

EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO



EN BREVE

La normativa y la jurisprudencia aplicable garantiza a los trabajadores que el paso al teletrabajo no afecte a su estatus laboral y que, en la medida de lo posible, la negativa de un empleado a teletrabajar no constituya, en sí misma, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo de este trabajador.



SUMARIO

1. Introducción
2. Formalización del acuerdo
3. Los derechos de los trabajadores a distancia: generalidades
4. El principio de igualdad retributiva
5. El derecho a la formación y promoción profesional
6. El derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo
7. El ejercicio de los derechos de representación colectiva
8. Conclusiones



Esperanza Macarena Sierra Benítez

Comité ejecutivo CIELO Laboral. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla

INTRODUCCIÓN

Según el ET, el trabajo a distancia es “aquél en que la relación de la actividad laboral se realice 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”.

De esta definición constatamos los siguientes caracteres: a) realización de la actividad de manera preponderante (exclusión del trabajo ocasional); b) lugar de realización de la actividad: domicilio o en el lugar libremente elegido por el trabajador (voluntariedad); y c) alternancia



de la actividad laboral con el trabajo presencial. **En esta noción no se hace referencia ni a la utilización de las tecnologías de la información que permiten la realización de la actividad a distancia (instrumento tecnológico), ni entra a valorar qué se entiende por “preponderante”** para excluir de la consideración del trabajo a distancia la realización de tareas ocasionales realizadas con los instrumentos telemáticos y/o digitales (por ejemplo, contestar las llamadas por teléfono, enviar un correo electrónico mientras se utiliza el transporte público para ir o venir del trabajo, contestar las llamadas o los mails en horas fuera de trabajo, etc.).

En los años 80 la doctrina clásica italiana consideró trabajo ocasional aquél que suponía la realización del 20% de trabajo a distancia, realizándose el resto en el lugar típico de referencia: el centro de trabajo. El teletrabajo es trabajo a distancia, pero sólo cuando se identifica con la utilización de las tecnologías de la información y comunicación, que puede ser realizado en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste. El Convenio núm. 177 de la OIT, establece que no se consi-

dera teletrabajo por el mero hecho de que un trabajador realice ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar habitual.

En este sentido la definición del trabajo a domicilio incluye, además del propio domicilio del trabajador, otros locales que escoja distintos de los locales de trabajo del empleador.

No obstante, entendemos que esa noción no es suficiente para dotar de garantías la realización de los trabajos a distancia mediante medios tecnológicos y/o telemáticos. El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo que utiliza las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de los locales de forma regular. En el caso de que la realización de la actividad se realizara mediante la denominada “economía colaborativa” no encontramos amparo en ninguna de las dos definiciones, puesto que estamos ante una situación de “anomia” laboral.

“EL LEGISLADOR PRETENDE QUE HAYA UN CONTROL ADMINISTRATIVO Y SINDICAL DE LA ELABORACIÓN DE ESTOS CONTRATOS QUE, POR SÍ MISMOS, SON UNA FUENTE DE CONTRATACIÓN IRREGULAR O TRABAJO NEGRO”



Los trabajos digitalizados y las nuevas formas de organización del trabajo como, por ejemplo, los empleados compartidos; trabajos compartidos; gestión provisional; trabajo ocasional; trabajo móvil basado en las TIC; programas de vales a cambio de trabajo y trabajo para diversas carteras; trabajo repartido entre numerosas personas y empleo colaborativo no encuentran regulación laboral, y no se pueden reconducir por la vía del art. 13 ET.

FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO

El contrato por el que se establezca el trabajo a distancia será por escrito, siendo de aplicación las reglas contenidas en el art. 8.3 ET para la copia básica del contrato de trabajo. Se trata de un requisito formal que obliga al empresario a comunicar a la oficina pública de empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, el contenido del acuerdo escrito. Esto implica que el empresario debe entregar la copia básica a la representación legal de los trabajadores.

Con ello el legislador pretende que haya un control administrativo y sindical de la elaboración de estos contratos que, por sí mismos, son una fuente de contratación irregular o “trabajo negro”. En general, **la regulación del contrato de trabajo no hace mención alguna al contenido de la prestación laboral y al contenido del contrato de trabajo frente al nuevo paradigma del cambio tecnológico en el trabajo.**

Por otro lado, aunque el legislador no señale nada es conveniente que el acuerdo escrito realice una mención al carácter voluntario de la prestación. Esto es así porque **el trabajo a distancia y el teletrabajo pueden formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o pueden incorporarse de forma voluntaria más tarde.** Es decir, es conveniente que se haga constar que el trabajo a distancia y el teletrabajo son voluntarios para el trabajador y el empresario afectados. Así, por ejemplo, en el caso de que el trabajo a distancia forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo hay que hacerlo constar expresamente, porque la modalidad que regula el art. 13 ET es la modalidad compartida del trabajo a distancia con el trabajo presencial.

Si el empresario hace una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar el empresario puede igualmente aceptarla o rechazarla. Por este motivo hay que procurar garantizar a los trabajadores que el paso al teletrabajo no afecte a su estatus laboral y que, en la medida de lo posible, la negativa de un empleado a teletrabajar no constituya, en sí misma, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo de este trabajador. En definitiva, consideramos que es necesario pactar la reversibilidad de la prestación de servicios, bien por acuerdo individual o colectivo. Y que esta reversibilidad pueda implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario cuando las modalidades de esta reversibilidad se establezcan por acuerdo individual o colectivo.

LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA: GENERALIDADES

El art. 13.3 ET contempla que **los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo que “aquellos sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el**

mismo de manera presencial”. En general, dado que el legislador ha optado por la modalidad compartida de trabajo a distancia con el trabajo presencial, entendemos que no debe haber problema alguno en la aplicación de este principio, por ejemplo, en relación con la percepción de ciertos pluses característicos del trabajo presencial: plus de asistencia y/o de puntualidad.

Asimismo, hay que hablar del concepto de trabajador comparable, que será aquel trabaja-

“SI EL EMPRESARIO HACE UNA OFERTA DE TELETRABAJO, EL TRABAJADOR PUEDE ACEPTARLA O RECHAZARLA. SI ES EL TRABAJADOR QUIEN EXPRESA SU DESEO DE TELETRABAJAR EL EMPRESARIO PUEDE IGUALMENTE ACEPTARLA O RECHAZARLA”



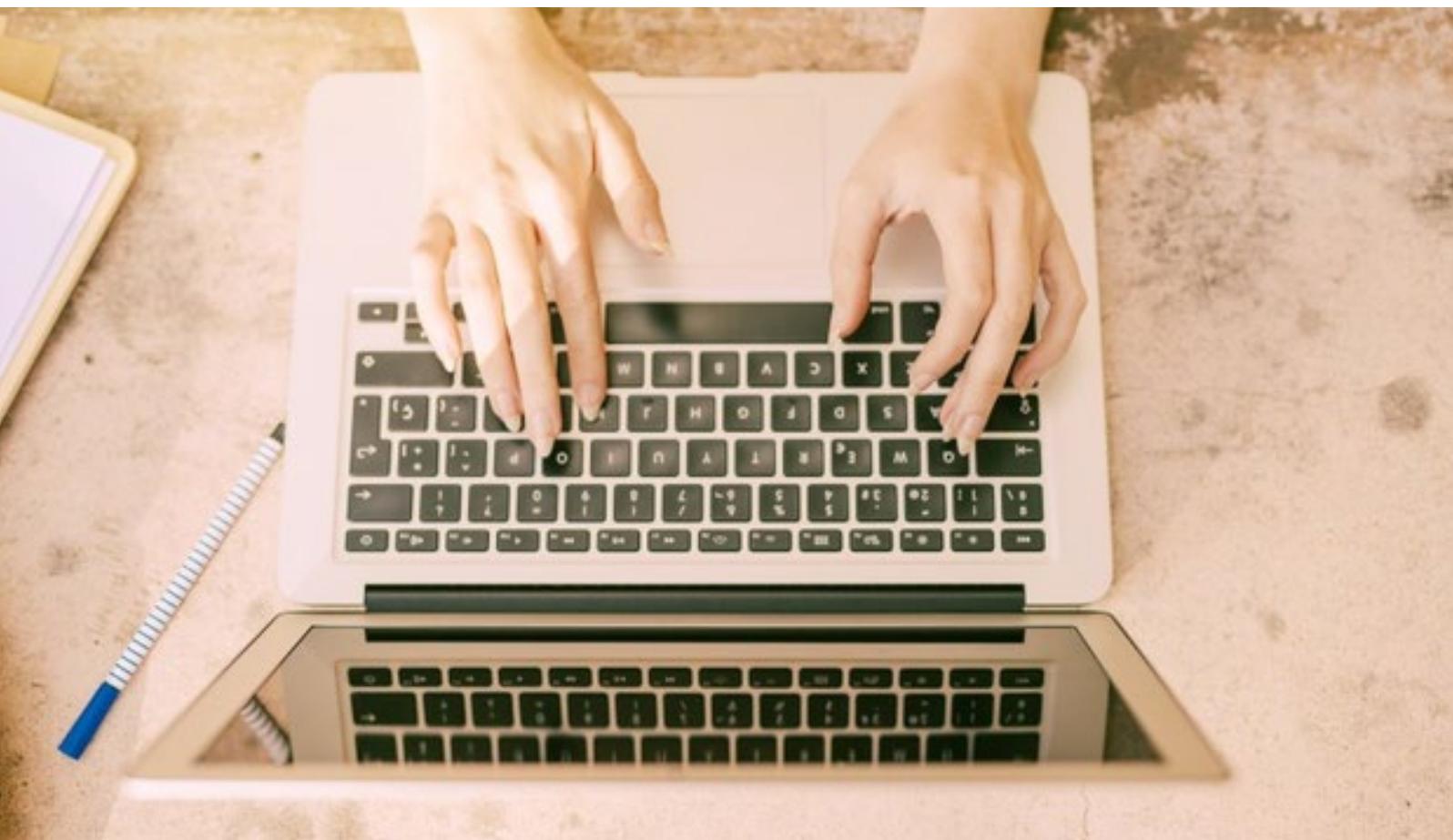
dor presencial “de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar”.

Igualmente cabe incidir en los Decretos de las Comunidades Autónomas que introducen la modalidad de teletrabajo como el del País Vasco (Decreto 92/2012, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Acuerdo sobre la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal empleado público de la Administra-

ción General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos).

En este caso, valoramos positivamente esta regulación porque “puede servir de modelo para otras Administraciones Autonómicas que no hayan adoptado dicho acuerdo, o para mejorar los aspectos más débiles o ciertas carencias de acuerdos ya adoptados en otras comunidades autónomas”. Como también los acuerdos y convenios colectivos empresariales o sectoriales que han regulado las peculiaridades del teletrabajo en esos ámbitos como, por ejemplo, CC estatales de “perfumería y afines”; del “sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo”; de “prensa diaria”, de “la industria del calzado”, de “la industria química”; “oficinas y despachos de Navarra”. Y los de ámbito de empresa, como CC de “Ibermática, S.A.”; “BP Oil España, S.A.U.”; Acuerdo colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el banco BBVA en régimen de teletrabajo; CC de Telefónica, etc.

“EL TRABAJADOR A DISTANCIA
TENDRÁ DERECHO A PERCIBIR,
COMO MÍNIMO, LA RETRIBUCIÓN
TOTAL ESTABLECIDA CONFORME
A SU GRUPO PROFESIONAL Y
FUNCIONES”



EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA

El reformado art. 13 ET contempla que en especial “el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones”. En realidad, mantiene en su mayor parte la regulación del antiguo art. 13 ET (contrato de trabajo a domicilio) en lo referente a un salario igual, como mínimo, al de un trabajador “de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate”. El legislador parte de la necesidad de que la actividad laboral realizada en el centro de trabajo y que se comparte a distancia no debe conllevar una minoración de las retribuciones recibidas.

De esta manera el legislador quiere garantizar el principio de igualdad retributiva, como lo contemplaba el anterior art. 13 ET. En realidad, hay cierto temor por parte del legislador a que el empleador aminore los conceptos retributivos del trabajador por los “ahorros” que le ocasiona “el no tener que ir a trabajar”, estimados en un 10% (gastos en transportes, ropa, comidas, etc.).

Por ejemplo, en algunos convenios colectivos, en el pasado, se había regulado, “contemplando el teletrabajo como forma de creación de empleo adicional en la empresa, estableciendo que las condiciones económicas no eran de aplicación a las existentes en ese momento en el convenio colectivo”. Se trata de una regulación discriminatoria que no se ha vuelto a contemplar en convenios o acuerdos posteriores.

Por otro lado, **el empresario está obligado al abono de las horas extraordinarias, puesto que el control del ejercicio laboral a distancia mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red no supone invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio.**

Al respecto, no cabe que el empresario alegue que no puede efectuar un control de la actividad laboral del trabajador en base al art. 18 CE (derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio) y que, por lo tanto, si el trabajador realiza horas extraordinarias no puede exigir su reembolso por la empresa en ausencia de las pautas y criterios claros sobre el tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y

“COMO EL TELETRABAJO ES TRABAJO A DISTANCIA TELEMÁTICO, ES NECESARIO QUE LOS TELETRABAJADORES RECIBAN “UNA FORMACIÓN ADECUADA PARA UTILIZAR EL EQUIPO TÉCNICO A SU DISPOSICIÓN Y SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DE ESTA FORMA DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO”

convencional sobre jornadas y descansos (STSJ Castilla y León de 3 de febrero de 2016, Rec. Suplicación n. 2229/2015).

En el trabajo a distancia **el problema del control del tiempo de trabajo se debe no sólo a la insuficiencia del marco normativo sino también a que “las nuevas realidades del mercado laboral ponen en evidencia que el tiempo de trabajo se ha resituado en un nuevo paradigma, tanto desde la perspectiva de los empleadores como de las personas asalariadas”.**

La STS 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016) que anula la SAN de 4 de octubre de 2015, si bien con tres votos particulares, considera que la obligación del art. 35.5 ET sólo se limita a las propias horas extraordinarias y no a las jornadas totales en los respectivos períodos de referencia, aunque matizando que lege ferenda convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario a los efectos de facilitar la prueba de la realización de la horas extraordinarias. Sin embargo, ha eliminado “el único mecanismo de control existente en esta materia”, con el resultado de que se hará prácticamente imposible siquiera un mínimo control de las normas reguladoras del tiempo de trabajo.

EL DERECHO A LA FORMACIÓN Y PROMOCIÓN PROFESIONAL

El empresario debe establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo (art. 13.3 ET).

Como el teletrabajo es trabajo a distancia telemático, es necesario que los teletrabajadores reciban “una formación adecuada para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización del trabajo”. Se trata de una formación especí-

fica y necesaria que se extiende al supervisor y a los colegas directos de los teletrabajadores, porque “pueden también necesitar formación adecuada para esta forma de trabajo y su gestión”.

El art. 13.3 ET contiene una obligación instrumental del empresario de garantizar una adecuada formación a los trabajadores a distancia “para el desempeño de sus funciones fuera del centro de trabajo, pese a que esa misma exigencia podría predicarse directamente de los arts. 4.2 B) y 23.1 d) ET (derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo y la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”.

En este sentido, **si la prestación de servicios se realiza a distancia, lo lógico sería realizar la formación también a distancia.** No obstante, sería conveniente que se realizara de modo presencial para que el trabajador a distancia pueda relacionarse personalmente con el resto de los compañeros

EL DERECHO A UNA ADECUADA PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

El ET realiza una remisión a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a su normativa de desarrollo. Es obvio que en el marco del contrato de trabajo el deber de seguridad corresponde al empresario que, en ocasiones, va a necesitar una mayor colaboración o participación del trabajador en materia de seguridad y salud para hacer efectivo ese deber empresarial. Cuando en la realización de la prestación de servicios a distancia se utilizan las nuevas tecnologías, en realidad, se crea un nuevo medio ambiente de trabajo que, condicionado por las circunstancias de la prestación de servicios, dificultan la garantía del cumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

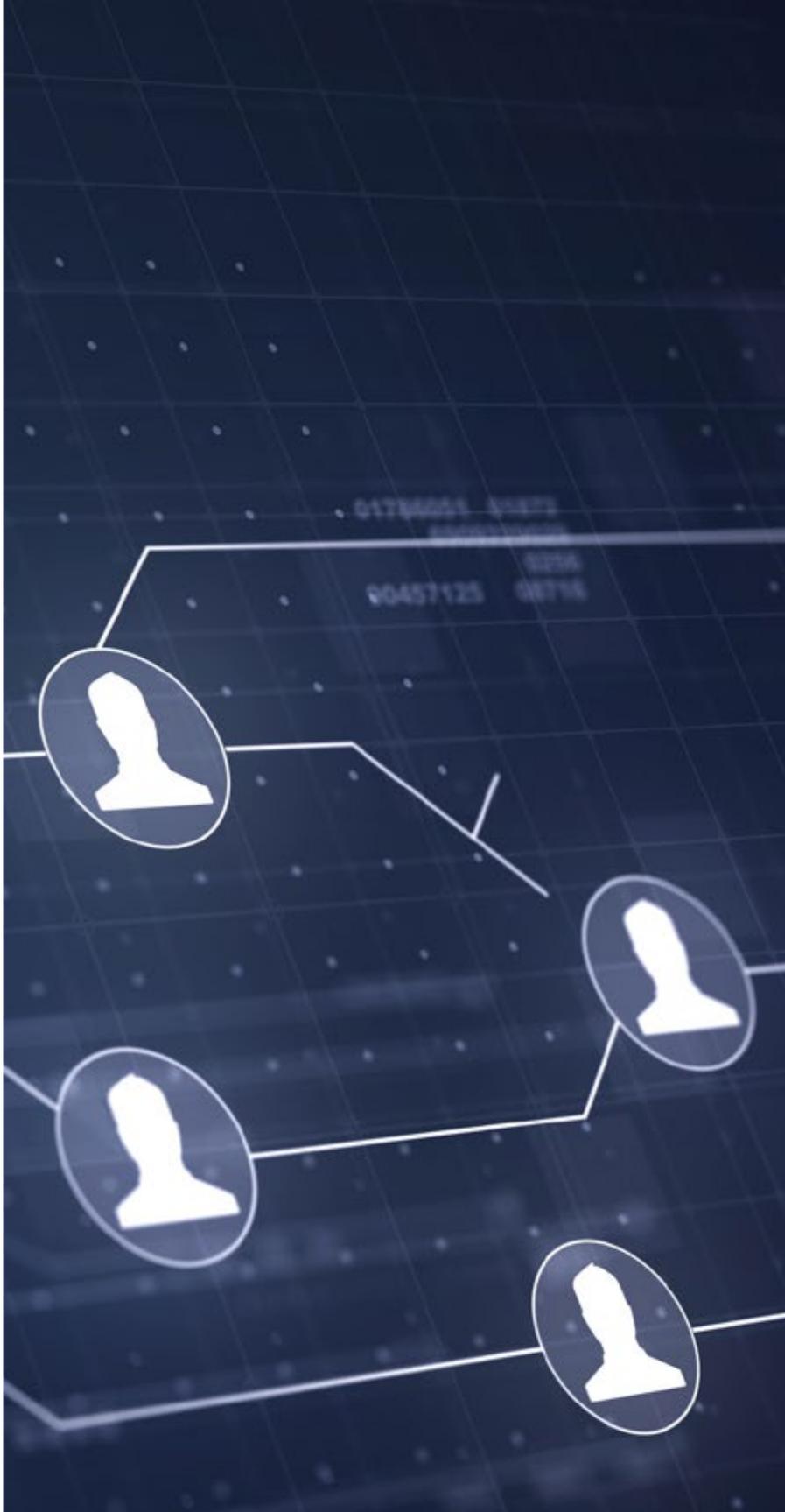
Si analizamos el papel del teletrabajador, éste tiene un mayor protagonismo en la organización del trabajo cuando evitar la producción de ciertos riesgos esté más a su alcance que del empleador. En estos casos creemos que **debe compartir el deber de seguridad cuando el empleador no pueda controlar ni vigilar el lugar de trabajo, o bien empleando ese**



control con las nuevas tecnologías, necesite la colaboración del trabajador (por ejemplo, prestando el trabajador su consentimiento para que las personas pueden realizar la comprobación del cumplimiento de las medidas de seguridad en domicilio de aquél).

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA

En materia de derechos colectivos el ET contempla que el ejercicio de estos derechos se podrá ejercer conforme a lo previsto en el ET. A estos efectos **dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa. En este sentido el ET sólo hace una mención generalizada al ejercicio de los derechos de representación, guardando silencio respecto al resto de los derechos colectivos.** Al respecto la regulación y desarrollo de los otros derechos colectivos, así como aquellos aspectos no previstos relacionados con la representación es responsabilidad que deben de asumir los propios interlocutores sociales. Así, por ejemplo, en materia de representación de los teletrabajadores surgen una serie de problemas relacionados tanto con la configuración de los órganos de representación y el ejercicio de sus funciones como con los derechos de participación. Al respecto encontramos algunos pronunciamientos judiciales que han reconocido lesión del derecho de libertad sindical debida a la falta de reconocimiento por la empresa de la condición de representantes de los trabajadores, en el caso de cierre de centros de trabajo donde fueron elegidos, y se ha producido una adscripción virtual de los trabajadores a otro centro de trabajo.



CONCLUSIONES

Tanto la legislación vigente como la jurisprudencia relacionada con el teletrabajo o trabajo a distancia, adoptan una postura proteccionista con el teletrabajador, velando y tratando de que no se vulneren sus derechos y que en la medida de lo posible sus condiciones y consideración se asemeje en gran parte a su homólogo presencial