemplo, las ocasionadas por un servidor “insuficiente” propiedad de la empresa), y de acuerdo con el artículo 30 del ET, el teletrabajador tendría derecho a la conservación del salario sin contraprestación. Por el contrario, la modalidad de teletrabajo no interactivo permite al teletrabajador la plena organización de la jornada y descansos de trabajo, y elegir a qué horas desea trabajar, por cuánto tiempo y cuándo va a interrumpir su actividad. Esta modalidad se suele pactar cuando el empresario está más interesado en la obtención del resultado o de los objetivos, que en el control del tiempo de trabajo. La propia naturaleza del teletrabajo, que es un mecanismo idóneo para la conciliación de la vida profesional con la personal y familiar, y la facilidad de comunicación y de localización en todo momento y en cualquier lugar, hace necesario defender el derecho del trabajador a la desconexión de los medios de comunicación en los tiempos de descanso. La teledisponibilidad debe ser pactada y respetuosa con el derecho al descanso, por lo que consideramos como tiempo de trabajo tanto la intervención que realice el teletrabajador,

²⁴ En GORELLI HERNÁNDEZ, Juan *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 22, rechaza cualquier pacto que puedan alterar el disfrute de las vacaciones.

bien sea remota o presencial, como la disponibilidad presencial en un lugar determinado por el empresario²⁵.

En cuarto lugar, en lo relacionado con la retribución, los sistemas y estructuras salariales previstos en la normativa laboral se adaptan perfectamente al teletrabajo. No obstante, hay que evitar que se produzcan diferencias retributivas entre el teletrabajador y un trabajador comparable en los locales del empresario, es decir, aquel trabajador de la misma empresa que tenga un mismo tipo de contrato, tarea, actividad o relación laboral, y puesto de trabajo o empleo similar. Esto no impide que se tengan en cuenta las peculiaridades de la prestación del teletrabajo, y que pueda establecerse un complemento de teletrabajo ligado al puesto de trabajo y a la prestación misma en el domicilio o en otro lugar²⁶. En cuanto al apartado de los suplidos y gastos de las herramientas y útiles, se amplía en el teletrabajo a domicilio a otros gastos que lleva implícitos, como luz, agua, limpieza y acondicionamiento, aspectos que la negociación colectiva debe desarrollar.

En quinto lugar, en material de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo, aunque evidentemente es de aplicación la normativa general contenida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en nuestra opinión es necesaria una adaptación a las peculiaridades del teletrabajo. La responsabilidad en materia de seguridad y salud en el teletrabajo corresponde al empresario por ser el titular de la organización productiva, pero hay que tener en cuenta la imposibilidad en unos casos, o la dificultad en otros, para aplicar las medidas preventivas contempladas en dicha normativa. Creemos que el teletrabajador debe asumir un rol más relevante en la prevención de riesgos laborales, por lo que somos partidarios de una corresponsabilidad entre el empresario y el teletrabajador en materia de seguridad y salud, ya que evitar la aparición de ciertos riesgos en el teletrabajo puede estar más al alcance del teletrabajador que del empleador. Defendemos esta opción ante la imposibilidad empresarial de controlar

25 Véase THIBAULT ARANDA, Javier, "Teletrabajo y teledisponibilidad", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organizativas del trabajo*, MTASS, Madrid, 2000, p. 907.

26 Por ejemplo, el complemento de teletrabajo implantado en la empresa BP (art. 51 VI CC de BP Oil España, SAU (BOE 6 de agosto de 2010).

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo...

en muchos casos el lugar de trabajo desde un punto de vista preventivo. Entre los riesgos laborales que presenta el teletrabajo están todos aquellos asociados a las nuevas formas de organización del trabajo como el estrés, el aislamiento o la escasa separación entre la vida laboral y familiar. La mayoría de los riesgos que presenta el teletrabajo son comunes a otras formas de prestación laboral desempeñadas mediante el uso de las nuevas tecnologías. El único factor de riesgo “diferenciador” en el teletrabajo es el aislamiento, que en nuestra opinión el empresario debería intentar combatir fomentando una mayor interacción del teletrabajador con los compañeros de la empresa.

En sexto lugar, en lo relativo al poder de vigilancia y control del empresario en el teletrabajo debemos tener en cuenta todas las cuestiones relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, que permiten al empresario llevar a cabo un control del espacio virtual²⁷. Igualmente los límites y las condiciones del ejercicio de las facultades de vigilancia y control empresarial. En nuestra opinión la normativa de protección de datos es la vía más adecuada para garantizar la privacidad de los teletrabajadores, dado que el uso de los medios informáticos y el almacenamiento de datos aparentemente inocuos, permiten que se pueda reconstruir el perfil personal del trabajador (moral, ideológico, sindical). Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ofrecen al empresario nuevas posibilidades de control a distancia. El trabajo con medios informáticos conectados en Red conforma un “espacio de trabajo virtual”, que es objeto de un control invisible que hace innecesario efectuar registros y al que, por lo tanto, no cabría aplicar analógicamente las reglas del artículo 18 del ET. Por otro lado, el alcance del poder de control condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales del teletrabajador. Por este motivo, los poderes del empresario deducibles del derecho a la libertad de empresa deben estar sometidos a límites: el primero, relacionado con la propia finalidad de control, consistente en verificar sólo el cum-

²⁷ Véanse PUJOLAR, Oliver, “Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 299; SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 299 y ss.

plimiento de las obligaciones y deberes laborales del teletrabajador; y el segundo, relacionado con la dignidad del trabajador, presente en todos los derechos fundamentales del mismo y, por supuesto, en el derecho a la intimidad²⁸. Por otra parte, el amplio margen de actuación con el que cuenta el empresario para adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas, hace necesario que el ejercicio de estas facultades tenga que ser fiscalizado y revisado por los tribunales mediante el establecimiento de unos límites. La ausencia de criterios legales que sirvan para identificar como legítimos los límites a los derechos fundamentales del trabajador, y a las exigencias del empresario, se ha cubierto con la aportación de un criterio basado en el principio de proporcionalidad. No obstante, este principio sólo atiende a la dimensión negativa del derecho a la intimidad del trabajador, por lo que creemos que no cubre la vertiente positiva del derecho a la intimidad, entendida como libertad informática o derecho de autodeterminación informativa, con fundamento en el artículo 18.4 de la Constitución. La autodeterminación informativa es un derecho fundamental que garantiza a la persona un poder de control y de disposición sobre sus datos personales, que supone el derecho a ser informado sobre quien posee dichos datos y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos (STC 290/2000). Asimismo, los avances tecnológicos en el uso de la informática, del teléfono móvil y, en general de cualquier dispositivo electrónico que permita la realización del trabajo en remoto, hacen necesario extender la protección por la vía del artículo 18.3 de la Constitución a esos nuevos ámbitos, ya que el derecho al secreto de las comunicaciones no admite intromisión alguna, por lo que para poder interceptar lícitamente la comunicación es necesario obtener una autorización judicial.

Por otro lado, la actuación del empleador no debe suponer interferencias en la vida extralaboral del trabajador o violaciones de su dig-

28 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, "La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo", en CASAS BAAMONDE, M^a Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 652.

nidad. La buena fe en el ejercicio del poder de control empresarial se manifiesta en el teletrabajo mediante la información al teletrabajador, y la consulta con los representantes de los trabajadores, de cualquier tipo de sistema de control que se instale, porque sobre el empresario pesa el deber de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la obligación de respetarlos sin menoscabo de los mismos²⁹. Los derechos fundamentales no son los únicos límites para el ejercicio del poder de dirección y control empresarial, sino que existen otro tipo de condicionantes, como por ejemplo la necesidad de recabar informe del órgano de representación del personal con carácter previo a la implantación de cualquier sistema de organización y control del trabajo. En relación al informe previo de los representantes de los trabajadores para la instalación de medidas de vigilancia y control por parte del empresario, entendemos que no sería desproporcionada ni irrazonable la atribución de efectos invalidantes a la decisión empresarial que incumpliera esta garantía constitucional del derecho a la información previa. La intervención de los representantes constituye una garantía adecuada frente a las eventuales amenazas que supone para los derechos fundamentales el control empresarial a distancia, por ejemplo mediante el uso de videocámaras. En definitiva, dado que el uso de las herramientas telemáticas permite el almacenamiento y tratamiento de datos que se obtienen mediante los controles informáticos de la actividad laboral, entendemos que para determinar los límites del poder de vigilancia y control empresarial, la vía más adecuada es la normativa de protección de datos y, en concreto, la aplicación de una serie de principios, como el de legitimidad, proporcionalidad, información previa y finalidad compatible³⁰.

Finalmente, como consideración general sobre el teletrabajo nos cabe decir que aunque se presenta como un instrumento idóneo para la conciliación de la vida familiar y laboral, esta propia idea puede jugar en su contra, y verse reducido a una forma de empleo para colectivos ya necesitados de protección, como mujeres, discapacitados o trabajado-

29 SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 317.

30 SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., pp. 341 a 357.

Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea

res con escasa cualificación. Por este motivo, proponemos llegar a una normativa de mínimos mediante el diálogo social que evite situaciones de desprotección de los teletrabajadores y, en general, permita lograr unas buenas prácticas empresariales que contemplen todos los inconvenientes que presenta la realización del trabajo telemático o remoto para alcanzar un adecuado nivel de protección de acuerdo con los estándares del trabajo decente³¹.

³¹ Sobre el papel del diálogo social, OIT, *Estudios sobre el crecimiento con equidad. España crecimiento con empleo*, Ginebra, 2014, pp. 115 y ss.