

Publicaciones CES de Andalucía

COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN • ACCÉSIT CONVOCATORIA 2010

El contenido de la relación laboral en el teletrabajo

Esperanza Macarena Sierra Benítez



Consejo Económico y Social

EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL TELETRABAJO

EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL TELETRABAJO

Esperanza Macarena Sierra Benítez

SIERRA BENÍTEZ, ESPERANZA MACARENA

El contenido de la relación laboral en el teletrabajo

Primera Edición: Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla,

Marzo de 2011

440 páginas; 16 x 24 cm. (Colección Premio de Investigación)

D.L.: SE-2.572-2011

I.S.B.N.: 978-84-694-2305-9

© Consejo Económico y Social de Andalucía. Sevilla 2011

AUTORA

Esperanza Macarena Sierra Benítez

EDITA

Junta de Andalucía

Consejo Económico y Social de Andalucía

C/ Gamazo, 30. Sevilla. 41001

Tlfno.: 955 06 62 51

Fax: 95 506 58 07

COORDINA

Área de Comunicación. CES de Andalucía

IMPRIME:

Coria Gráfica, S. L.

I.S.B.N.: 978-84-694-2305-9

DEPÓSITO LEGAL: SE-2.572-2011

Esta publicación está disponible para la consulta en el Centro de Documentación del Consejo Económico y Social de Andalucía y accesible a texto completo en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/ces> (Apartado "Trabajos y Publicaciones").

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier tipo sin permiso del editor y/o citar la fuente de procedencia

A mis padres

Agradecimientos

Al Profesor Ojeda Avilés, por su paciencia, sus consejos y la confianza depositada en mí.

Al CES de Andalucía, especialmente a su presidente Joaquín Galán, por hacer posible esta publicación.

A mi familia y a todos los que me han ayudado en la difícil tarea investigadora.

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I: DEFINICIÓN, RASGOS Y TIPOLOGÍAS DEL TELETRABAJO	27
1.1. La definición	29
1.2. Los rasgos caracterizadores del teletrabajo	34
1.2.1. Trabajo a distancia	34
1.2.2. Uso de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (NTIC)	38
1.2.3. Cambio en la organización del trabajo	41
1.3. Tipologías del teletrabajo	50
1.3.1. Tipología según tipo de conexión	50
1.3.2. Tipología según lugar de la prestación	52
1.3.2.1. Teletrabajo a domicilio	55
1.3.2.2. Teletrabajo en oficinas remotas: teletrabajo itinerante y en telecentros	76
1.3.2.3. Teletrabajo transnacional	85
1.3.3. Tipologías de teletrabajo y Seguridad Social	97
CAPÍTULO II: LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL TELETRABAJO	113
2.1. Consideraciones generales	115
2.2. El teletrabajo autónomo. Especial consideración al teletrabajador económicamente dependiente	120
2.3. Teletrabajadores de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos	128
2.3.1. El proyecto de regulación y su contenido	131
2.4. El teletrabajo subordinado en el sector privado. El Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo	142
2.4.1. La definición del teletrabajo subordinado y su recepción por los tribunales sociales	147
2.4.2. El Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo (AMET): contenido de las cláusulas	152
2.4.2.1. Especial referencia a los derechos colectivos de los teletrabajadores	163
CAPÍTULO III: EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA RETRIBUCIÓN EN EL TELETRABAJO	171
3.1. Flexibilidad y principio de libertad de gestión del tiempo de trabajo en las distintas modalidades de teletrabajo	173
3.1.1. Modalidades de trabajo y tiempo de trabajo	178
3.1.1.1. El teletrabajo a domicilio	180
3.1.1.2. El teletrabajo interactivo y las interrupciones técnicas del tiempo de trabajo	183
3.1.1.3. El teletrabajo no interactivo	185
3.1.1.4. El tiempo de disponibilidad	189
3.1.1.5. El tiempo de trabajo en los convenios colectivos y acuerdos de teletrabajo: estudio de casos	197

3.2. La retribución en el teletrabajo: la adaptación de los sistemas salariales	203
3.2.1. El salario base en el teletrabajo. Especial referencia al destajo tecnológico	204
3.2.2. El salario sin contraprestación	210
3.2.3. La imposibilidad de la prestación y las interrupciones técnicas	212
3.2.4. Los complementos salariales de teletrabajo	216
3.2.4.1. El complemento de idiomas y del conocimiento de las aplicaciones informáticas en el teletrabajo	220
3.2.4.2. El complemento de disponibilidad y de teletrabajo, horas extraordinarias, nocturnidad y festivos	221
3.2.5. Los complementos extrasalariales del teletrabajo	229
3.2.5.1. Útiles y herramientas de trabajo. El equipo de trabajo	231
3.2.5.2. Gastos de locomoción y dietas de viajes, pluses de distancia y de transporte	233
3.2.5.3. Gastos en medidas de protección de prevención de riesgos laborales	234
3.2.5.4. Otras partidas extrasalariales: los beneficios accesorios	235
3.2.6. El principio de igualdad retributiva en el teletrabajo	236
3.2.7. La retribución del teletrabajador a domicilio. Generalidades	240
CAPÍTULO IV: LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL TELETRABAJO	249
4.1. Consideraciones generales sobre la aplicación de la normativa preventiva en el teletrabajo	251
4.2. Los riesgos laborales en el teletrabajo	258
4.3. El papel del empresario como garante de seguridad en el teletrabajo	265
4.3.1. Obligación empresarial general	265
4.3.2. Los riesgos laborales, especialmente los psicosociales y la obligación empresarial	266
4.3.3. El teletrabajador y la obligación empresarial	269
4.4. Evaluación de riesgos	270
4.5. Vigilancia de la salud	274
4.6. Formación e información, consulta y participación	279
4.7. Los teletrabajadores móviles	283
4.8. La trascendencia de las obligaciones en materia de seguridad y salud de los teletrabajadores	287
4.8.1. Las obligaciones generales del trabajador	288
4.8.1.1. Deber de autoprotección del teletrabajador y el de protección de terceras personas	289
4.8.1.2. Deber de cumplimiento de las medidas de prevención adoptadas	290
4.8.1.3. Deber de cooperación del teletrabajador con el empresario	291
4.8.2. Las obligaciones específicas del teletrabajador	293
4.9. Consideraciones finales	294
CAPÍTULO V: EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO EN EL TELETRABAJO	297
5.1. Introducción	299
5.2. El control del espacio virtual	304
5.3. Modalidades de control según las formas de manifestación del teletrabajo	307
5.3.1. Poder de control según el lugar de la prestación	307
5.3.2. Poder de control según el tipo de conexión	308
5.4. El ejercicio de las facultades de vigilancia y control empresarial en el teletrabajo: límites y condiciones	309
5.4.1. Los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad	309
5.4.2. La autodeterminación informativa	311
5.4.3. El secreto de las comunicaciones	313
5.4.4. La buena fe en el teletrabajo	317
5.4.5. Condiciones del ejercicio de las facultades empresariales de vigilancia y control. El informe previo de los representantes de los trabajadores	324

5.5. La protección del teletrabajador frente a los controles informáticos y de los instrumentos de trabajo. Especial referencia a la normativa de protección de datos (LOPD)	333
5.5.1. Los principios fundamentales de la protección de datos y su incidencia en el poder de control empresarial en el teletrabajo	339
5.5.1.1. Legitimidad	340
5.5.1.2. Proporcionalidad	342
5.5.1.3. Información previa	350
5.5.1.4. Finalidad compatible	355
5.6. El poder de control del empresario y el uso social de los medios de comunicación de la empresa en el teletrabajo	357
CONCLUSIONES	371
BIBLIOGRAFÍA	381
ABREVIATURAS	433

PRÓLOGO

Prólogo

Probablemente el lector acude a esta monografía animado más por la necesidad profesional de resolver un problema que le acucia, que por el solo placer de informarse, de conocer más a fondo la cuestión del teletrabajo. La curiosidad intelectual sobre este nuevo modo de trabajar –el teletrabajo– parece haber desaparecido como por ensalmo, ante los más acuciantes reclamos del empleo y la flexiseguridad, de la reforma de las pensiones, o de la nueva formulación del descuelgue. El teletrabajo ha dejado de constituir un tema novedoso en nuestra bibliografía, y pasa a incluirse en los que el profesional visita por utilidad propia, porque parece como si ya no hubiera más perfiles o flecos de los que discutir, una vez han surgido magníficas monografías y sentencias importantes, como la TC 281/2005, que han trazado las líneas principales de nuestra institución.

Pero todos sabemos, sin embargo, que no existe normativa reguladora para semejante modo de producción, el cual se extiende además como una mancha de aceite al compás de los avances tecnológicos y del tercer sector. Aspectos impensables hasta hace poco como la aparición de regulaciones autonómicas o municipales para el teletrabajo de los funcionarios comienzan a plantear problemas de manera callada, lejos de la opinión pública, pero necesitados de atención por los expertos para solventar adecuadamente las situaciones de conflicto de masas cada vez más numerosas, de trabajadores que se ven considerados como autónomos o quedan sometidos a condiciones de trabajo exigentes, cuando no constringentes.

El libro de la profesora Sierra Benítez penetra derechamente hasta el meollo del teletrabajo para buscar con detenimiento, diría que con delectación, las soluciones avanzadas por la doctrina, la jurisprudencia y los convenios, para discutir su aplicabilidad, y para, en fin, proponer la solución que le parece más ajustada a la legislación vigente. Podríamos decir que se trata de un libro de segunda generación desde el punto y hora en que abandona los planteamientos iniciales, en los que tenía importancia primordial la delimitación del teletrabajo frente a otras figuras afines, considerándolo al hilo de los fenómenos globales del trabajo atípico, de la huída del Derecho del Trabajo, de sus límites epistemológicos, de las nuevas realidades económicas, etc., y adopta un nuevo punto de observación, más avanzado, situado en el núcleo mismo del teletrabajo, dentro de su estructura, para lidiar con los aspectos más relevantes de la relación obligacional, en concreto con la jornada, el salario, la prevención de riesgos y

el control empresarial. Sin duda que para llegar a ellos se precisa aún atravesar por el gran pórtico de la delimitación jurídica del teletrabajo, un aspecto al que la autora dedica dos acertados capítulos en donde se desmenuzan los diversos tipos del teletrabajo, ya que necesitaremos de esas distinciones para los capítulos posteriores, y se estudia el teletrabajo en sus tres grandes modos de expresión, a saber, el autónomo y semiautónomo, el realizado en el ámbito del sector público –con especial atención a la Administración General del Estado- y el cumplido en el sector privado, sector este último que da pie a la autora adentrarse en el análisis del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.

El capítulo primero parte de la inexistencia de una definición legal del fenómeno que nos ocupa, pues a lo sumo hallamos la ofrecida en el Acuerdo Marco acabado de citar. La autora se inclina entonces por buscar los rasgos o señales de identidad del teletrabajo, que encuentra en el hecho de efectuarse a distancia, mediante el uso de nuevas tecnologías TIC y con una específica organización del trabajo. Se trata, en realidad, de seguir el conocido sistema de indicios que viene siendo utilizado desde hace décadas por ley y jurisprudencia para delimitar al trabajo sometido a la legislación laboral, y frente al que, para bien o para mal, no parece haber otro método mejor, posiblemente porque tanto el teletrabajo como el trabajo en general son categorías abstractas donde se incluyen numerosas variantes.

El primer rasgo o indicio estudiado por la autora es el de trabajar a distancia, del cual toma su nombre. La profesora Sierra considera necesaria la utilización regular de dicho modo de prestación, aunque no entiende exigible una actividad exclusivamente a distancia, dada la multiplicidad de formulaciones que van desde la plena realización a distancia hasta la selección de momentos básicos fuera de la sede de la empresa, si bien como mínimo entiende la autora que el trabajo en sede externa debe suponer, al menos, el 20 por 100 del total de jornada, una cantidad significativa pero no excesiva que en los casos límite precisará con mayor fuerza el acudir a los otros indicios complementarios.

Respecto al segundo indicio, a saber, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, le concede asimismo un relieve significativo pero no absoluto, que *ad limina* podría reducirse a los momentos de conexión con la empresa, siempre teniendo en cuenta la confusión operante en los casos de mínimo uso con la otra figura, tan próxima, del trabajo a domicilio, del que la autora lo diferencia en principio por la falta de control empresarial, siguiendo al Convenio OIT 177 sobre trabajo a domicilio.

Por último, el tercer rasgo hace referencia a una organización distinta a la habitual en la empresa, en sus dos aspectos de forma de ejecución y de regulación jurídica de la prestación telemática. La profesora Sierra explica con autoridad las tres modalidades de conexión telemática con la empresa: unidireccional, interactiva y no existente, así como los tres tipos de lugares de trabajo a distancia, es decir: el propio domicilio, la oficina remota o la oficina transnacional, estando los dos

últimos muy próximos entre sí, aunque separados por la distorsión jurídica que, en el tercer caso, supone el elemento extranjero. El lugar de trabajo condiciona a importantes elementos de la relación laboral que llevan incluso a un distinto régimen jurídico, por lo que el libro entra a considerar las distinciones entre el teletrabajo y el trabajo en régimen de subcontrata, la cadena de subcontratistas y la responsabilidad empresarial subsiguiente, mientras que respecto al trabajo telemático a domicilio plantea problemas de otro tenor, en concreto el del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Sobre el tema de la delimitación de figuras afines planea siempre la amenaza del dumping social y la externalización total o parcial de actividades por la empresa, un aspecto que la autora estima debería potenciar una Directiva que realmente garantizara un suelo mínimo de condiciones de trabajo y una coordinación de sistemas jurídicos que tuviera la suficiente flexibilidad como para obviar los ataques del liberalismo exacerbado que hemos visto con el proyecto de Directiva Bolkenstein y que postula implícitamente la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia en asuntos como los de Viking, Laval o Rüffert.

Los problemas de delimitación quedan hasta cierto punto en el limbo de lo abstracto si no se compulsan con la realidad y la práctica, por lo que el segundo capítulo va dedicado a advenir la situación del teletrabajo en los “nichos” de actividad más frecuentes. Merece especial atención de la autora el proyecto de Real Decreto acordado por la Administración Central con los sindicatos, y los proyectos experimentales de Comunidades Autónomas como Cataluña, Islas Baleares o Castilla y León, así como los de algunos Ayuntamientos, dedicados a esta modalidad laboral. También alude a los intentos doctrinales por crear nuevos indicios de laboralidad que puedan completar o dar mayor nitidez a los clásicos de la subordinación, la ajenidad y el control, y en tal punto analiza el criterio de la “dependencia tecnológica o virtual”, que sin embargo en su opinión conduce al efecto contrario, de llevar al juez a considerar con mayor vis atractiva la calificación como autónomo económicamente dependiente.

Las prestaciones básicas de la relación de teletrabajo, jornada y salario, vienen contempladas conjuntamente en el libro que nos ocupa, con interesantes reflexiones de la doctora Sierra en numerosos aspectos que se hallan influidos por la peculiaridad de la prestación a distancia. Por ejemplo, las interrupciones técnicas por causa de la empresa –si el servidor telemático de la empresa no recibe, o no emite, etc.- lleva a la cuestión de quién debe responder por la omisión, en un planteamiento alusivo a la clásica Spherenetheorie germánica, aunque también da pie a la autora a defender el derecho del teletrabajador a gestionar su tiempo de trabajo a menos que expresamente se pacte otra cosa con el empresario. Como no podía ser menos, el problema de un adecuado tiempo de trabajo y simultáneamente de un adecuado tiempo de descanso ocupa unas agudas páginas en el libro, que se nutre tanto del artículo 42 de la Constitución como de la posible aplicación ponderada de las normas sobre jornada del Estatuto de los Trabajadores. Una cuestión, la de la teledisponibilidad, que halla para la

autora su límite en el derecho del trabajador a la desconexión de los medios de comunicación durante los tiempos de descanso.

La retribución en el teletrabajo plantea no solamente interrogantes sobre el monto de la prestación cualificada por el hecho de un lugar y un método no tradicional, sino también sobre los complementos salariales y los suplidos debidos en los casos de utilización del propio domicilio del trabajador e incluso de las propias herramientas telemáticas del mismo.

El cuarto capítulo se adentra en los vericuetos de la prevención de riesgos laborales y en su línea de sombra, la responsabilidad empresarial por culpa in vigilando. La profesora Sierra considera necesario un rol más activo del propio trabajador, pues el control empresarial puede quedar debilitado, si bien las tecnologías en las cuales se basa esta modalidad permiten por otra parte compensar hasta cierto punto aquellas dificultades. Echa en falta la autora una regulación de las medidas preventivas más adaptada a las peculiaridades del trabajo a distancia, por ejemplo las infracciones del trabajador cuando obstaculizara o negligiera la vigilancia de la propia salud laboral. En cuanto a los riesgos laborales derivados de la prestación a distancia, defiende la autora que no son muy distintos a los existentes para los demás trabajadores, aun cuando el uso intensivo de material informático puede agudizar, como por lo demás ocurre con los trabajadores ordinarios que realizan el mismo uso intensivo de la telemática, disfunciones relacionadas con los llamados riesgos psicosociales del estrés o la depresión, sometidos a un ya prolongado período de ostracismo por parte del legislador, temeroso de las consecuencias económicas que su reconocimiento como riesgos profesionales pudiera deparar a las arcas de la Tesorería. Algunos elementos de diferenciación existen, sin embargo, en el panorama más bien estándar de los riesgos profesionales de los teletrabajadores, cuales son el hecho del aislamiento personal, por un lado, y la confusión en cierto modo perniciosa de la vida laboral con la familiar, por el otro.

El último capítulo se dedica al elemento más trascendental de los que componen los derechos y deberes básicos, al punto de caracterizar el trabajo sometido a la legislación laboral. El poder de control del empresario halla en el caso del teletrabajo numerosas matizaciones, debidas tanto al lugar de la prestación como a los instrumentos de trabajo telemático. El espacio de trabajo virtual permite al empresario penetrar en la vida personal del trabajador con mayor facilidad gracias a las posibilidades de visualizar –a través del ordenador o con ayuda de otros instrumentos telemáticos- el propio modo de vida e incluso la intimidad de su contraparte. Una visualización externa que puede convertirse en interna mediante la captación de mensajes, escritos o correspondencia alojados en el ordenador. La profesora Sierra analiza las genéricas regulaciones existentes en torno a los derechos fundamentales amenazados, de intimidad, dignidad, secreto de correspondencia, libre circulación, etc., ponderando la intervención judicial para determinados casos, aunque dejando constancia de la debilidad de

semejante normativa cuando debe aplicarse a un supuesto tan exótico como, por ejemplo, la libertad de empresa en el domicilio del trabajador.

Y, aunque el enfoque adoptado en el libro se concentra en las prestaciones básicas del contrato, el papel de las representaciones de personal y de los sindicatos atrae la atención de buen número de páginas de este último capítulo, pues como es claro y la experiencia lo demuestra, un buen número de prácticas abusivas de la empresa pueden hallar coto en la intervención de los representantes, más rápida, interna y económica que la judicial o la inspectora. La autora se apoya, por ejemplo, en las competencias de los representantes unitarios de emitir informe cuando la empresa desee implantar un nuevo sistema de organización o de control del trabajo como el que nos ocupa, y entiende defendible que, por encontrarse conectadas, en este caso al menos, con los derechos fundamentales antecitados, la no petición del informe previo del comité debería significar la nulidad del cambio intentado por el empresario.

Un libro medido, valiente y profundo, en definitiva, donde se ha agotado la ya generosa bibliografía sobre la materia y se han tenido en cuenta las pocas pero dispersas normas, la jurisprudencia vacilante y los emergentes acuerdos colectivos para dibujar un mosaico rico en opiniones, sugerencias y contrastes. Uno de los cuales viene resaltado al final del libro por la autora cuando nos dice que la pretendida virtud del teletrabajo, el ser capaz de conciliar la vida laboral con la familiar, en realidad puede jugar en contra del propio trabajador, pues esconde el riesgo de destruir su intimidad y autonomía, y hasta su propia familia, en aras de las necesidades productivas.

Antonio Ojeda Avilés

INTRODUCCIÓN

Introducción

A finales del siglo XX, la sociedad experimenta a nivel mundial una profunda crisis económica y de revolución de las telecomunicaciones que desemboca en un proceso de globalización de la economía. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se implantan en todos los ámbitos, afectando de forma especial al mercado de trabajo. La incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) va a producir cambios en la sociedad, en el trabajo y en los hábitos de vida, haciendo surgir la Sociedad de la Información.

En relación a los hábitos de trabajo, el auge de Internet y la utilización del correo electrónico ponen al alcance del empresario y del trabajador unas herramientas que favorecen la movilidad y flexibilidad en el trabajo, y el ahorro en costes de producción. No es necesario que el trabajador se desplace a un lugar concreto como la fábrica, la oficina o el centro de trabajo para realizar la prestación de servicios en trabajos que no requieren una presencia física. El empresario facilita al trabajador las nuevas herramientas tecnológicas (ordenador, teléfono móvil, acceso a Internet) para que éste realice la prestación de servicios desde cualquier lugar.

Estas mismas herramientas de trabajo son las que puede utilizar el empleador para controlar la actividad laboral contratada, salvo que se trate de una relación basada en la confianza mutua, y el trabajo se ejecute por objetivos. En el entorno laboral surge una nueva forma de trabajo: el teletrabajo. Las notas que caracterizan el contrato de trabajo se identifican perfectamente en el teletrabajo cuando hay una relación de ajenidad y dependencia virtual. Los indicios de laboralidad evolucionan y se adaptan a la nueva realidad tecnológica: teletrabajo asalariado.

Sin embargo, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no conocen fronteras, el trabajo se internacionaliza y la economía se flexibiliza. La descentralización productiva y la elusión de responsabilidades hacen surgir el mecanismo de la contrata y la subcontrata entre empresarios. El teletrabajo no sólo es trabajo subordinado, sino aquél que el empresario contrata y subcontrata con otras empresas.

En este entorno, nos preguntamos cuál puede ser el papel del Derecho del Trabajo en la nueva era de las telecomunicaciones. En nuestro estudio defendemos que ese papel ha de ser el de siempre. El carácter tuitivo de nuestra disciplina debe estar presente en todo momento y en toda transformación del trabajo, adaptándose a las nuevas realidades y sosteniendo los principios clásicos del Derecho del Trabajo. En este papel es muy importante, en primer lugar, la intervención de las instancias estatales y, en nuestro ámbito comunitario, la de las instituciones de la Unión Europea, marcando unas directrices generales y mínimas en materia de jornadas, retribución, prevención de riesgos laborales, poderes de dirección, derechos colectivos y respeto de los derechos fundamentales. En segundo lugar, la labor de los agentes sociales y la de la negociación colectiva a gran escala, sin olvidar a las pequeñas y medianas empresas. En tercer lugar, la labor de la inspección de trabajo, necesitada de mejores dotaciones y actualizaciones en sus funciones. Y por último, el papel de la autonomía de la voluntad individual y la mayor implicación de las partes en un proceso en continuo cambio, que debe estar basado en la relación de confianza y mayor profesionalidad.

En nuestro estudio nos centraremos en el papel que creemos que debe desempeñar el Derecho del Trabajo cuando la prestación laboral se realiza a distancia y con un uso intensivo y prevalente de las nuevas tecnologías, teniendo en cuenta que es necesaria una adaptación a la nueva realidad. Por este motivo haremos una reflexión sobre la identificación y delimitación del teletrabajo en este campo del derecho, así como el estudio de las condiciones de trabajo, jornada, retribución, prevención de riesgos y poder de control del empresario. En nuestras reflexiones prestaremos especial atención al clausulado acordado por los agentes sociales comunitarios, el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (2002), como instrumento jurídico-laboral que atiende a principios tuitivos para el teletrabajador, como son la voluntariedad, reversibilidad, protección de datos y los derechos colectivos de los trabajadores, además de hacer referencia a las condiciones de trabajo anteriormente mencionadas. Pretendemos hacer ver que el teletrabajo es el trabajo moderno, y que necesita de la intervención del legislador y de las iniciativas que provengan de la negociación colectiva.

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN, RASGOS Y TIPOLOGÍAS DEL TELETRABAJO

Definición, rasgos y tipologías del teletrabajo

1.1. La definición

La carencia de normativa legal en relación con el teletrabajo no ha impedido que, desde sus orígenes, las distintas manifestaciones y repercusiones de este fenómeno en las relaciones laborales hayan sido objeto de estudio por los expertos en temas jurídicos. La implantación del teletrabajo ha pasado por varias etapas principales: su aparición en los años sesenta, su auge en los ochenta y su difusión masiva a partir de los noventa gracias al uso de las nuevas tecnologías¹. La aparición de esta forma de trabajo se produce en los Estados Unidos en los años 60 de la mano de un estudioso de la cibernética, Nobert Wiener², aunque fue en 1976, en una época de crisis energética donde se plantea la necesidad de paliar el despilfarro de los recursos escasos³, cuando Nilles acuñó el término “teletrabajo”, considerándolo como “cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información”, o también como una forma de “enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar al trabajador al trabajo”⁴.

En esta primera etapa se creyó que la actividad profesional realizada desde el domicilio, mediante las telecomunicaciones y la informática, permitiría armonizar la vida privada con el trabajo⁵. Posteriormente, en los ochenta, el teletrabajo deja de ser un simple trabajo con cierto contenido tecnológico para convertirse en un auténtico fenómeno social⁶, lo que lo convierte en un valiosísimo recurso para favorecer la inserción laboral de sectores excluidos de la población, como mujeres y discapacitados⁷. Sin embargo, estas expectativas no van a durar mucho, y en

¹ En este sentido, GARCÍA VIÑA, Jordi, “Relaciones laborales e Internet”, en *RTYSS*, núm. 223, 2001, p. 18.

² *In extenso*, WIENER, Nobert, *The Human Use of the Human Being. Cybernetics and Society.*, New York, 1965.

³ ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 41. En relación con el “efecto rebote” sobre el transporte y el medioambiente, MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Ángel; PÉREZ PÉREZ, Manuela; DE LUIS CARNICER, M^a del Pilar; VELA JIMÉNEZ, María, “Análisis del impacto del teletrabajo en el medioambiente urbano”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2753, 2003, pp. 23 a 39.

⁴ En NILLES, Jack, *The telecommunications-transportation tradeoff, Options for tomorrow and today*, Jala Internacional, California, 1973.

⁵ También en GONZÁLEZ MEDINA, M^a Dolores; LÓPEZ AHUMADA, José, “El teletrabajo y la privacidad del trabajador”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, p. 914.

⁶ CARRASCO PÉREZ, Remigio; SALINAS LEANDRO, José M^a, *Teletrabajo*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994, p. 14.

⁷ En este sentido, son interesantes las reflexiones aportadas por FERNÁNDEZ DE VILLALTA, José, “Teletrabajo y discapacidad. Un debate para el sentido común”, en AAVV, *Nuevas Tecnologías de la infocomunicación, turismo y*

esta década el teletrabajo sufre un estancamiento debido a la resistencia de las empresas y sindicatos, la falta de iniciativa en tiempo de crisis económica, el elevado coste de las telecomunicaciones y la falta de cultura informática de los trabajadores⁸. Como ha afirmado la doctrina, en los noventa la concepción del teletrabajo es más pragmática, llegándose a considerar como un instrumento de flexibilidad laboral que permite la externalización de las empresas y la reducción de sus costes fijos⁹.

En estos años el auge del teletrabajo no sólo es el resultado de la aplicación de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante NTIC), que favorecen los cambios en la estructura de las empresas y su descentralización¹⁰, sino también de las iniciativas adoptadas por las instituciones comunitarias europeas. En este último caso, entre las medidas adoptadas destacan el Libro Blanco *Crecimiento, Competitividad y Empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI* de la Comisión Europea en 1993 que incluye, entre otras recomendaciones, el desarrollo tanto de la Sociedad de la Información como medio para el fomento del mercado interno y de la competitividad económica frente a Estados Unidos y Japón¹¹, como de las Autopistas de la Información a nivel regional, y sus futuras aplicaciones telemáticas, tales como el teletrabajo considerado como un proyecto estratégico, entre los ocho existentes, destinado a mejorar la competitividad de las empresas y crear empleo¹².

En junio de 1994 el informe Bangemann contempla diez aplicaciones para la implantación de la Sociedad de la Información. La primera consiste en fomentar el teletrabajo en el domicilio del trabajador y en oficinas satélites para evitar desplazamientos largos al lugar de trabajo, y obtener así un beneficio que repercuta tanto en las empresas y en las administraciones públicas, como en el público en general¹³. En la Cumbre de Corfú de 1994 se plantea que la revolución

teletrabajo, 2º Congreso de Turismo y Teletrabajo, celebrado en Islantilla los días 25 y 26 de febrero de 2000, material multicopiado, ISBN: 84-607-0157-3.

⁸ En ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 42; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2001, p. 227.

⁹ GARCÍA VIÑA, Jordi, "Relaciones laborales e Internet", obra cit., p. 18. Entre los factores que contribuyen a fomentar la práctica del teletrabajo en los años 90 se señalan: la disponibilidad y abaratamiento de los sistemas de información y de las redes de comunicación; la flexibilidad de las legislaciones laborales que permite diversificar las modalidades de trabajo subordinado; los problemas de tráfico, energía y contaminación; nuevas actitudes ante el consumo de energías no renovables y ante la contaminación; nuevas actitudes ante la vida donde se valora cada vez más el tiempo libre; nueva mentalidad hacia la empresa y las instituciones; razones de economía empresarial, en ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., pp. 43 y 44.

¹⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, (dir.) *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, obra cit., p. 227.

¹¹ DE ANDRÉS GILS, Juan J.; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, MTAS, Madrid, 2001, p. 23; además se señala la creciente disponibilidad de las NTIC, el no incremento del teletrabajo de baja cualificación, la protección medioambiental, la viabilidad para las grandes empresas del teletrabajo *off-shore* y el cambio de posición de los sindicatos. También, CALVO GALLEGO, Javier, "Negociación colectiva y nuevas actividades y sectores emergentes", en AAVV, *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de Estudios sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 2002, p. 251.

¹² GRAY Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil, *El Teletrabajo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995, p. 42.

¹³ El informe denominado "Europa y la Sociedad Global. Recomendaciones al Consejo Europeo", que estudió los diversos aspectos de la Sociedad de la Información se debatió en el Consejo Europeo de Corfú, los días 24 y 25 de junio de 1994.

tecnológica y la Sociedad de la Información son las vías de progreso en materia de empleo comunitario, y por lo tanto en la creación de empleo. En este sentido, la Comisión Europea adopta en julio de 1994 el Plan de Actuación *Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información*, que recoge una estrategia para la implantación de la Sociedad de la Información en la Unión Europea, en el que se propone un enfoque integrador de la Sociedad de la Información que cubra varios sectores de acción clave de la Unión (telecomunicaciones, investigación, desarrollo audiovisual, cohesión, competencia, cultura, etc.)¹⁴. En 1996 el Libro Verde de la Comisión *Vivir y trabajar en la sociedad de la información: prioridad a la dimensión humana* sienta las bases para la apertura de un diálogo político, civil y social sobre la misma¹⁵, pero hasta la Comunicación de la Comisión *Modernizar la Organización del Trabajo. Actitud positiva ante el cambio*, de 25 de noviembre de 1998 no se plantea a los interlocutores sociales la necesidad de “ocuparse activamente de esta forma de organización del trabajo por cuenta ajena”¹⁶.

Con posterioridad, en el año 2003 las perspectivas de empleo en torno a la Sociedad de la Información en general se circunscriben al comercio electrónico. En efecto, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, y en particular al comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)¹⁷, considera que “el desarrollo del comercio electrónico ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, y en especial para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos”¹⁸.

Entre las ventajas que el teletrabajo podía comportar, el informe señala el refuerzo de la competitividad de las empresas, creación de puestos de trabajo, mejora de la calidad de vida y del medio ambiente, incremento de la productividad, flexibilización de las relaciones y disminución del coste del factor trabajo.

¹⁴ CIVIT ALAMINOS, Cristina; MARCH MERLOS, Montserrat, *Implantación del teletrabajo en la empresa*, Gestión 2000, Barcelona, 2000, p. 37.

¹⁵ PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, MTAS, Madrid, 2001, p. 114. En el Informe sobre el Libro Verde «Vivir y trabajar en la sociedad de la información: prioridad para las personas», COM (96)0389-C4-0522/96, de 11 de febrero de 1997, publicado en DOC — ES/RR/319/319721, se pide a la Comisión que presente propuesta de Directiva sobre las normas básicas del teletrabajo (seguridad social, seguridad y salud, intimidad, así como los aspectos sociales).

¹⁶ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, en AS, núm. 18, 2003, p. 54. El Libro Verde se publica en COM, (97), 128 y la Comunicación en COM, (98), 592. Por otro lado, en el seno de la Unión Europea han existido numerosos programas dirigidos a fomentar el teletrabajo, por ejemplo, entre los IV y V programas-marcos, el programa ACTS (*Advanced Communications Technologies and Services*) analizando los beneficios económicos y sociales del teletrabajo; el AVANTI que analiza el impacto social de las nuevas tecnologías en los grupos más desfavorecidos; el ETD (*European Telework Development*) dirigido a la difusión del teletrabajo mediante experiencias pilotos nacionales y transnacionales, en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, p. 114. En relación al desarrollo del e-trabajo en Europa, Informe de Situación de los Nuevos Métodos de Trabajo en la Economía del Conocimiento, *eWork 2001*, Comisión Europea. Dirección General Sociedad de la Información, Bélgica, 2002.

¹⁷ DOCE núm. L 178 de 17 de julio 2000.

¹⁸ Considerando 3. También la normativa comunitaria transpuesta al ordenamiento español en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE 12 julio 2002, núm. 166). En la actualidad, la necesidad de acometer una serie de modificaciones necesarias para promover el impulso de la Sociedad de la Información son recogidas en la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE 29 diciembre 2007, núm. 312) que afectan a la Ley 34/2002 y a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma

En su día la doctrina advirtió que estas expectativas de “nuevo empleo” y de desarrollo del teletrabajo no se iban a producir de manera fulgurante¹⁹, porque desde un punto de vista cuantitativo en el conjunto de las prestaciones laborales, el teletrabajo tenía escasa importancia, dado que afectaba a un colectivo reducido de trabajadores²⁰. En la actualidad, el teletrabajo es “una forma de producción sugerente”, un elemento más dentro de las nuevas organizaciones de producción²¹, que ha abandonado su fase embrionaria y constituye una realidad socioeconómica importante, tanto cuantitativa como cualitativamente²². En definitiva, en todo este conjunto normativo en torno al teletrabajo nos encontramos con unos textos elaborados en el seno de la Unión Europea que no han sido pensados exclusivamente para el teletrabajo, y que han contribuido más a su promoción que a su regulación²³. En la actualidad, para su regulación se ha optado por la vía convencional, con la aparición en 2002 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET).

En cualquier caso, el teletrabajo es un término tratado por diversas disciplinas científicas (como la economía, la sociología o el derecho), que ha dado lugar a múltiples definiciones y, según la doctrina, a la existencia de “una cierta *polisemia*” en su utilización. Tal realidad y los riesgos de reduccionismo e imprecisión, han dado lugar a que los autores tiendan a inclinarse por la descripción y análisis de los rasgos que lo identifican, en lugar de plantear una definición²⁴. No obstante, existe una amplia variedad de definiciones²⁵ entre las que se encuentran aquéllas que, describiendo al teletrabajo, nos ayudan a obtener esos rasgos que vienen a cubrir la carencia de una definición legal²⁶. En un sentido

Electrónica que incorporaron la Directiva 2000/31/CE y la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece la Firma Electrónica.

¹⁹ HIERRO HIERRO, Francisco Javier, “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Vol. VI, núm. 119 (73), 2002, p. 3.

²⁰ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito laboral”, en CRUZ VILLALÓN (edit.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 105.

²¹ En este sentido, pero refiriéndose al futuro PIMENTEL, Manuel, “Globalización económica y cambio tecnológico”, en AAVV, *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1999, p. 59.

²² MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma”, en *RTYSS*, núm. 273, 2005, p. 118.

²³ PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídica laboral*, obra cit., p. 113; PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, obra cit., p. 54. Sobre el deficiente tratamiento legal en la Unión Europea, SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, “Teletrabajo: ¿esperanza o realidad?”, *RMTAS*, núm. 11, 1998, p. 33.

²⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, *MTAS*, Madrid, 2000, p. 764. En PEQUERA POCH, Miguel (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 209, el “teletrabajo es importante no tanto como descripción de lo que está sucediendo en el mundo laboral, sino como fuente de debate acerca de cómo podría afectar el desarrollo de las nuevas tecnologías a la organización laboral y cómo podría reaccionar el Derecho Laboral ante tales cambios”.

²⁵ Una recopilación de definiciones adoptadas en el seno de la Unión Europea y por expertos internacionales en DE ANDRÉS GILS, Juan J.; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, obra cit., pp. 23 a 34.

²⁶ En otro sentido, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El Régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 27, opta por seguir a NOGLER, y para ello comienza destacando las modalidades del teletrabajo para, con posterioridad, elaborar el concepto por derivación.

amplio, el teletrabajo se identifica con “cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnología informática y/o telecomunicaciones”²⁷. En otros casos se relaciona con una nueva organización y gestión del trabajo “que tiene el potencial de contribuir sustancialmente a la mejora de la calidad de vida, a prácticas de trabajo sostenibles y a la igualdad de participación por parte de los ciudadanos de todos los niveles, siendo dicha actividad un componente clave de la Sociedad de la Información, que puede afectar y beneficiar a una amplia gama de actividades económicas, grandes organizaciones, pequeñas y medianas empresas, micro-empresas y autoempleo, así como a la operación y prestación de servicios públicos y la efectividad del proceso político”²⁸.

También cabe identificarlo con otras definiciones más reducidas, como la aportada por la Oficina Internacional del Trabajo (1990)²⁹, que entiende por teletrabajo aquél que es “efectuado en un lugar distante de la oficina central o del centro de producción e implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la información”³⁰. En todos estos casos observamos que no hay una única definición, sino una gran variedad de ellas, que en muchas ocasiones suponen una matización con respecto a la anterior³¹.

En relación a la empresa privada, la doctrina italiana toma como referencia la definición de la OIT, y entiende por “teletrabajo la prestación de quien trabaje, con un videoterminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación está dirigida”. Esta definición incluye los dos rasgos básicos que caracterizan el teletrabajo: el del trabajo a distancia y el de trabajo prestado con un instrumento

²⁷ BLANPAIN, Roger, *The legal and contractual situation of teleworkers in the Member States of the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1995. Posteriormente, GRAY, Mike; HODSON, Noel y GORDON, Gil, *El teletrabajo: aspectos generales*, obra cit., p. 63, como “una forma flexible de organización del trabajo, que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante parte importante del horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa”.

²⁸ La Carta Europea para el Teletrabajo se realizó al amparo de la Dirección General XIII de la Unión europea en el Proyecto Diplomát (10-05-1999). RIVERO LAMAS, Juan, “El teletrabajo en España. (En el contexto de la innovación tecnológica y de la empresa innovadora)”, en AAVV, *Innovación y empresa innovadora: aspectos económicos y jurídicos*, 2001, Universidad de Zaragoza, Huesca, 2001, p. 96, critica esta visión optimista, puesto que la falta de desarrollo de la legislación mercantil, laboral y de la telemática puede suponer “un retroceso en el régimen de garantías de los derechos de los trabajadores”.

²⁹ EUROPEAN COMMISSION, “Homeworking on the European Union”, *Social Europe*, Suplemento 2/1992, pág. 58.

³⁰ En este sentido, otra doctrina llega a adoptar una postura más reduccionista, identificando el lugar de trabajo con el domicilio de trabajador, entre otros, MARTÍN FLÓREZ, Lourdes, “Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo”, *REDT*, núm. 71, 1995, p. 413; SÁNCHEZ- RODAS NAVARRO, Cristina, “Telemática, teleworking, telecommuting”, en RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (coord.), *El empleador en el derecho del trabajo*. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 76 y ss.

³¹ GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, Ibdem Ediciones, Madrid, 1998.

de carácter informático, siendo el resto de los elementos derivaciones de los anteriores³². No obstante, a estos dos rasgos básicos debemos añadir un tercero para poder obtener los tres elementos comunes a la definición del teletrabajo, que es aquél que consiste en el cambio en la organización o en la realización del trabajo³³.

En relación a la empresa pública, el teletrabajo en España se encuentra en una fase que podríamos denominar embrionaria, por lo que tomamos como referencia la normativa sobre el teletrabajo desarrollada en Italia. Los rasgos que caracterizan al teletrabajo en la Administración Pública son los dos primeros vistos con anterioridad, es decir, la deslocalización de la actividad laboral y la utilización de las tecnologías de la información y comunicación; y el tercero consiste en la existencia de un vínculo jurídico con la administración pública³⁴.

En definitiva, dado que no existe una definición legal del teletrabajo y que la heterogeneidad del fenómeno impide lograr esa homogeneidad normativa capaz de comprender todas sus formas de manifestación³⁵, optamos por estudiar a continuación los elementos que configuran sus rasgos característicos, que nos permitirán identificar y delimitar el teletrabajo en relación con otras prestaciones de servicios a distancia realizadas mediante el uso de las nuevas tecnologías³⁶.

1.2. Los rasgos caracterizadores del teletrabajo

1.2.1. Trabajo a distancia

El teletrabajo se identifica con el trabajo a distancia porque “hace referencia a la dispersión geográfica de los puestos de trabajo y oficinas, mediante una disociación física de lo que es la ejecución y las tareas correspondientes al puesto

³² GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, *DL*, núm. 49, 1996; MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, *AS*, núm. 11, 1998, p. 40. Entre otros, toman como referencia la definición de la OIT, BORTONE, Roberta; CIMAGLIA, M^a Cristina, en GIANNINI, Mirella (a cura di), *Telelavoro tra immaginario e realtà*, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2006, p. 29; SANI, Jacopo, “Il telelavoro”, *Rivista critica di diritto del lavoro*, núm. 1, 1997, p. 30; VENTURA, Luigi Francesco (a cura di), *Telelavoro e mobilità urbana sostenibile*, FrancoAngeli, Milano 2006, p. 19.

³³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 765, opta por tres elementos: el espacial, el cualitativo o relativo a los instrumentos de trabajo empleados, y el cuantitativo o prestación predominantemente fuera de los lugares habituales de trabajo en la empresa y utilización habitual de tales medios. En relación al tercer rasgo, entre otros, RIVERO LAMAS, Juan, “El teletrabajo en España. (En el contexto de la innovación tecnológica y de la empresa innovadora)”, obra cit., p. 94; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2001, p. 25; PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, obra cit., p. 19; MORÁN, José Manuel, “Del teletrabajo a la empresa virtual. (El futuro del trabajo en la sociedad digital)”, *RMTAS*, núm. 11, 1998, p. 81; PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, obra cit., p. 51; PEQUERA POCH, Miguel (coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, obra cit., p. 210.

³⁴ GAETA, Lorenzo, “La nozione”, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Paolo; POTI, Ubaldo, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il sole 24 ore, Milano, 1999, p. 34; PIZZI, Paolo, *Il telelavoro nei settori privato e pubblico*, Buffetti Editore, Roma, 1999, p. 47.

³⁵ PIZZI, Paolo, *Il telelavoro nei settori privato e pubblico*, obra cit., p. 76.

³⁶ Vid. SAN 31 de mayo 2004 (AS 2004/2637).

de la ubicación del propio puesto de trabajo”³⁷, donde “(...) el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicar con ellos por medio de las nuevas tecnologías”³⁸. El trabajo a distancia es un rasgo del teletrabajo que no supone ninguna novedad en el Derecho del Trabajo³⁹, y describe la simple deslocalización de la actividad respecto del centro de imputación de los resultados, puesto que el teletrabajador no realiza la prestación de servicios acordada en el lugar típico de referencia laboral, el centro de trabajo contemplado en el art. 1.5 ET⁴⁰ o, en sentido amplio, en aquellos lugares de trabajo habituales que sean espacios de la empresa donde se realice determinada actividad⁴¹.

La normativa laboral contempla el trabajo a distancia en el denominado contrato de trabajo a domicilio (art. 13 ET) y en la actividad desempeñada por los agentes y operadores mercantiles dependientes, regulada como relación laboral especial (RD 1438/1985, de 1 de agosto). En estos casos, para que exista contrato de trabajo es suficiente con que haya dependencia jurídica y un ámbito de organización y dirección, que no tiene que ser físico (art. 1.1 ET)⁴².

En este tipo de contratos podemos identificar un rasgo común, y es que la realización de la prestación no se lleva a cabo en el lugar convencional –el centro de trabajo– establecido por el empresario. No obstante, el lugar concreto de realización de la prestación laboral va a determinar la modalidad de teletrabajo, por lo que no cabe identificar el teletrabajo sólo con el trabajo a distancia, sino también con aquél que se realiza en lugares distintos al convencional (domicilio, telecentro, itinerante). En el teletrabajo queda clarificada la diferencia tradicional entre centro de trabajo y lugar de trabajo: si se trata de teletrabajo a domicilio estamos ante un lugar de trabajo determinado, y si se trata de teletrabajo móvil habría que hablar de distintos lugares de trabajo itinerantes y no de lugares distintos al centro de trabajo. En el caso del teletrabajo en telecentro estamos ante

³⁷ Al respecto, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, “Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales”, *TS*, núm. 92-93, 1998, p. 21.

³⁸ DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida”, en *RIT*, vol. 109, núm. 4, 1990, p. 471.

³⁹ GAETA, Lorenzo, “Il telelavoro: legge e contrattazione” en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 68, 1995, 4, p. 550; DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “La condición legal del teletrabajador”, en AAVV, *Trabajar en la Sociedad de la Información. El teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, p. 190.

⁴⁰ SIERRA BENÍTEZ, E. Macarena, “Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS; Madrid, 2000, p. 882.

⁴¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 766; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídica laboral*, obra cit., p. 17.

⁴² En parecidos términos, MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Teletrabajo: modelos contractuales de la prestación de servicios”, en AAVV, *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999, p. 200. En OJEDA AVILÉS, Antonio, “La genealogía del contrato de trabajo”, *REDT*, núm. 135, 2007, p. 555, “Interesa destacar en el nacimiento del contrato de trabajo dos aspectos importantes: uno, que lo modular en él es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre el trabajador; y dos, que el contrato que nos ocupa surge para poner de relieve tal aspecto y, a renglón seguido, comenzar a defender un equilibrio real mediante contrapoderes internos al contrato –derechos mínimos del trabajador– y externos al mismo –legalización de los sindicatos, regulación de los comités, potenciación de los convenios colectivos–”.

un verdadero lugar de trabajo cuando la titularidad del mismo no recaiga sobre el empresario y, por lo tanto, no exista vínculo jurídico entre los trabajadores en ese lugar de trabajo y el titular del telecentro⁴³.

En el teletrabajo, por lo tanto, el concepto de centro de trabajo desaparece y se habla de lugar de trabajo⁴⁴. Sin embargo, esta identificación del teletrabajo con el trabajo a distancia y, en concreto, con otros lugares de trabajo en función de la modalidad de teletrabajo tiene sus limitaciones, porque para poder teletrabajar es necesario que el trabajo sea independiente del lugar de trabajo, lo que impide que el teletrabajo se pueda aplicar a ciertas tareas que requieran una presencia física en la sede tradicional de la empresa⁴⁵.

El lugar de la prestación laboral tiene una incidencia peculiar en el teletrabajo, puesto que favorece el desarrollo de las relaciones laborales internacionales y genera una serie de problemas que estudiaremos más adelante, relacionados con el lugar de cumplimiento de la prestación (teletrabajo transnacional), de la jurisdicción competente y de la ley aplicable al contrato de trabajo. Así mismo, y según la doctrina⁴⁶, el hecho de que el trabajador pueda trabajar en cualquier lugar le facilita el ejercicio del art. 19.1 CE, relacionado con la libertad de circulación y residencia, en el sentido de que si el trabajo puede realizarse en cualquier lugar gracias a las nuevas tecnologías, “será el lugar de la residencia del trabajador el que determine cada vez más su lugar de trabajo”⁴⁷. De este modo, resulta indiferente quién haya elegido el lugar de realización de la prestación de servicios o que el trabajador sea requerido o tenga derecho a presentarse en los locales de la empresa ocasionalmente, porque lo verdaderamente importante es que la prestación sea realizada sin la presencia física del empresario o su representante⁴⁸.

⁴³ Igualmente MATEO, José Manuel, “Presente y futuro del teletrabajo: Razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación”, *AEDIPE*, núm. 13, 2000, p. 30.

⁴⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo “Teletrabajo”, obra cit., pp. 766 a 768.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 106; CIVIT ALAMINOS, Cristina; MARCH MERLOS, Montserrat, *Implantación del teletrabajo en la empresa*, obra cit., p. 80. En RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, obra cit., p. 239, son escasísimas las actividades que no se puedan realizar totalmente o en parte mediante el teletrabajo. Sobre el perfil del teletrabajador y ocupaciones afectadas DE ANDRÉS GILS, Juan J; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, pp. 76 a 81.

⁴⁶ En este mismo sentido, SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, p. 271. Por otro lado, la negociación colectiva puede establecer un tope máximo, por ejemplo, el 15% sobre los puestos que permitan dicha modalidad de trabajo; vid. art. 34 del III CC de Nutricia, S.R.L. (BOE de 2 de junio de 2010, núm. 134) y 33 del III CC de Numil Nutrición, S.R.L. (BOE de 18 de mayo de 2010, núm. 131).

⁴⁷ SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, obra cit., p. 272, por ese motivo añade que “ello debe ponerse en relación con el poder empresarial de movilidad geográfica pues la posibilidad de trabajar en cualquier lugar redundará en una lógica volatilización de la necesidad empresarial de ejercitar el referido poder”. En SALA FRANCO, Tomás, “Movilidad geográfica”, en AAVV, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes)*, Edersa, Madrid, 1994, p. 275, la determinación inicial del lugar de trabajo para el trabajador, en muchas ocasiones, no obedece al ejercicio del derecho constitucional a la libertad de circulación y del derecho al trabajo y libre elección de profesión, sino que una vez fijado el lugar de trabajo el trabajador fija su residencia y organiza su vida.

⁴⁸ CALVO GALLEGU, Javier, “Teletrabajo”, en CARDENAL CARRO, Miguel (coord.), *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001, p. 363; IZQUIERDO CARBONERO, Francisco J., *El teletrabajo*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, SA, Madrid, 2006, p. 24. En STSJ Madrid 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321) “la forma de la prestación del servicio no es sino una condición más del contrato de trabajo, asumida por ambas partes (...), y que constituye un pacto libremente aceptado (...)”.

No obstante, el empresario puede estar interesado en que se preste en un lugar concreto (domicilio, telecentro, itinerante), para lo que puede acordar el lugar de la prestación con el trabajador o, en su caso, imponerlo⁴⁹.

Esta idea es importante porque el teletrabajo se puede llegar a confundir con otras actividades que se llevan a cabo mediante las nuevas tecnologías como telemarketing, teleservicios o televenta, realizadas en sedes empresariales, y en las que la prestación de servicios se ejecuta a distancia pero con respecto al cliente y no al empleador. Consiguientemente, el teletrabajo se caracteriza por constituir una forma de organización de la actividad empresarial donde físicamente se distancia al trabajador de la empresa prestando sus servicios desde un lugar distante, “con independencia de que se relacione o no directamente con el cliente”⁵⁰. Así mismo, se ha afirmado que el teletrabajo “no se perfila por la distancia” como en las actividades anteriores, “sino que lo realmente importante es que lo que se realiza es trabajo” y, por lo tanto, “el trabajo se convierte en un producto en sí mismo, que se puede mover, con el que se negocia y se comercia”⁵¹.

En nuestra opinión, habría que relacionar el elemento locativo con el cuantitativo, y preguntarnos cuándo debemos considerar la prestación a distancia como teletrabajo, dado que no se exige con carácter exclusivo la realización del trabajo a distancia, sino que es posible compartirlo con la presencia en el centro de trabajo⁵². En este sentido, entendemos que es la negociación colectiva la que debe señalar estos límites, pero atendiendo al criterio de la habitualidad del trabajo prestado a distancia⁵³. El trabajo a distancia debe ser realizado con regularidad conforme a los términos que se acuerden entre las partes, no teniendo esa condición si la naturaleza de la actividad laboral principal desempeñada justifica por sí misma la realización del trabajo habitualmente fuera de la empresa, siendo

⁴⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 767; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 27. En MORGADO PANADERO, Purificación, “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)”, *AL*, núm. 16, 2004, p. 1914, con carácter general, el lugar de trabajo, no será dispuesto por el empresario.

⁵⁰ RIVERO LAMAS, Juan, “EL teletrabajo en España. (En el contexto de la innovación tecnológica y de la empresa innovadora)”, obra cit., p. 94.

⁵¹ RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, obra cit., p. 239.

⁵² SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 37, el teletrabajo puede realizarse con carácter permanente, sucesiva o alternativamente en distintas “estaciones” de trabajo.

⁵³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 771; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 30, habla de realización “preferentemente en un lugar distinto”. En el Acuerdo Implantación Teletrabajo en Telefónica de España, S.A.U., de 14 febrero de 2006, se contempla que el tiempo mínimo de teletrabajo será con carácter general de dos días o en tiempo de jornada equivalente. Se establece también que en el contrato será suficiente con la determinación inicial del número de días/horas de teletrabajo semanales. En el art. 34 III CC de Nutricia, S.R.L. (BOE de 2 de junio de 2010, núm. 134) y art. 31 III CC de Numil Nutrición, S.R.L. (BOE de 18 de mayo de 2010, núm. 131) se establece un número máximo de ocho horas de teletrabajo a la semana, que se pueden distribuir en una jornada completa, o dos medias jornadas según acuerdo entre el empleado y el Director. En otros casos, se pacta el teletrabajo con carácter exclusivo donde el trabajador desarrolla la totalidad de la jornada pactada en el domicilio, art. 51 VI CC de BP OIL España, S.A.U. (BOE de 6 de agosto de 2010, núm. 190). En cambio, SELLAS I BENVINGUT, Ricardo, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 38, “la prestación de servicios laborales efectuada con habitualidad, debe entenderse equivalente a aquella que se realiza durante el tiempo correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, es decir, el tiempo correspondiente a la jornada de trabajo habitual”, excepto las naturales excepciones derivadas de las necesidades de organización de las empresas que justifiquen que el teletrabajo debe compartirse con la realización de la prestación de servicios en la empresa.

los medios informáticos y de comunicación utilizados por el trabajador meros elementos de auxilio y facilitación de dicha actividad laboral⁵⁴. En realidad, lo que se intenta es delimitar la actividad que se realiza específicamente mediante el teletrabajo de aquellas otras prácticas "*parciales e impropias*" de teletrabajo de carácter minoritario, que se realizan para compensar el tiempo de inasistencia a la sede de la empresa, o bien porque se admite la realización esporádica de trabajos en otros lugares como mecanismo de flexibilidad o de conciliación de la vida laboral con la vida privada⁵⁵.

En relación a aquellas otras formas de teletrabajo ocasional o esporádico no existe unanimidad doctrinal sobre cuál puede ser el porcentaje de tiempo trabajado a distancia para determinar objetivamente la actividad laboral como de teletrabajo. Nos parece que la opción más acertada es la que considera que para que exista teletrabajo propiamente dicho la actividad realizada a distancia debe suponer más de un veinte por ciento de la jornada habitual⁵⁶.

Por último, se dice que la relación entre los términos trabajo a distancia y teletrabajo es una relación de género–especie, porque todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo, como por ejemplo el trabajo a domicilio o el de los agentes comerciales⁵⁷. En este caso consideramos que no cabe identificar el trabajo a distancia con el teletrabajo, porque el segundo no sólo significa trabajo a distancia, sino que necesita del requisito de la utilización de la tecnología informática y telemática⁵⁸.

1.2.2. Uso de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (NTIC)

En efecto, el uso de las NTIC constituye el elemento que no sólo hizo posible el nacimiento del teletrabajo, sino que lo identifica y distingue del simple trabajo a distancia. A efectos de comunicación, hay que tener en cuenta que en la actualidad los sistemas de acceso remoto permiten tanto trabajar en la oficina como en la

⁵⁴ En este sentido, art. 10 bis del XV CC de la industria química (BOE 29 de agosto 2007, núm. 207).

⁵⁵ En parecidos términos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., pp. 772 y 773.

⁵⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 774; CAMPODALL'ORTO, Sergio; GORI, Máximo, "Telelavoro e flessibilità: due sinonimi nell'odierna società dell'Informazione", VACCÀ, Cesare (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, Giuffrè Editori, Milano, 1999, p. 316; en CALVO GALLEGGO, Javier, "Teletrabajo", obra cit., p. 364, se dice que esta opción es aceptada tácitamente. En contra, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 39 "de admitir el porcentaje señalado como una medida objetiva, optaría por calificar la relación como ordinaria o en régimen de teletrabajo en función de cuál fuera de entre ambas la dominante en proporción al tiempo de dedicación, por lo que si se desarrollara la actividad a distancia con tan sólo un 20 por 100 de la jornada laboral, habría que entender, a mi juicio, que nos encontramos ante una situación de trabajo ordinario"; MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", obra cit., p. 40, "la estancia en las instalaciones de la empresa no debe perder su carácter ocasional y excepcional, no debiendo exceder el tiempo dedicado a la misma, en ningún caso, de la mitad de la jornada semanal, pues de lo contrario sería difícil calificar la situación como de teletrabajo".

⁵⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, obra cit., p. 17. En parecidos términos, SIERRA BENITEZ, E. Macarena, "Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación", obra cit., p. 884.

⁵⁸ GAETA, Lorenzo, "La nozione", en GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Paolo; POTI, Ubaldo, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, obra cit., p. 33; THIBAUT ARANDA, Javier, "Aspectos jurídicos del teletrabajo", *RMTAS*, núm. 11, 1999, p. 94.

habitación de un hotel o en cualquier otro lugar. Una empresa que cuente con un *Terminal Server* permite a los trabajadores acceder a las aplicaciones y datos almacenados en otro ordenador mediante acceso por red. Esta posibilidad que tiene el trabajador de llevar a cabo la actividad laboral desde cualquier lugar es posible siempre y cuando “los medios se lo permitan, teniendo en cuenta que puede haber algún que otro caso en que sea casi imposible que un trabajador pueda realmente teletrabajar”⁵⁹.

Este hecho es una obviedad que nos permite entrar en el estudio de este rasgo para identificarlo con el teletrabajo, porque el papel del videoterminal resulta decisivo, de tal forma que no cabe incluirlo cuando se utilice de forma accesoria y residual⁶⁰. En la ejecución del teletrabajo, tanto el uso de la informática como el de las telecomunicaciones (Internet, Intranet, correo electrónico, teléfono, fax, etc.) debe ser intensivo⁶¹ o prevalente⁶², excluyéndose, por ejemplo, actividades de telemarketing que utilicen exclusivamente como herramienta de trabajo el teléfono⁶³.

La normativa italiana entiende que “la situación de teletrabajo” comprende “un conjunto de infraestructuras y programas informáticos” donde el soporte de las tecnologías de la información y de la comunicación debe ser “dominante”. Por lo tanto, el uso de la tecnología para la realización de la prestación de servicios debe ser relevante y no servir como un mero elemento de soporte⁶⁴. En este sentido, se opta por un concepto de teletrabajo bastante flexible al no exigir ni que la actividad laboral se preste siempre y permanentemente a distancia, ni tampoco que ésta sea realizada siempre con los medios tecnológicos y de telecomunicación⁶⁵, llegando incluso a admitirse el envío de información por soporte magnético, mediante

⁵⁹ En este mismo sentido, OLIVEROS, José Manuel, “Situación del teletrabajo en España: una visión personal”, en AAVV, *Teletrabajo: dimensión social y laboral*, CCOO Andalucía, Sevilla, 2006, pp. 33 y 51, en zonas aisladas con cortes de luz habituales localizada en zonas de la Alpujarra granadina.

⁶⁰ GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, obra cit., p. 37. *In extenso* SCARPITTI, Giovanna; ZINGARELLI, Delia (a cura di), *Il telelavoro. Teorie e applicazioni*, Franco Angeli, Milano, 1998, pp. 50 y ss.

⁶¹ En este sentido, se dice que es necesario un uso intensivo de la informática y de las comunicaciones, en THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 27; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 116. En la doctrina alemana se entiende que estamos ante una modalidad de teletrabajo cuando el uso del videoterminal se produce durante más del cincuenta por ciento del horario de trabajo, en MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 41. En otros casos, se exige la regularidad de la utilización de las tecnologías telemáticas, en SANDULLO, Giorgio, “Il telelavoro”, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1998, p. 576. En MAGNO, Pietro, “Il luogo nel telelavoro”, *Il Diritto del lavoro*, núm. 6, 1996, p. 550, el envío de información mediante las telecomunicaciones tiene que ser realizado en tiempo real.

⁶² Entre otros, Accordo interconfederale sul telelavoro 17 luglio 2001 nelle piccole e medie imprese, en MASSI, Eufrazio, “Il telelavoro nelle piccole e medie imprese”, *Diritto e pratica del lavoro*, núm. 38, 2001, p. 2582 “Si definisce telelavoro la modalità di effettuazione della prestazione da parte di un lavoratore subordinato, il cui espletamento avviene con l’ausilio di strumenti anche telematici, prevalentemente al di fuori dei locali dell’impresa. (...)”.

⁶³ CAMPODALL’ORTO, Sergio; GORI, Máximo, “Telelavoro e flessibilità: due sinonimi nell’odierna società dell’informazione”, obra cit., p. 316.

⁶⁴ En este mismo sentido, GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, *Revista Gallega de Empleo*, núm. 1, 2000, p. 188, en relación con el Decreto del Presidente de la República de 8 de marzo de 1999, núm. 70 que regula el teletrabajo en el sector público. También en GAETA, Lorenzo, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1993, p. 69.

⁶⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 771.

la recepción de ficheros por mensajería, correo o transporte convencional⁶⁶. Ciertamente, es significativo el hecho de que la actividad laboral que se presta con el uso de las tecnologías informáticas y de comunicación no supone la transformación material de bienes sino que, por el contrario, la realización de tareas ligadas “con la ordenación de datos, de producción o depuración de información, o bien incluso de creación de información en el sentido más amplio del término” son propias del sector servicios⁶⁷. Llegados a este punto, debemos tener de nuevo en cuenta el elemento objetivo que cuantifique la prevalencia o intensidad del uso de los medios tecnológicos y de telecomunicaciones, materia que corresponde a la negociación colectiva, sin que falte alguna que otra opinión que considera que existe teletrabajo cuando el uso del videoterminal se lleva a cabo durante más del cincuenta por ciento del horario de trabajo⁶⁸.

En nuestra opinión, no cabe exigir un uso exclusivo de los equipos técnicos de trabajo para la realización de la actividad laboral, porque el trabajador se puede además dedicar a otro tipo de actividad (estudio de ciertos conocimientos relacionados con el trabajo, búsqueda de clientes, etc.) o utilizar otro tipo de instrumentos para desarrollar sus cometidos (por ejemplo, la calculadora)⁶⁹. En definitiva, observamos que es necesario atender a un tercer rasgo definitorio del teletrabajo, que ante todo es una forma flexible de organización del trabajo que permite la externalización de ciertas actividades que, por regla general, se realizan en el centro de trabajo o de producción⁷⁰, bien mediante la utilización de trabajadores ajenos para que hagan parte del trabajo de la empresa, o bien a través del desplazamiento de algunos trabajadores propios de las empresas para la realización del trabajo “a distancia”, siempre que estén integrados y bajo el control directo de la misma⁷¹.

⁶⁶ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 28 donde considera la informática una condición necesaria y las telecomunicaciones una condición suficiente, siendo también teletrabajo la actividad que se realiza mediante herramientas informáticas, e igualmente en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El Teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, obra cit., p. 19. En contra, ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El Teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 39, si no se utilizan las telecomunicaciones, no hay teletrabajo, incluso aunque intervenga la informática.

⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús “El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)”, *REDT*, nº 100, 2000, p. 455.

⁶⁸ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 41. En SELLAS I BENVINGUT, Ramon, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 39 “(...) sin que el establecimiento de umbrales porcentuales de referencia puedan superar los criterios de subsidiariedad de los citados medios de trabajo”.

⁶⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 41; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 775. En MORGADO PANADERO, Purificación, “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)”, obra cit., p. 1917, mantiene que la utilización de estos instrumentos de trabajo sea de forma principal y habitual.

⁷⁰ GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 57. En relación con el teletrabajo y la flexibilización de la organización del trabajo, en GONZÁLEZ MOLINA, M^a Dolores; LÓPEZ AHUMADA, José E., “El teletrabajo y la privacidad del teletrabajador”, obra cit., pp. 918 y 919.

⁷¹ RIVERO LAMAS, Juan, “El Teletrabajo en España”, obra cit., p. 94; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del Teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 107. En este sentido, desde la Comisión Europea se propone un concepto más amplio entorno a la denominación del eTrabajo que “cubre cualquier trabajo realizado fuera de la oficina de una sociedad pero dirigido desde esta sociedad utilizando las TIs y un enlace de telecomunicación para recibir o entregar el trabajo”, (p. 38) con independencia “de que sea realizado por empleados o por personal subcontratado, y de si tenía lugar en oficinas de la compañía, en el hogar del trabajador o en y desde varios sitios” (p. 37) en Comisión Europea, “eWork 2001. Informe de Situación de los Nuevos Métodos de Trabajo en la Economía del Conocimiento”, Bruselas, 2002.

1.2.3. Cambio en la organización del trabajo

Este tercer rasgo deriva de los dos anteriores, porque el teletrabajo no sólo exige que la actividad laboral se realice fuera del lugar de trabajo tradicional y que se utilicen las nuevas tecnologías de la información y telecomunicación, sino que es necesario un cambio en la organización del trabajo⁷². Consideramos que el teletrabajo tiene que producir un cambio en la organización del trabajo, ya que la utilización de los medios tecnológicos y de telecomunicación debe tener un efecto descentralizador que permita la externalización de aquellas actividades que habitualmente se desarrollan en el interior de la empresa⁷³.

Existen una serie de actividades que normalmente son prestadas a distancia por un colectivo (trabajadores móviles) que utilizan las nuevas tecnologías de la comunicación para estar en contacto con su organización (vendedores, taxistas, bomberos, policías...), pero que no tienen la consideración de teletrabajo, ya que su actividad no conlleva ningún cambio en la organización del trabajo puesto que siempre se han organizado de este modo⁷⁴. De la misma forma, podríamos citar el caso de los vigilantes, médicos de atención urgente y móvil, Inspectores de Trabajo y, en ciertos casos, los asistentes sociales, que ocasionalmente tienen que elaborar informáticamente unos datos y transmitirlos a sus unidades centrales (Administraciones Públicas/empresas)⁷⁵; el de los periodistas y corresponsales que se relacionen ocasionalmente con la empresa⁷⁶; el de los agentes de ventas, representantes de comercio y, en general, los mediadores mercantiles que cambian su hoja de orden de venta por un microordenador, salvo que la confección de sus informes o los datos necesarios de información la transmitan de su ordenador al de la empresa, bien desde la sede del cliente o desde su propio domicilio⁷⁷; y por último, aquellas otras actividades realizadas ocasionalmente por profesionales en su propio domicilio que probablemente no necesiten el soporte tecnológico que requiere el teletrabajo, ni cuenten con un contrato de trabajo que contemple esta posibilidad⁷⁸ y, en general, el trabajo a domicilio tradicional, puesto que no se

⁷² PEQUERA POCH, Miguel (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 210; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 29.

⁷³ En el mismo sentido, GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 59, quedando excluidas las actividades internas y las externas cuando el trabajador utilice la tecnología exclusivamente para relacionarse con la empresa (teleconsejeros, trabajadores "a llamada", telemarketing, teletienda), o cuando se realicen con medios tradicionales. En RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", obra cit., p. 107, se excluye la realización de la prestación utilizando medios informáticos en el centro de trabajo porque, siguiendo a ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 40, "el trabajo a través de las comunicaciones sin que medie la distancia tampoco es teletrabajo".

⁷⁴ PEQUERA POCH, Miguel, (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 210.

⁷⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en obra cit., pp. 776 y 777.

⁷⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en obra cit., p. 776; CALVO GALLEGOS, Javier, "Teletrabajo", obra cit., p. 363.

⁷⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en obra cit., p. 777; ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 39; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 31; GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil, *El Teletrabajo*, obra cit., p. 65.

⁷⁸ GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil, *El Teletrabajo*, obra cit., p. 64.

utilizan las telecomunicaciones ni la informática para la realización de la prestación de servicios a distancia⁷⁹.

Las innovaciones tecnológicas introducen factores de cambio que traen consigo, entre otros efectos habituales, la flexibilidad organizativa y la descentralización operativa. En las últimas décadas los profundos cambios experimentados en la producción inciden sobre la estructura global de la empresa. En primer lugar, mediante mecanismos de descentralización física de los sistemas productivos y de especialización flexible, que permiten que se consoliden nuevos modelos de organización basados en la autonomía y la autoregulación de los subsistemas. Y, en segundo lugar, en la búsqueda de la flexibilidad de los recursos humanos y tecnológicos que permiten la variabilidad de las condiciones de trabajo en relación a la cantidad y a la distribución del tiempo de trabajo y de las tareas, o a través de una mayor demanda de flexibilidad en las formas de acceso y de salida de la empresa⁸⁰. En nuestra opinión, se trata de un proceso que invita a la experimentación de nuevas formas de organización del trabajo y que demanda la necesidad de una regulación específica sobre el mismo⁸¹.

Este «proceso regulador» se inicia con el Programa de Acción Social de la Comisión Europea para los años 1998-2000, donde se prevé la realización de unas consultas a los interlocutores sociales acerca de la necesidad de una acción comunitaria sobre protección de los teletrabajadores⁸². Posteriormente, en el contexto de la estrategia europea sobre el empleo⁸³, el Consejo Europeo invitó a los interlocutores sociales a negociar acuerdos de modernización de la organización del trabajo donde se incluyeran acuerdos sobre flexibilidad laboral, con la finalidad de garantizar la productividad y la competitividad en respuesta a las exigencias de la Sociedad de la Información y de alcanzar el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad⁸⁴. Esta idea empieza a plantear los primeros problemas en la primera fase de consultas efectuada por la Comisión el 27 de junio del 2000, manifestándose las primeras discrepancias entre los agentes sociales, de

⁷⁹ ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 39; GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil, *El Teletrabajo*, obra cit., p. 64.

⁸⁰ DESSÌ, Ombreta, "Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 181 y 182.

⁸¹ En parecidos términos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", *RL*, Tomo I, 2005, p. 1328.

⁸² COM 1998, 259 final.

⁸³ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Flexiseguridad: el debate europeo en curso", *RL* núm. 15-16, monográfico, 2007, p. 16, "las Directrices de empleo de 2001 invitaban a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para lograr equilibrios adecuados entre flexibilidad y seguridad y a establecer un nuevo vínculo entre ambas, con vistas a acomodarse a los cambios económicos y a mejorar la competitividad de las empresas y la calidad del empleo, aceptando una mayor flexibilidad pero introduciendo mayor seguridad". Al respecto, para asegurar el logro de los objetivos sobre una nueva estrategia económica y de empleo, con vistas a conseguir una economía europea competitiva basada en el conocimiento, planteados en el Consejo Extraordinario de Lisboa 2002, en los sucesivos objetivos y planes de empleo se proponen una nueva relación entre flexibilidad y seguridad para apoyar la competitividad de las empresas, incrementar la calidad y la productividad del trabajo y facilitar la adaptación de empresas y trabajadores a los cambios económicos, pp. 16 y 17.

⁸⁴ Consideraciones generales del Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo suscrito en Bruselas, el 16 de julio de 2002; también MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo", *RL*, núm. 1, 2003, p. 22.

manera que el sector empresarial se muestra a favor de garantizar la flexibilidad para mejorar la competitividad entre las empresas, y los representantes de los trabajadores defienden la seguridad de éstos y la mejora de las condiciones de trabajo⁸⁵.

En una segunda fase de consultas con los interlocutores sociales sobre la modernización y el desarrollo de las relaciones de trabajo, la Comisión Europea los invitó a iniciar negociaciones sobre el teletrabajo para contribuir a preparar la transición a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento, como se acordó en la reunión del Consejo Europeo de Lisboa de 14 de abril de 2000⁸⁶. A pesar del desacuerdo entre las partes, la Comisión trató de proporcionarles los criterios que deberían tener en cuenta para encontrar el necesario equilibrio entre la flexibilidad que proporcionan las nuevas formas de organización del trabajo, y la seguridad o protección de los teletrabajadores en el lugar donde el trabajo se realiza⁸⁷. Se pretendía llegar a acuerdos sobre cuestiones tales como: participación voluntaria y derecho a volver al «trabajo tradicional», mantenimiento de estatuto de empleado, igualdad de trato, información adecuada sobre la definición de las tareas y condiciones de trabajo, cobertura de los costes por el empleador, garantía de formación específica, medidas de protección de salud y de seguridad, respeto del tiempo de trabajo, protección de la vida privada y de los datos personales, contacto con los compañeros, derechos colectivos, e igualdad de oportunidades⁸⁸.

Los interlocutores sociales firman en 2002 el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (en adelante AMET), considerando el teletrabajo “tanto una forma de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicio público, como una forma de conciliar el trabajo y la vida social por parte de los trabajadores, que les proporcione una mayor autonomía en la realización de sus tareas”⁸⁹. En España, este Acuerdo se incorpora en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (en adelante AINC) de 30 de enero de 2003, que las

⁸⁵ EMPLEO DE (1), Bruselas, 6 de septiembre 2000. También SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores, “El Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, en *Trabajo*, núm. 14, 2004, p. 52.

⁸⁶ En iguales términos, *Consideraciones generales del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002)*. Los interlocutores sociales comenzaron las negociaciones sobre el teletrabajo a raíz de la decisión de la Comisión de emprender la consulta formal a la empresa y a los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 138 del Tratado. La comisión inició la primera fase de esta consulta el 27 de junio de 2000, y la segunda el 16 de marzo de 2001, en virtud del art. 138.3. Posteriormente, los agentes sociales (CES, UNICE/UEAPME y CEEP) comunican su intención de entablar negociaciones sobre el teletrabajo (art. 138.4) el 20 de septiembre de 2001, que se inician el 12 de octubre de 2001 y finalizan el 23 de mayo de 2002, fecha de conclusión del Acuerdo, en IP/02/1057. También PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, obra cit., p. 40.

⁸⁷ SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, en *Trabajo*, núm. 14, 2004, p. 53.

⁸⁸ Comisión Europea, *eWork 2001. Informe de Situación de los Nuevos Métodos de Trabajo en la Economía del Conocimiento*, obra cit., p. 24.

⁸⁹ En este sentido, *Consideraciones generales del AMET (2002)*. En junio de 2000 la Comisión decide iniciar el procedimiento previsto en el art. 138.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), dirigiendo una consulta formal a los agentes sociales, acerca de la modernización y mejora de las relaciones laborales, incluyendo el teletrabajo. Posteriormente, se abre el segundo período de consulta según lo previsto en el art. 138.3. A continuación se hace saber a la Comisión la intención de entablar negociaciones sobre el teletrabajo (art. 138.4), que se inician el 12 de octubre de 2001 concluyendo el 23 de mayo de 2002. *In extenso*, THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo”, *TL*, núm. 72, 2003, p. 40.

Organizaciones firmantes asumen en su totalidad, al considerarlo un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la introducción del teletrabajo, y resolver algunas dudas que venían surgiendo en determinados aspectos laborales en relación con el mismo. De igual forma destacan algunos de los criterios del Acuerdo para que puedan ser utilizados por las partes del contrato de trabajo (empresas, trabajadores y sus representantes) como base para mantener el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad, y mejorar la productividad de las empresas (tales como el concepto de teletrabajo, el carácter voluntario o la igualdad de derechos del teletrabajador con respecto a los restantes trabajadores). En cuanto a la introducción del teletrabajo invitan a las partes para que, si lo estiman oportuno, pacten una serie de situaciones más específicas, que enumeran, en relación con la privacidad, confidencialidad, prevención de riesgos laborales, instalaciones, formación e información del trabajador, etc.⁹⁰.

Estos mismos criterios, y la conveniencia de regular aspectos concretos relacionados con la introducción del teletrabajo, se recogen también en el AINC 2005 en materia de contratación. En este Acuerdo se reitera la importancia del teletrabajo como una de las formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías⁹¹. En el AINC de 2007⁹² se hace de nuevo hincapié en las consideraciones relacionadas con el desarrollo del teletrabajo y el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo, y en cumplimiento de la Declaración para el Diálogo Social 2004, se incorporan los nuevos criterios del amplio proceso de negociación desarrollado en los dos últimos años en el capítulo V titulado “Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de información y consulta”⁹³. No obstante, como respuesta a la necesidad de potenciar un empleo más productivo, en el subapartado “Flexibilidad y seguridad. Teletrabajo” se afirma que son los convenios colectivos los instrumentos que permiten tratar una serie de aspectos para avanzar en lo que

⁹⁰ El 22 de diciembre de 2003 las partes firman el Acta de prórroga, para el año 2004, del Acuerdo Interconfederal 2003(AINC 2003).

⁹¹ Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005 (BOE 16 marzo 2005, núm. 64), prorrogado para el año 2006 (BOE 10 febrero 2006, núm. 35). El AINC 2005 incorpora, de forma resumida y actualizada, los criterios sobre una serie de materias (empleo, contratación, flexibilidad y seguridad en el empleo, etc.) contenidas en la Declaración para el Diálogo Social 2004 sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social, suscrita el 8 de julio entre el Gobierno y las Conferencias Sindicales y Empresariales. El principal objetivo del AINC 2005 es dar una visión compartida por las Organizaciones firmantes sobre la necesidad de impulsar la competitividad de la economía española.

⁹² BOE 24 febrero de 2007, núm. 48.

⁹³ En el AINC 2007 se recoge la necesidad de tener en cuenta el conjunto de normas y de nuevos criterios del proceso de negociación, desarrollado en cumplimiento de La Declaración para el Diálogo Social sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social, suscrita el 8 de julio 2004 entre Gobierno y confederaciones Empresariales y Sindicales. En la misma se recoge como objetivo común que la sociedad española alcance unos mayores niveles de desarrollo económico, de calidad en el empleo, de bienestar social, de cohesión territorial y de sostenibilidad ambiental. Para ello se hizo hincapié en la necesidad de apostar por un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero, basado en la mejora de la competitividad de las empresas y en el incremento de la productividad. En relación al AINC 2007, se ha afirmado que las recomendaciones u orientaciones enunciadas en el Capítulo V se han elaborado mediante la técnica de la acumulación, es decir, manteniendo la mayor parte de las formuladas en ediciones anteriores y las obtenidas recientemente mediante el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo incorporado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, en VÁLDES DAL-RÉ, Fernando, “El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007”, *RL*, núm. 7, 2007, p. 7.

respecta a las modificaciones en la organización del trabajo, derivadas de procesos de innovación y de cambios tecnológicos⁹⁴.

El teletrabajo se presenta como una fórmula moderna de organización del trabajo que se aproxima a lo que se ha venido a denominar flexiseguridad, término muy utilizado últimamente para abordar la modernización del Derecho Laboral y los retos del siglo XXI que conduzcan a una Europa más competitiva (Libro Verde)⁹⁵. El término *flexiseguridad* empieza a acuñarse en los Consejos Europeos de Lisboa y Niza (2000), cuando los Estados miembros plantean la necesidad e importancia de combinar los términos flexibilidad y seguridad, aparecidos en los anteriores Consejos de Essen, Florencia, Amsterdam y Luxemburgo, con la finalidad de obtener la economía más competitiva y dinámica del mundo, capaz de mantener crecimiento económico, más y mejores empleos y cohesión social⁹⁶. Sin embargo, esta búsqueda del equilibrio adecuado entre flexibilidad y seguridad no es nueva sino que, como hemos visto, aparece ya en el Libro de Delors y en el Libro Verde sobre una nueva organización del trabajo⁹⁷, en la etapa inicial de la regulación convencional del teletrabajo.

La idea de la flexiseguridad definida “como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado de laboral”⁹⁸ no está exenta de críticas por parte del mismo Parlamento Europeo⁹⁹, la doctrina laboralista y los propios sindicatos, reacios a los nuevos planteamientos del Libro Verde en la modernización del Derecho laboral¹⁰⁰. La crítica se dirige a que los

⁹⁴ El Acta de prórroga para el año 2008 del AINC 2007 (AINC 2007), (BOE 14 de enero 2008, núm. 12) no incorpora novedad sobre el teletrabajo. En el año 2009 la falta de acuerdo impide la negociación del AINC 2009. No obstante, en la Circular para la Negociación colectiva 2009, en *RL*, núm. 8, 2009, pp. 100 y 101, se reiteran los anteriores pronunciamientos sobre el teletrabajo (promoción y criterios recogidos en el AMET 2002) como son la voluntariedad, igualdad de derechos y la posibilidad de que se concreten soluciones relacionadas con aspectos específicos (entre otros, privacidad, confidencialidad, prevención de riesgos, formación e información al teletrabajador).

⁹⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, «Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», COM (2006) 708 final, Bruselas, 22.11.2006. Vid. SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Una llamada a la modernización del Derecho del Trabajo: algunos apuntes sobre la reciente publicación del libro verde de la Comisión Europea: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, *IL, Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 9, 2007, p. 10.

⁹⁶ ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa, “En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro”, Especial monográfico, *RL*, núm. 15-16, 2007, p. 116. Sobre el modelo europeo de flexiseguridad, MIGUÉLEZ LOBO, Faustino, “Flexiseguridad, bienestar y cohesión social”, en *RMTAS*, número extraordinario 1, 2007, pp. 153 a 156.

⁹⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, obra cit., p. 4.

⁹⁸ En Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexiseguridad y la seguridad*, COM (2007) 359 final, Bruselas, 27.6.2007, p. 5, donde se añade que “la flexibilidad hace referencia a los avances logrados en el curso de la vida (...). Alude a la progresión hacia mejores empleos, a la «movilidad ascendente» y al desarrollo óptimo del talento”. Es característica “de una organización del trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar la producción, y es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas”. En cuanto a seguridad, “no sólo se alude a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo: se trata de equipar a las personas con las capacidades que les permitan progresar en su vida laboral y ayudarlas a encontrar un nuevo empleo. Pero también se trata de ofrecer unas prestaciones por desempleo adecuadas para facilitar las transiciones e incluye, por último, oportunidades de formación para todos los trabajadores, especialmente los poco cualificados y los de más edad”.

⁹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007 sobre la reforma del Derecho del Trabajo ante los retos del siglo XXI.

¹⁰⁰ Vid. Sobre el Libro Verde «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI». Secretaría Confederal de Empleo. CCOO. Diciembre 2006 en Internet; Comunicado de Prensa de UGT, 23 de enero 2007, en Internet. En Italia la doctrina elaboró un manifiesto en (www.cgil.it/giuridico/poliche...). Entre otros, MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre

nuevos planteamientos son contrarios al modelo de trabajo protegido y con derechos, quedando desplazados por una política asistencial¹⁰¹. En otros casos, se muestra cauta en el sentido de que la seguridad del empleo mediante la legislación de protección del mismo sólo debe admitirse en determinadas condiciones, siendo necesario combinarlo con otros principios del Derecho comunitario, como pueden ser el de calidad del empleo, que es uno de los objetivos de las políticas comunitarias¹⁰². El Libro Verde es también criticado porque es indicador de la renuncia no sólo al diseño de armonización característico del proceso de construcción de la Europa social y “al propósito de individualizar un *corpus* de derechos fundamentales y comunes para todos los trabajadores de la Unión”, sino también “al proceso de extensión del patrimonio adquirido por la *vieja* Europa”¹⁰³.

La ambigüedad del término flexiseguridad se presta a que nos encontremos con distintas posiciones e interpretaciones, ya que en la “política de flexiseguridad hay elementos de elección política”, con distintos enfoques según la disciplina que la trate o de las perspectivas doctrinales (liberal o socialdemócrata)¹⁰⁴. Desde una perspectiva social, entendemos que el planteamiento que la flexiseguridad otorga a la negociación colectiva no es el adecuado, ya que “no le da protagonismo alguno”¹⁰⁵. El diálogo social aparece como una “cláusula de estilo” “sin ninguna función sustancial”¹⁰⁶ y, por lo tanto, con un papel distinto al experimentado en el proceso de regulación del teletrabajo, que cuestiona las vías o instrumentos jurídicos para abordar la iniciativa de modernización del Derecho laboral y de la

globalización, «flexiguridad» y estabilidad en el empleo”, *AS*, núm. 6, 2008, pp. 75 a 93; DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea”, *RMTAS*, núm. 72, 2008, pp. 221 a 230.

¹⁰¹ BAYLOS GRAU, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín, “Sobre el Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, en *Cuadernos de la Fundación*, 5/2006, (www.fundacionsindicaldeestudios.org), p. 8. A favor del Libro Verde, SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Una llamada a la modernización del Derecho del Trabajo. Algunos apuntes sobre el reciente publicación del Libro Verde de la Comisión Europea: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, obra cit., p. 16 y 17.

¹⁰² LAULOM, Sylvaine, “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, Especial monográfico, *RL*, núm. 15-16, 2007, p. 46. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el lugar de definición de cuáles deban ser las medidas destinadas a reequilibrar la seguridad perdida y a redistribuir la flexibilidad, ha de ser todavía el nivel nacional, en VALDÉS DAL RÉ, Fernando, “El Libro Verde de la Comisión Europea”, www.juntadeandalucia.es/empleo/car/observatorio/34—derecho—social—europ/doc/Revue.pdf, p. 3.

¹⁰³ Al respecto, LOY, Gianni, “Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI»”, Especial monográfico, *RL*, núm. 15-16, 2007, p. 48.

¹⁰⁴ En RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, obra cit., p. 9; más adelante afirma que “se está aceptando así una noción de flexiseguridad no como situación sino como un tipo de política, pero con un enfoque más empírico que normativo”, p. 18. En KLAMMER, Ute, “Flexiseguridad: perspectiva europea”, número extraordinario 1, *RMTAS*, 2007, p. 117, “todos hablamos de este término y sobre esta idea, pero no todos nos referimos a lo mismo”.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, obra cit., p. 24.

¹⁰⁶ LOY, Gianni, “Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI»”, obra cit., p. 51; FALQUERA I BARÓ, Miquel, “El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo en la Unión: una preocupante iniciativa”, en *IUSLabor* 2/2007, p. 4; Aportaciones al debate abierto con el Libro Verde de la Comisión Europea “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Secretaría Confederal de Empleo de Comisiones Obreras, Diciembre 2006, en (www.juntadeandalucia.es/empleo/car/observatorio/34—derecho—social—europ/doc/Comisiones%20Obreras.pdf) www.juntadeandalucia.es/empleo/car/observatorio/34—derecho—social—europ/doc/Comisiones%20Obreras.pdf. Una nueva perspectiva contraria la encontramos en el dictamen del Consejo Económico y Social Europeo, La flexiseguridad (dimensión interna –la negociación colectiva y el papel del diálogo social como instrumentos para la regulación y reforma de los mercados de trabajo, Bruselas 11 julio 2007, DOUE 2007/C 256/20, 27 octubre 2007, pp. 108 y ss. En este sentido, LUJÁN ALCARAZ, José, “Flexiseguridad”, en *AS*, núm. 16, 2008, pp. 16 a 28.

organización del trabajo. De este modo, se relega el protagonismo reevaluador de la norma pactada, obtenido por su mayor flexibilidad material (que permite modular con mayor destreza y precisión el alcance de las reglas), y temporal (mediante la revisión periódica de los acuerdos alcanzados)¹⁰⁷. Por otro lado, la serie de medidas de las que parte el Libro Verde tienden a priorizar las materias propias del Derecho del empleo en detrimento de las del Derecho laboral¹⁰⁸, ya que se basan en futuras políticas activas de empleo y otras medidas que están por llegar¹⁰⁹, y que son insuficientes si no tenemos en cuenta tanto la vida personal como la profesional del trabajador (por ejemplo, la política familiar)¹¹⁰. La propuesta de reducción de las tutelas del Derecho del Trabajo se puede aplicar inmediatamente mediante el ejercicio del poder legislativo en cada Estado Miembro, mientras que las medidas ofrecidas como contrapartida son más genéricas (aprendizaje permanente), de difícil aplicación (reforzar ayudas en caso de desempleo), o de escasa eficacia en algunos países de la Unión (políticas de empleo en Italia)¹¹¹.

El problema fundamental del Libro Verde es que plantea un debate que afecta a muchos derechos socioeconómicos fundamentales y al respeto de los derechos y principios establecidos en la normativa y jurisprudencia europea, incluida la Carta de Niza¹¹². Debemos tener en cuenta que la Unión Europea ha implementado una serie de medidas legislativas y políticas acompañadas de varios estudios analíticos para determinar la manera de asociar nuevas formas de trabajo más flexibles con unos derechos sociales mínimos para todos los trabajadores¹¹³.

¹⁰⁷ En este sentido, GARCÍA MURCIA, Joaquín, "¿Qué Derecho del Trabajo para el siglo XXI?", BIB 2005\2059, p. 4.

¹⁰⁸ SERRANO ARGÜELLO, Noemí, "Una llamada a la modernización del Derecho del Trabajo. Algunos apuntes sobre al reciente publicación del Libro Verde de la Comisión Europea: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI", obra cit., p. 6.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Flexiseguridad: el debate europeo en curso", obra cit., p. 13, "ese nuevo intercambio que trata de equilibrar intereses sociales contradictorios tiene perspectivas temporales distintas, de inmediato una mayor desregulación y como contrapartida promesas de mejorar en las carreras profesionales futuras y en la protección en el mercado y en la cobertura social, avances que necesariamente no se producirán de inmediato sino a corto o a medio o incluso a largo plazo", más tarde añade en relación al Libro verde que "es unidimensional, supone una crítica de la regulación laboral (...) y aunque se refiere a la corrección de la segmentación del mercado de trabajo dedica poca atención a medidas para ofrecer seguridad en las transacciones (...)", p. 20.

¹¹⁰ KLAMMER, UTE, "Flexiseguridad: perspectiva europea", obra cit., p. 120.

¹¹¹ LOY, Gianni, "Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI»", obra cit., p. 55.

¹¹² En MONEREO PÉREZ, José Luis, FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, "Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Príma parte)", *TS*, núm. 206, 2008, p. 13. Afirmando además que "El Derecho laboral europeo debería estructurarse a partir de un sistema de derechos fundamentales, con atención especial al principio de igualdad real y efectiva que limite los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social. El Derecho laboral no puede funcionar en exclusiva hacia el empleo y el mercado de trabajo, so pena de perder su carácter de sistema autoreferente. (...), debe estar más interconectado con las políticas sociales y económicas relativas a los mercados de trabajo y las instituciones sociales, (...), actuando una situación de equilibrio frente a los poderes empresariales, que dejan de estar así inmune frente a la acción pública y la tutela colectiva", p. 14.

¹¹³ Libro Verde «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», COM (2006) 708 final, Bruselas, 22.11.2006, p. 6. El 11 de julio de 2007 el Parlamento Europeo aprobó Resolución sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, que si bien expresan discrepancias de procedimiento y de concepto respecto del Libro Verde, no difieren de éstos y de la definición de los objetivos, en MONEREO PÉREZ, José Luis, FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, "Para una crítica del modelo de «flexiseguridad liberal»: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Príma parte)", obra cit., p. 31.

Entre estos figura el teletrabajo como un proceso de modernización de las relaciones laborales que viene a contribuir tanto a la mejora de la flexibilidad del mercado como a la movilidad de los trabajadores y su calidad de vida¹¹⁴.

Ahora bien, no son pocos los inconvenientes que presenta la mayor flexibilidad laboral en el teletrabajo en relación con las medidas de seguridad y salud (por ejemplo, incumplimiento de los requisitos espaciales y ergonómicos legales); con los derechos individuales del trabajador (horario, tiempos de descanso, vacaciones, promoción profesional, participación, etc.); con la dificultad para la negociación colectiva; con el incremento de la economía sumergida y una mínima preocupación por una adecuada política de formación; con la pérdida de la integración cultural, deterioro del tejido social y carencia de las formas de participación, fomentando el individualismo y favoreciendo el alejamiento de un número importante de trabajadores del diálogo social; y con la precariedad de los teletrabajadores provocada por la exclusión nominativa del ámbito laboral e inclusión en el ámbito autónomo¹¹⁵, entre otros.

No obstante, esta nueva forma de organización del trabajo permite obtener importantes ventajas tanto a las empresas (ahorro de costes; incremento de la productividad; disminución del absentismo laboral, siniestralidad y conflictividad laboral; una nueva forma de ejercicio del poder de dirección; descentralización de grandes organizaciones y revitalización de las áreas deprimidas)¹¹⁶, como a los trabajadores (mayor autonomía en la organización de su tiempo de trabajo y adaptabilidad a sus necesidades personales, formativas, familiares, e incluso, profesionales)¹¹⁷.

En definitiva, podemos afirmar que el cambio en la organización del trabajo como resultado de la práctica del teletrabajo es un ejemplo de modernización del Derecho Laboral, tal como reflejan los distintos textos comunitarios. El Derecho del Trabajo es un ordenamiento que debe permitir la cooperación eficaz entre los factores de producción y la adaptación a las exigencias de eficacia del sistema productivo, incorporando ciertas dosis de flexibilidad en la regulación

¹¹⁴ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo- Marco europeo de 16 de julio de 2002", *RL*, núm. 20, 2002, p. 20.; THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, "Algunas consideraciones en torno Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo", obra cit., p. 56. Al respecto, se afirma que si "Europa quiere extraer el máximo partido de la sociedad de la información, debe promover esta nueva forma de organización del trabajo de forma tal que la flexibilidad y la seguridad vayan unidas, se mejore la calidad del empleo y se incrementen las oportunidades de los discapacitados en el mercado de trabajo".

¹¹⁵ MARTÍNEZ, BARROSO, M^a de los Reyes, "Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma", *RTYSS*, núm. 273, 2005, p. 121. Igualmente, entre otros inconvenientes apuntando también las ventajas, ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., pp. 129 y ss.

¹¹⁶ MARTÍNEZ, BARROSO, M^a de los Reyes, "Trabajo autónomo y trabajo subordinado", obra cit., pp. 119 y 120. *In extenso*, PADILLA MELÉNDEZ, Antonio, *Teletrabajo. Dirección y organización*, Rama, Madrid, 1998, pp. 17 a 20; CAMPODALL'Orto, SERGIO; GORI, Massimo, "Telelavoro e flessibilità: due sinonimi nell'odierna società dell'informazione"; VACCÀ, Cesare (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, Edizioni giuridiche economiche aziendali dell'università Bocconi e giuffrè editore, Milano, 1999, pp. 318 a 327; CIVIT ALAMINOS, Cristina; MARCH MERLOS, Montserrat, *Implantación del teletrabajo en la empresa*, obra cit., pp. 59 a 77.

¹¹⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 864; ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., pp. 135 a 139; PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídica laboral*, obra cit., p. 26.

de los derechos de los trabajadores¹¹⁸. Este cambio es producto del resultado del diálogo social y del reconocimiento de unos principios o criterios mínimos para que sean utilizados por las empresas, los trabajadores y sus representantes, sin los cuales se podría plantear una situación de desprotección e inseguridad para los trabajadores¹¹⁹. Estos criterios mínimos son los que hemos señalamos anteriormente y a los que haremos referencia con detenimiento más adelante (voluntariedad y reversibilidad, igualdad de derechos respecto a los trabajadores que realizan las mismas o similares funciones en las instalaciones de la empresa, etc.). Sin embargo, hay que tener en cuenta que estos objetivos son mínimos y que las diversas situaciones que se plantean en el teletrabajo hacen necesaria la práctica de la negociación colectiva, la participación de los agentes sociales, así como también la conveniencia de que se regulen una serie de aspectos relacionados con la privacidad, confidencialidad, prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc., que no están exentos de problemas en el teletrabajo¹²⁰.

Como ha afirmado la mejor doctrina, podemos señalar que las aportaciones innovadoras del teletrabajo se encuentran en el plano organizativo y del derecho¹²¹. En primer lugar, la innovación en la organización se manifiesta en “la propia «filosofía» de la gestión de las formas de ejecución de la prestación desde el punto de vista de su concreta realización”¹²². Y en segundo lugar, la aportación innovadora del teletrabajo se introduce en el plano de la tutela jurídica (derecho a la salud, intimidad, derechos sindicales y otros muchos), exigiendo su revisión para superar la rigidez de aquellos esquemas formales que hacen necesario disponer de «reglas universales» y, por lo tanto, ofrecer cobertura, al menos de las exigencias fundamentales, a aquellas prestaciones de trabajo que, en un futuro, puedan oscilar entre los límites de la subordinación y de la autonomía¹²³.

Finalmente, teniendo en cuenta que el teletrabajo es un fenómeno que se presenta con múltiples variables interrelacionadas entre sí y que se caracteriza por su “*complejidad y por su heterogeneidad*” vamos a tratar el estudio de las diversas manifestaciones y tipologías¹²⁴.

¹¹⁸ GALIANA MORENO, Jesús M., “Orden económico y relaciones laborales: de la flexibilidad a la flexiseguridad”, *REDT*, núm. 140, 2008, p. 793.

¹¹⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis, FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Primea parte)”, obra cit., p. 24, en crítica al Libro Verde mantiene que lo más acertado sería adecuar “los derechos laborales a nuevos enfoques que eliminen rigideces, pero que integren elementos suficientes de seguridad jurídica y económica. Esto es, la idea es reconciliar flexibilidad y seguridad, la flexiseguridad como alternativa a la desregulación y la flexibilidad estricta. En lugar de liberalizar los mercados de trabajo se necesita un nuevo tipo de seguridad basado también en un trabajo flexible”.

¹²⁰ Como se recoge en el AINC 2007 (BOE 24 febrero de 2007, núm. 48).

¹²¹ GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., pp. 226 a 229.

¹²² GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 226, señalando que la aportación innovadora en el plano organizativo se puede resumir en la flexibilidad temporal; prestaciones ligadas a la productividad; concentración de la prestación, aumento de la eficiencia y de la autonomía laboral; problemas de espacio y reducción de costes; mantenimiento de relaciones de trabajo subordinado frente a excedentes de personal; aumento de la productividad y flexibilidad productiva; posibilidad de retener personal altamente cualificado, p. 227.

¹²³ GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 228.

¹²⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 871.

1.3. Tipologías del teletrabajo

La definición y los rasgos caracterizadores del teletrabajo nos permiten establecer una tipología muy variada del mismo, que va a hacer posible que las empresas elijan la que mejor convenga a sus necesidades¹²⁵, especialmente las del sector servicios dedicadas a la producción de bienes inmateriales mediante sistemas que permiten la transferencia y tratamiento de datos (como la comunicación, informática, comercio, turismo, banca, editoriales, etc.)¹²⁶. La importancia de la identificación de una tipología del teletrabajo radica en la necesidad de conocer la problemática que plantea cada una de las modalidades del teletrabajo en el tráfico jurídico¹²⁷. De las distintas clasificaciones aportadas por la doctrina, nos centraremos en aquéllas que se identifican según el tipo de conexión (elemento comunicativo), el lugar de la prestación (elemento locativo) y el tipo de vinculación jurídica (elemento normativo)¹²⁸. Esta tipología se puede presentar en su estado puro, según el teletrabajo responda a una sola de las clasificaciones, o bien a fórmulas mixtas, es decir, combinando unas con otras como, por ejemplo, el trabajo móvil con el realizado en el telecentro o en el domicilio¹²⁹, atendiendo en estos casos a las necesidades de la empresa, las características de la actividad y a las cualidades personales y profesionales del teletrabajador.

1.3.1. Tipología según tipo de conexión

Ésta es una tipología que clasifica el teletrabajo atendiendo al modo en que se desarrolla la comunicación entre el empresario y el trabajador en la ejecución de la prestación de servicios, es decir, cuál es el tipo de conexión empleado para la comunicación mediante los equipos tecnológicos y de telecomunicación. Los

¹²⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 32.

¹²⁶ SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores, "Tipología de teletrabajo y poder de control", en RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel (coord.), *EL empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 85. NOGLER, Luca, *Lavoro a domicilio*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 512 a 517, menciona las actividades más frecuentes atendiendo a las distintas modalidades de teletrabajo.

¹²⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 777.

¹²⁸ Adoptada por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 778 (que atiende a una clasificación según el lugar de la prestación, régimen jurídico y el modo en que se realiza el teletrabajo). Entre las clasificaciones aportadas por la doctrina italiana, GAETA, Lorenzo, "Prime osservazioni sulla qualificazioni giuridica del «telelavoro»", *Lavoro* '80, 1986, pp. 345 y 346 (teletrabajo según los sujetos; según el momento cuantitativo o el cualitativo de la prestación); FLAMMIA, Rosario, "Problema e dibattiti", *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, núm. 5, 1995, p. 640 (teletrabajo subordinado); PIZZI, Paolo, "Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro", *Rivista giuridica del lavoro*, 1997-1, pp. 226 a 231, (teletrabajo subordinado o teletrabajo a domicilio); NOGLER, Luca, "Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro", *Quaderni diritto del lavoro e relazioni industriali*, núm. 21, 1998, pp. 101 a 103 (teletrabajo en el domicilio, telecentro, centro de trabajo comunitario, móvil, sistema distribuido, teleempresa); PELAGGI, Luigi, "Il telelavoro: difficoltà di classificazione e possibili intervento legislativi", *Lavoro e relazioni industriali*", núm. 2, 1998, p. 179 (teletrabajo a domicilio, remoto, deskless job); SCOGNAMIGLIO, Paolo, "Telelavoro: tipologie e aspetti problematici", *Guida al Lavoro*, núm. 27, 1999, p. 12 (teletrabajo a domicilio, remoto y móvil). En España, entre otros, GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., pp. 59 a 62, (teletrabajo a domicilio, en centros de teletrabajo y móvil); MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", obra cit., pp. 42 a 47 (centro de teletrabajo compartido, centro satélite, centros de teletrabajo distribuido, teletrabajo móvil, teleempresa, teletrabajo off shore, teletrabajo a domicilio); THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., pp. 32 a 39 (teletrabajo a domicilio, telecentros, móvil y teletrabajo, según tipo de enlace); desde un punto de vista económica PADILLA MELÉNDEZ, Antonio, *Teletrabajo. Dirección y organización*, obra cit., pp. 21 a 28.

¹²⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo "Teletrabajo", obra cit., p. 783.

tipos de conexión existentes pueden ser tres: *off line*, *one way line* y *on line*, y a través de ellos se transmiten las informaciones relacionadas con el trabajo mediante los medios técnicos, equipos informáticos y de telecomunicaciones que se dispongan¹³⁰. De este modo hacemos referencia al momento cualitativo de la prestación, es decir, al enlace entre el trabajador y la empresa que da lugar a tres posibilidades o tipos de teletrabajo¹³¹.

En primer lugar está la conexión *off line*, en que el teletrabajador desarrolla una actividad informática sin ninguna conexión con el ordenador central situado en la empresa¹³². Este es el motivo por el que algún autor no reconoce como modalidad de teletrabajo aquélla que tenga este tipo de conexión, ya que la utilización del correo electrónico no constituye un elemento imprescindible para la realización del trabajo, ni un elemento distintivo con respecto a la realización del trabajo tradicional¹³³. No obstante, nosotros mantenemos la postura doctrinal dominante, ya que el trabajador recibe unas instrucciones iniciales y cuenta con un control sucesivo del empresario en relación a los datos enviados que con posterioridad entrega el trabajador, bien por correo, mensajería urgente o personalmente en la empresa¹³⁴. Al no existir conexión directa entre el trabajador y la empresa¹³⁵, el empresario no puede ejercitar continuamente y en tiempo real los poderes de dirección y control¹³⁶. En segundo lugar, tenemos la conexión *one way line*, que es aquélla en la que el teletrabajador desarrolla su actividad mediante una conexión en sentido estricto entre su videoterminal y el ordenador central, sin un control directo sobre el terminal externo, limitándose a enviar directamente los datos. La vinculación es unidireccional o en sentido único, que bien puede partir del empresario, o alternativamente, del trabajador¹³⁷.

¹³⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo "Teletrabajo", obra cit., p. 770.

¹³¹ Hipótesis o posibilidades de teletrabajo aportadas por GAETA, Lorenzo, "IL telelavoro: legge e contrattazione", obra cit., pp. 553 y 554. Según CALVO GALLEGGO, Javier, "Teletrabajo", obra cit., p. 364, se trata de "la distinción más importante a efectos prácticos".

¹³² Para GAETA, Lorenzo, "Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana", obra cit., p. 38, el teletrabajador "desarrolla una actividad informática por cuenta propia"; también en parecidos términos MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", obra cit., p. 45.

¹³³ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 36.

¹³⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 769, añadiendo que puede haber una comunicación telefónica o por otra vía distinta a la conexión informática constante; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 28. En contra, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 35, porque "tampoco cualquier medio informático y de comunicación es válido, a mi juicio, al objeto de atribuirle al mismo la categoría de presupuesto sustantivo específico del teletrabajo, sino sólo aquéllos que permitan mantener en conexión el ordenador central de la empresa con el videoterminal externo del trabajador para ejecutar la actividad laboral contratada, reconociéndose que dicha conexión tenga carácter imprescindible para trabajar".

¹³⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, obra cit., p. 24.

¹³⁶ CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania, "Il telelavoro: prime esperienze, inquadramento giuridico e contrattazione collettiva", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, núm. 1, p. 191.

¹³⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 769. En, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", obra cit., p. 45, esta modalidad proporciona al trabajador una cierta libertad que permite al trabajador comunicarse con el empresario cuando lo desee. "La respuesta empresarial parece, que en principio, tiene que efectuarse por una vía diferente (por teléfono, personalmente) a la del videoterminal", salvo que se permita la interactividad.

En tercer lugar tendríamos la forma más habitual, la conexión *on line* o interactiva, en la que un trabajador realiza la prestación de servicios con un videoterminal que forma parte de una red informática, “que permite un diálogo interactivo entre el ordenador central y los terminales externos: en este caso son posibles directivas o controles en tiempo real mucho más sofisticados, ocultos y profundos que aquellos típicos del trabajo tradicional”¹³⁸. No obstante, la modalidad interactiva no implica “necesariamente que el teletrabajador esté conectado todo el tiempo”. Lo normal es que intercambie la información en forma de archivos con la intención de que los tiempos de dedicación de conexión sean breves y dedicados “exclusivamente a la recuperación o envío de información”¹³⁹. En otros casos, este tipo de conexión se puede combinar con otras, estableciéndose una modalidad mixta mediante la cual la conexión interactiva se emplea para aquella parte de la jornada que coincida con el horario del centro de trabajo o con el de mayor actividad laboral, y el resto de la jornada se rige bien mediante una conexión *off line* o *one way line*, atendiendo a lo pactado por los sujetos de la relación laboral¹⁴⁰.

En el teletrabajo, como hemos visto *supra*, es necesaria la utilización de los equipos informáticos y de telecomunicaciones por los trabajadores que realizan sus funciones mediante la modalidad de teletrabajo a través de los tipos de conexión tratados, porque el teletrabajador no se encuentra en el centro de trabajo tradicional sino en un lugar distinto a éste. Atendiendo al lugar de desempeño de la prestación de servicios podemos llegar a otra clasificación del teletrabajo, con la peculiaridad de que ese lugar se encuentre en otra nación o ámbito extraterritorial. Hay que tener en cuenta que el teletrabajador puede realizar totalmente las tareas de trabajo desde fuera de la empresa a través de la conexión que tenga con su videoterminal y la sede empresarial (teletrabajo externo), o bien alternando y compaginando la presencia en el centro de trabajo de la empresa con otros lugares aptos para la actividad laboral, por razones de estrategia empresarial, organizativas o personales (telependularismo)¹⁴¹.

1.3.2. Tipología según lugar de la prestación

El trabajo remoto permite que existan tantos tipos de teletrabajo como lugares en donde se realiza la prestación de servicios¹⁴². Por ello, en contra de alguna posición doctrinal, entendemos que el lugar donde se desarrolla la prestación de

¹³⁸ En este sentido, GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, *DL*, núm.49, 1996, p. 38.

¹³⁹ Al respecto, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico- laboral*, obra cit., p. 38. En otro sentido, IZQUIERDO CARBONERO, Francisco J., *El teletrabajo*, obra cit., p. 30, “el trabajador tiene una continua relación entre su ordenador y el central de la empresa, de tal modo que se encuentran en constante y permanente comunicación”.

¹⁴⁰ Art 2º.2 del *Accordo Dun & Bradstreet Kosmos*, 8 de junio 1995. En este mismo sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 46.

¹⁴¹ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 30.

¹⁴² Entre otros, AGENO, Cristina, *Forme atipiche di lavoro nelle società commerciali e nelle cooperative*, CEDAM, Padova, 2004, p. 82; CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania, “Il telelavoro: profili giuridice e sociologici, *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1998-1, pp. 389 a 392.

servicios no es indiferente, sino que es importante para identificar los problemas concretos que puedan presentarse¹⁴³. En efecto, si bien es cierto que el derecho civil no considera entre los elementos esenciales del contrato la determinación del lugar del cumplimiento por parte del deudor de un contrato¹⁴⁴, en lo laboral deviene en un elemento principal de la relación y en una condición sustancial del contrato. Esto es así porque hay que tener en cuenta que existen una serie de intereses profesionales, personales y jurídicos que quedan afectados por el lugar de la prestación de trabajo¹⁴⁵. Incluso hay autores que sostienen que puede ser uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, si bien afirmando que no puede constituir un requisito esencial¹⁴⁶.

La Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, sobre derechos de información del trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral¹⁴⁷, califica determinadas condiciones de trabajo como elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral¹⁴⁸. Esta Directiva establece que en el documento informativo que el empresario debe poner a disposición del trabajador, debe aparecer como mención necesaria su concreción o el señalamiento de los elementos precisos para su determinación¹⁴⁹. No obstante, cuando el trabajador vaya a realizar unas funciones “objetivamente idóneas para desarrollarse en condiciones de movilidad”, y por lo tanto la prestación laboral vaya a surtir efectos en una pluralidad de lugares, bastará con señalar esa “circunstancia de que el trabajo se realice en varios lugares, sin necesidad de mayores precisiones”¹⁵⁰. En cambio, en otros casos como

¹⁴³ En contra, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 34, afirmando que “nada aporta a la configuración del teletrabajo que la prestación se efectúe desde el domicilio del trabajador, desde un centro de recursos compartidos, desde un centro satélite o desde una estación de trabajo móvil. Se trata de presupuestos sustantivos accidentales de la prestación en sistema de teletrabajo (...)”.

¹⁴⁴ Díez Pícazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, p. 342, “el *locus solutionis* opera dentro de la relación obligatoria como una circunstancia que enmarca la prestación”.

¹⁴⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La movilidad geográfica del trabajador”, *Revista de Política Social*, núm. 125, 1980, p. 81. En ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, p. 191, “precisar el ámbito geográfico en que la prestación va a desenvolverse viene a constituir el segundo punto de referencia indispensable para localizar también física y geográficamente dónde y en qué sentidos puede ser ejercitado el poder de dirección”.

¹⁴⁶ AGÍS DASILVA, Montserrat, *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 52 y 53.

¹⁴⁷ El deber empresarial de información sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, cuando no consten en el contrato de trabajo formalizado por escrito, se contemplan con algunas matizaciones en el art. 8.5 ET, desarrollado en el art. 2.2.c) RD 1659/1998, de 24 de julio (BOE 12 de agosto).

¹⁴⁸ Según AGÍS DASILVA, Montserrat, *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 56 y 57, a pesar de los términos empleados en la norma comunitaria, el art. 8.5 ET desarrollado en el RD 1659/1998, de 24 julio (RDI), en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, no utiliza idéntica terminología sino que diferencia entre «elementos esenciales del contrato» y «principales condiciones de ejecución de la prestación laboral», sin que sepamos con seguridad si el factor «lugar de prestación» habrá de considerarse incluido en una u otra de tales categorías. En GARCÍA MURCIA, Joaquín; MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 49, a pesar del título genérico, “ni el RDI, ni las normas en las que ha encontrado su inspiración, aplican el deber de información a lo que en sentido técnico-jurídico se suele entender por elementos o requisitos esenciales del contrato. Se refiere, más bien, a ciertos datos para identificación o configuración del contrato de trabajo, y a las condiciones de empleo o de trabajo (...)”. En SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, obra cit., p. 51, nota a pie 153, afirma que “ambas categorías quedan integradas en el concepto jurídico-laboral de «condiciones de trabajo»”.

¹⁴⁹ En SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, obra cit., p. 51.

¹⁵⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, obra cit., p. 73, afirmando que “respecto a la naturaleza y función económica de los servicios comprometidos en cuanto criterio autónomo de

el contemplado en el contrato de trabajo a domicilio (art. 13 ET), el legislador exige que conste por escrito el lugar en el que se realice la prestación laboral, ya sea en el propio domicilio del trabajador o en otro lugar elegido libremente por éste¹⁵¹.

Desde el punto de vista de la prestación de servicios y de la dogmática del contrato de trabajo, el lugar de la prestación de servicios es una realidad de suma importancia. Desde un punto de vista personal y profesional es donde se materializa el principal compromiso del trabajador (como por ejemplo, proximidad al hogar y la familia, condiciones de seguridad y salud laboral, etc.)¹⁵². En términos civiles, la determinación del lugar de la obligación sirve como pauta para resolver una serie de problemas prácticos, como la aplicación de un determinado régimen jurídico o de una determinada disciplina a la relación existente entre las partes (colisión entre normas de Derecho Internacional Privado o las de Derecho Interregional), la determinación de la competencia judicial que resuelva los conflictos entre las partes de una relación obligatoria, y por último la determinación del lugar de ejecución, permitiendo el señalamiento del lugar o los lugares donde deben cumplirse los deberes y ejercitarse los derechos o facultades de la relación obligatoria¹⁵³.

Las partes del contrato son los sujetos legitimados para la determinación del elemento locativo de la prestación laboral. Sin embargo, puede ocurrir que al empresario le sea indiferente la concreción del lugar de realización de la prestación de servicios porque, en realidad, su único interés sea el resultado de la misma. En este caso, el teletrabajador tendrá total libertad para decidir el lugar o los lugares de realización de la actividad laboral, mientras que en otros casos la elección o no del lugar de trabajo puede dar lugar a distintas situaciones, según estemos ante un acuerdo individual o colectivo entre las partes de una relación laboral, o bien ante la imposición del mismo por parte del empleador (aunque con limitaciones a las que más adelante nos referiremos)¹⁵⁴. En estos casos, la modalidad de teletrabajo puede influir en una u otra opción, si bien es cierto que es posible cualquier combinación¹⁵⁵. No obstante, en el supuesto de que al inicio

determinación del lugar de trabajo, cabe apuntar que éste toma en consideración el lugar o los lugares donde la prestación comprometida va a surtir efecto”.

¹⁵¹ En DE LA VILLA GIL, Luis Enríque, *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966, pp. 187 a 190, plantea la posibilidad aunque el legislador no lo prevé explícitamente, de simultanear la prestación de trabajo en los locales de la empresa con otro lugar o lugares elegidos por el trabajador. Igualmente SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, obra cit., p. 264; SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Contrato de trabajo a domicilio”, en OJEDA AVILÉS, Antonio, *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 181.

¹⁵² En este mismo sentido, GARCÍA MURCIA, Joaquín, MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, obra cit., pp. 53 y 54.

¹⁵³ En iguales términos DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 340 y 341. En términos civiles se distingue entre el lugar de la obligación, que tratándose de obligaciones de origen contractual, es el lugar donde han sido emitidas las declaraciones de voluntad integradas en el contrato (*locus contractus*). Cuando los contratantes se encontraban entre sí alejados y han contratado en lugares diversos, el *locus contractus* es el lugar donde se ha emitido la declaración de oferta (art. 1262 C. Civ.). Y el lugar de la prestación (*locus solutionis*) es aquél “en el cual el deudor debe desplegar aquella conducta o aquel comportamiento configurado en el negocio de constitución de la relación obligatoria”.

¹⁵⁴ También THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 27.

¹⁵⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 767.

de la relación laboral nada se indique sobre el elemento locativo, la determinación correspondería a una de las partes, normalmente la empresa. Coincidimos con la doctrina en que nada impide que una de las partes concrete alguno o algunos de los elementos esenciales del contrato, aunque será necesario que exista un pacto previo de las partes sobre la asignación de la concreción a una de ellas, salvo que esté justificada en los usos o costumbre aplicables¹⁵⁶.

Atendiendo al elemento locativo son muchas y muy variadas las tipologías que se han formulado con la finalidad de delimitar el teletrabajo. En nuestro estudio vamos a centrarnos en aquéllas cuyo criterio fundamental sea la organización del teletrabajo para atender a una clasificación que integre las tipologías en tres fundamentales: teletrabajo en el domicilio, centros de teletrabajo y teletrabajo móvil¹⁵⁷.

1.3.2.1. *Teletrabajo a domicilio*

En el teletrabajo a domicilio vamos a tratar varias cuestiones que entendemos que pueden resultar conflictivas. La posibilidad de realizar la prestación de forma colectiva por varios teletrabajadores nos plantea qué tipo de modalidad del contrato de trabajo es la más adecuada a esta forma de organización del trabajo, atendiendo a la regulación establecida en el art. 10 ET. Igualmente, la aplicación o no del art. 13 ET, así como su insuficiencia, nos conduce a la necesidad de su reforma y a proponer una regulación legal del teletrabajo, ante la inviabilidad al recurso a una relación laboral especial de teletrabajo. Por último, el desempeño del teletrabajo en un lugar que goza simultáneamente de la garantía constitucional del domicilio y de la protección del derecho a la intimidad del trabajador puede plantear conflictos o incompatibilidades con las funciones de la Inspección de Trabajo.

Como la doctrina ha afirmado, este tipo de teletrabajo es probablemente la modalidad con mayor potencial de crecimiento¹⁵⁸, teniendo en cuenta que no suele utilizarse con exclusividad¹⁵⁹. Los trabajadores que optan por esta tipología

¹⁵⁶ En este sentido, añadiendo AGIS DASILVA, Montserrat, *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, obra cit., pp. 98 y 99, que en la aplicación del art. 1256 C.Civ. "sólo debe considerarse jurídicamente inaceptable que el cumplimiento o la obligatoriedad del contrato quedase al arbitrio de una de las partes y, por tanto, descartando que con ese precepto se prohíba que alguno o algunos de los elementos esenciales del contrato sea finalmente concretado, que no determinado, por alguna de las partes". En el caso de que la asignación de la concreción esté justificada en los usos o costumbre aplicables, se debe actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe y la equidad.

¹⁵⁷ Igualmente PADILLA MELÉNDEZ, Antonio, *Teletrabajo. Dirección y organización*, obra cit., p. 28; SCOGNAMIGLIO, Paolo, "Telelavoro: tipologie e aspetti problematici", obra cit., p. 12; CEPOLLARO, Giancarlo, "Aspetti organizzativi", en SACARPITTI, Giovanna; ZINFARELLI, Delia (a cura di), *Il telelavoro. Teorie e applicazioni. La destrutturazione del tempo e dello spazio nel lavoro post-industriale*, FrancoAngeli, Milan, 1999, pp. 129 a 137; DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, "Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida"; *RIT*, obra cit., 1990, p. 470; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., pp. 778 a 783; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2001, p. 237; RIVERO LAMAS, Juan, "El teletrabajo en España. (En el contexto de la innovación tecnológica y de la empresa innovadora)", obra cit., pp. 97 a 99; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 33 a 38.

¹⁵⁸ GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil *El teletrabajo*, cit., p. 73.

¹⁵⁹ Vid. SÁNCHEZ, Elena (dir.), *Prácticas de trabajo virtual y teletrabajo en el sector TIC en España*, Informe 2008, Enter, Madrid, 2009. En un informe presentado en 2001 por el proyecto *Emergence (2000-2003)*, sobre los resultados de una encuesta realizada sobre una muestra de 7.268 empleados en 18 países europeos, se señala que sólo el 1,5% de los

de teletrabajo compartida con la realización de las tareas en la oficina suelen ser profesionales y directivos, que usan como instrumento de trabajo la información y no objetos físicos –a diferencia del trabajo a domicilio tradicional– con la finalidad, entre otras, de reducir los tiempos de desplazamiento y el estrés para conseguir una mayor autonomía y flexibilidad del horario laboral. En cambio, otros profesionales como analistas y programadores informáticos suelen realizar toda la actividad en el domicilio, visitando de forma ocasional la oficina central¹⁶⁰. En efecto, no son pocos los convenios o acuerdos colectivos sobre el teletrabajo que han pactado esta modalidad de teletrabajo, bien como teletrabajo a tiempo completo o alternándolo con el trabajo en la oficina¹⁶¹. Así, por ejemplo, en el primer caso, el de la empresa BP Oil, S.A.U. y, en el segundo, en empresas como el Grupo Repsol YPF, Telefónica de España, S.A.U. y SHS Polar¹⁶².

El trabajo a domicilio puede ser realizado individualmente por el trabajador o por una comunidad familiar en una situación fundamentalmente doméstica¹⁶³. La doctrina considera a los trabajadores a domicilio como trabajadores «externos sui generis» que, asimilados a los trabajadores internos, pueden realizar la prestación de servicios bajo la modalidad genérica de trabajo a domicilio en cualquiera de sus manifestaciones: individual o colectiva, dentro o fuera del taller familiar¹⁶⁴.

establecimientos en Europa emplean gente para trabajar exclusivamente desde casa, aunque la proporción sube a algo más del 2% en los países de la Unión Europea, vid. Comisión Europea, *eWork 2001. Informe de Situación de los Nuevos Métodos de trabajo en la economía del Conocimiento*, obra cit., p. 38. En España, se estima que en el 2004 sólo el 0,6% de los asalariados españoles (121.800 personas), normalmente en grandes empresas, ejercían su profesión desde su domicilio, frente al 5% de media de la Unión Europea, según una encuesta del portal Monster.es, en *El País de los Negocios*, domingo 4 de noviembre de 2007, p. 33.

¹⁶⁰ En este sentido, GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil, *El teletrabajo*, obra cit., pp. 73 y 74. In extenso, MARTÍNEZ LÓPEZ, F^{co} José; LUNA HUERTAS, Paula; ROCA PULIDO, Juan Carlos, “El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea”, *RL*, Tomo II, 2001, pp. 1215 a 1236.

¹⁶¹ En España, Acuerdo Implantación Teletrabajo en la Empresa Telefónica de España, S.A.U., de 14 febrero de 2006 (BOE 3 de noviembre 2006, núm. 263) como modalidad de alternancia con la oficina; Acuerdo en materia de Teletrabajo de la Empresa SHS Polar, 21 de marzo 2007 (www.comfia.net/archs/acuerdo—teletrabajo.pdf), en la modalidad de tiempo “total”, todos los días de la semana o, “parcial”, unos días de la semana desde casa y otros desde las oficinas del cliente o las oficinas de la empresa. Vid., entre otros, art. 21.8 de CC de Repsol Ypf, S.A. (BOE 12 de agosto 2009, núm. 194); art. 19 CC de Ibermática, S.A. (BOE 18 mayo de 2007, núm. 119) con “la disposición a presentarse en la oficina tantas veces como sea requerido durante la ejecución del proyecto o tarea encomendada”; art. 51 VI CC BP Oil España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190) donde “el empleado desarrolla la totalidad de la jornada laboral pactada en y desde su propio domicilio”. En Italia, entre otros, como modalidad de teletrabajo sólo a domicilio, Accordo Dun & Bradstreet Kosmos, 8 de junio 1995; Accordo Telecom Italia, 1 de agosto 1995; Accordo Università di Pisa (1998); IBM Austria (1994); Accordo Istituto trentino di edilizia abitativa (ITEA), 12 de junio 1998.

¹⁶² Arts. 50 y 51 del VI CC BP Oil, España, S.A.U. (BOE 10 de agosto 2010, núm 190); art. 17 del V Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE 30 de junio 2009, núm. 157); en Telefónica de España, S.A.U., (Acuerdo 14 de febrero de 2006, BOE 3 de noviembre 2006, núm. 263); en SHS Polar, desde casa y desde las oficinas del cliente o las oficinas de la empresa, (Acuerdo 21 de marzo 2007, publicado en www.comfia.net/archs/acuerdo—teletrabajo.pdf). En Italia, entre otros, como modalidad de teletrabajo sólo a domicilio, Accordo Dun & Bradstreet Kosmos, 8 de junio 1995; Accordo Telecom Italia, 1 de agosto 1995; Accordo Università di Pisa (1998); IBM Austria (1994); Accordo Istituto trentino di edilizia abitativa (ITEA), 12 de junio 1998.

¹⁶³ GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana”, obra cit., p. 37; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, en obra cit., p. 778; MORGADO PANADERO, Purificación, “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)”, obra cit., p. 1915.

¹⁶⁴ 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. 396.

En el caso que se opte por la modalidad colectiva, creemos que la parca regulación del contrato de grupo (art. 10.2 ET) -no exenta de problemas interpretativos¹⁶⁵- no es la más adecuada. En efecto, el empresario que celebra un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, no tiene frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. El jefe del grupo ostenta la representación de los que lo integran, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación¹⁶⁶. Esto implica que entre el grupo y el empresario existe un único vínculo¹⁶⁷, y no uno por cada trabajador integrante del grupo¹⁶⁸. En el contrato de grupo (art. 10.2 ET) es típico el pago por parte del empresario al jefe de grupo, que es el que debe cobrar y repartir a cada uno de los trabajadores su salario, puesto que es el que asume los deberes inherentes a la representación¹⁶⁹, si bien la retribución individual del trabajador que corresponda en el reparto habrá de respetar “los mínimos convencionales o, en su defecto, el salario mínimo interprofesional”¹⁷⁰. La excepción a esta regulación del contrato de grupo la encontramos en las obligaciones de orden público de la Seguridad Social, que corresponden al empresario en relación con los actos de encuadramiento y cotización de los trabajadores integrantes del grupo, donde no cabe contemplar el carácter colectivo de estas obligaciones, por lo que necesariamente el empresario queda obligado al conocimiento de la información sobre la identidad de sus integrantes, así como de los cambios, alteraciones o sustituciones operados¹⁷¹.

La rigidez de la concepción unitaria de este contrato de trabajo que impide “alguna entrada al juego de los derechos y deberes individuales, consustancial por otra parte a un contrato «*intuitu personae*» como es el de trabajo”¹⁷², decae a favor de la modalidad del contrato de trabajo denominado «trabajo en común» cuando el empresario ofrece trabajo en común a un grupo de sus trabajadores (art. 10.1 ET). Por ejemplo, sería el caso de la realización virtual de trabajos a domicilio

¹⁶⁵ En este mismo sentido, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Contrato de Trabajo en Grupo” en CARDENAL CARRO, Miguel (coord.), *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001, p. 399; SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Trabajo en común. Contrato de Grupo. Auxiliar Asociado”, en OJEDA AVILÉS, Antonio (coord.), *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, obra cit., p. 21.

¹⁶⁶ En IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Contrato de trabajo en grupo” en CARDENAL CARRO, Miguel (coord.), *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001, p. 401, “en el contrato de grupo varios trabajadores (considerados en su totalidad) se comprometen con un empresario, en virtud de un único vínculo jurídico, a prestar una actividad laboral bajo la organización y dirección de aquél, a cambio de una retribución”.

¹⁶⁷ SSTSJ de Castilla y León de 27 noviembre de 1993 (AS 1993/4704); de Murcia de 9 de marzo de 1994 (AS 1994/1116).

¹⁶⁸ STSJ del País Vasco de 22 de junio de 1994 (AS 1994/2686).

¹⁶⁹ IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Contrato de trabajo en grupo” en CARDENAL CARRO, Miguel (coord.), *Vademécum de contratación laboral*, obra cit., pp. 404 y 405.

¹⁷⁰ IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Contrato de Trabajo en Grupo”, obra cit., p. 404; SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Trabajo en común. Contrato de Grupo. Auxiliar Asociado”, obra cit., p. 25.

¹⁷¹ IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Contrato de trabajo en grupo”, obra cit., p. 407. En SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Trabajo en común. Contrato de Grupo. Auxiliar Asociado”, obra cit., p. 27, sin que “la base de cotización del jefe del grupo haya de efectuarse por la totalidad de lo percibido del empleador”. Sin embargo, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; GARCÍA NINET, José Ignacio, “Contrato de trabajo a domicilio”, obra cit., p. 408, se afirmó que en la aplicación del art. 10.1 ET “se estaría más bien ante prestaciones debidas a trabajadores externos, no a domicilio, que a trabajadores a domicilio en sentido estricto” tratándose, por lo tanto, de prestaciones realizadas fuera de la vigilancia del empleador.

¹⁷² MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, ElCano (Navarra), 2000, p. 59.

de maquetación por unos trabajadores que vivan a las afueras de una gran ciudad¹⁷³. En este caso, el empresario da un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores, conservando respecto de cada uno, individualmente, sus derechos y deberes que coexisten en una pluralidad de contratos de trabajo yuxtapuestos¹⁷⁴. El «trabajo en común» (art. 10.1 ET), más que una modalidad de contrato de trabajo, es una forma de organización del trabajo, como el teletrabajo, en que el empresario asigna a varios trabajadores contratados previamente la realización de un trabajo o tareas en que todos ellos han de cooperar¹⁷⁵.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que el teletrabajador que realiza la prestación de servicios en su domicilio o en otro lugar, es un trabajador al que será de aplicación el art. 13 ET, siempre que la prestación de servicios reúna los presupuestos caracterizadores del contrato de trabajo a domicilio¹⁷⁶: que el trabajador realice la actividad laboral en su propio domicilio o en el lugar libremente elegido por él, y que lo haga sin vigilancia del empleador¹⁷⁷. Siendo así, desde un punto de vista jurídico no cabe identificar el teletrabajo con el denominado contrato de trabajo a domicilio, porque si el domicilio u otro lugar no es elegido por el trabajador para realizar la prestación de servicios telemática, o bien se trabaja con la vigilancia del empleador, el régimen jurídico aplicable es el del contrato de trabajo común o subordinado de acuerdo con los notas del art. 1.1 ET¹⁷⁸.

Como vimos anteriormente, el lugar de trabajo puede ser libremente elegido por el teletrabajador, pero también puede ser acordado con el empresario, o incluso impuesto por éste¹⁷⁹. Y con respecto al requisito de la vigilancia del empresario, si el tipo de conexión que el trabajador tiene con la empresa es *on line* o interactiva, la existencia de vigilancia virtual deja sin efecto uno de los presupuestos caracterizadores del contrato de trabajo a domicilio¹⁸⁰. En esta

¹⁷³ STSJ 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321), declarando la existencia de trabajo en común de un matrimonio que vive a las afueras de Madrid, “permite el que haya sido el marido el que haya acudido a la sede patronal para realizar las gestiones que necesitaban la presencia física de los trabajadores, pero estando plenamente acreditada la relación con la actora, por cuanto consta que mensualmente se le abonaba a su nombre el salario, así como el reconocimiento de sus funciones de maquetadora que constan en el propio certificado de la empresa”.

¹⁷⁴ SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Trabajo en común. Contrato de Grupo. Auxiliar Asociado”, obra cit., p. 19.

¹⁷⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, obra cit., p. 58.

¹⁷⁶ ALARCÓN CARACUEL, Manuel R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 145, trata de una relación laboral especial que puede ser realizada por cualquier trabajador, motivo por el cual no se menciona en el art. 2 ET por tratarse de relaciones que se identifican con un criterio «profesional». Sobre la evolución normativa en el tratamiento del trabajo a domicilio y su regulación estatutaria, *in extenso* GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., pp. 17 a 43.

¹⁷⁷ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966, p. 23, la especialidad del contrato se encuentra en las notas particulares del contrato a domicilio, es decir “la falta de vigilancia de la persona para la que se realiza el trabajo” y “la atemperación del carácter personalísimo de la prestación”.

¹⁷⁸ SIERRA BENÍTEZ, E. Macarena, “Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación”, obra cit., p. 882. En RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en la relación laboral”, obra cit., p. 111, se integra en una relación ordinaria o común pero con “la adición de algunas reglas especiales”. Vid. [STS de 11 de abril 2005 (RJ 2005/4060); SAN de 31 mayo 2004, (AS 2004/2637)].

¹⁷⁹ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias de Teletrabajo”, obra cit., p. 66, en la mayoría de las prácticas del teletrabajo la elección corre a cargo del empleador.

¹⁸⁰ Entre otras, STSJ Extremadura de 16 febrero 2006, (La Ley Juríd 2235941/2006) relación laboral entre el que presta los servicios propios de una sucursal inexistente en el pueblo para Caja de Ahorros, en su propio domicilio mediante instalación informática, sin asumir el riesgo, inserto en el organigrama y bajo control exhaustivo de la entidad citada.

modalidad contractual de trabajo a domicilio, el teletrabajo tiene que realizarse en desconexión con la empresa, o bien conectado a voluntad del trabajador de forma unilateral, es decir, desarrollarse mediante una conexión *off line* ó *one way line*¹⁸¹. Al respecto, se ha afirmado que el teletrabajo *off line* presenta las mismas características que el trabajo a domicilio tradicional, dado que no se aprecia una vigilancia directa de la prestación. En cambio, en el caso de que la comunicación sea empresa-trabajador, para su calificación habrá que atender al tipo de control que permita este tipo de comunicación¹⁸².

Coincidimos con la mejor doctrina en que el teletrabajo y el trabajo a domicilio "son exactamente la misma cosa, aunque una cosa es el trabajo en sí y otra el cauce contractual bajo el que se realiza", como hemos visto anteriormente¹⁸³. La verdadera peculiaridad del teletrabajo y del trabajo a domicilio es que la actividad laboral se realiza en un lugar distinto al centro de trabajo y sin la vigilancia directa e inmediata del empresario, tratándose en definitiva de trabajo a distancia¹⁸⁴. Esto no significa que el trabajo a distancia carezca de la nota de la dependencia típica del contrato de trabajo sino que, por el contrario, ésta sigue estando presente en la relación laboral aunque de forma debilitada, dado que la ausencia de vigilancia no implica la ausencia del control que pueda tener el empresario, por ejemplo en la entrega y recepción de los servicios elaborados¹⁸⁵.

En la delimitación del contrato de trabajo de otras figuras afines, como la del arrendamiento de servicios, el criterio principal aplicado es el del control de la actividad laboral mediante la aportación de una serie de indicios, que han servido para determinar la laboralidad por la jurisprudencia social¹⁸⁶. La dependencia es una nota que la jurisprudencia ha ido atenuando con el paso del tiempo,

¹⁸¹ En este sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", obra cit., p. 56; THIBAUT ARANDA, Javier, "Teletrabajo: análisis jurídico laboral", obra cit., p. 62; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 93.

¹⁸² En GALLARDO MOYA, Rosario, *El nuevo y el viejo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 82. En contra, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 97, afirmando, entre otros motivos, "que los nuevos modelos de organización funcional del trabajo y los nuevos sistemas de ejecución resten todo sentido y finalidad al ejercicio de la vigilancia inmediata, hasta el punto que toda manifestación interactiva entre empresario y teletrabajador que en otros modelos, otras circunstancias, se interpretarían en clave de vigilancia y control, en sede de teletrabajo a domicilio nada aporten y nada importen, haciendo de su evitación algo tan imposible como innecesario".

¹⁸³ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, "La condición legal del teletrabajador", en AAVV, *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo*, obra cit., p. 189.

¹⁸⁴ En este sentido, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCÍA NINET, José Ignacio, "Artículo 13. Contrato de trabajo a domicilio", en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El Estatuto de los trabajadores*, Tomo III, Arts. 8 a 13, Edersa, Madrid, 1985, p. 336, MOLERO MANGLANO, C., *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo (Tomo III). Contratos especiales*, UPC, Madrid, 1990, p. 130.

¹⁸⁵ SIERRA BENÍTEZ, E. Macarena, "Contrato de trabajo a domicilio (Contrato a Distancia)" en CARDENAL CARRO, Miguel (coord.), *Vademécum contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2000, p. 270. En contra, ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *REDT*, núm. 28, 1986, pp. 526 y 527, partidario del criterio "de la ajenidad en el mercado", como distintivo de las ejecuciones de obra y del trabajo a domicilio. Según este autor, en el contrato de obra el contratista se relaciona directamente con el cliente o con el mercado de bienes y servicios, mientras que en el trabajo a domicilio el trabajador no accede directamente a ese mercado o clientes sino a un empresario, que es el que le da trabajo.

¹⁸⁶ *In extenso*, OJEDA AVILÉS, Antonio, "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", *TS*, núm. 195, 2007, p. 23.

entendiéndola “como una inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial, como sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo del vínculo laboral”¹⁸⁷. La falta de vigilancia –o la carencia “del control directo de las circunstancias que rodean al trabajo realizado”- no supone la desaparición de la situación misma de la dependencia, puesto que el empleador sigue manteniendo su poder de dirección sobre el trabajo realizado, ya que en caso contrario el trabajo a domicilio se integraría en una de las modalidades de relación extralaboral¹⁸⁸.

Los tribunales han afirmado que “no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”¹⁸⁹. En contra, se ha considerado como vínculo mercantil el teletrabajo desempeñado por una diseñadora gráfica afirmándose “que si bien existía un fuerte indicio de laboralidad en el hecho de que la demandante estaba, aparentemente, sometida al ámbito organizativo de la empresa, la dependencia era en realidad muy tenue, al no constar la existencia de constantes órdenes de trabajo”. Entendiendo igualmente “que es indicio de laboralidad la ajenidad en el mercado toda vez que la demandada era la que se beneficiaba del trabajo de la actora”. Pero considera que “uno y otro indicio quedan apaciguados por el tipo de intervención empresarial, que se limitaba a formato y contenidos y a la no prestación de servicios en forma directa a terceros”¹⁹⁰.

En cualquier caso, aunque el teletrabajo pueda ser una variante del contrato de trabajo a domicilio (art. 13 ET) siempre que se den los presupuestos anteriores, los problemas característicos del mismo no desaparecen porque “no excluye la posibilidad de que la relación de servicios se pueda articular sobre un régimen de trabajo extralaboral”¹⁹¹. En nuestro ordenamiento no contamos con una normativa como la francesa que, para ofrecer una mayor seguridad jurídica al empresario en el fomento del recurso a la práctica del teletrabajo como una de las nuevas modalidades del trabajo a domicilio, estableció la presunción de

¹⁸⁷ STS 25 febrero de 1984.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 110.

¹⁸⁹ STS 10 julio de 2000 (La Ley JURIS 2000/2001); TSJ Cantabria (Sala de lo Social) 11 mayo de 2007 (La Ley JURIS 2007/1112).

¹⁹⁰ STS (Sala de lo Social), Auto de 6 noviembre 2008 (JUR 87832/2009) en relación con STSJ Cataluña 8 de noviembre 2007, (Recurso 6307/2007). En el caso de un agente comercial, STSJ Galicia de 11 marzo 2010, (JUR 2010/153942).

¹⁹¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)”, obra cit., p. 459.

independencia del teletrabajador en aquellos supuestos en que éste se encontrara inscrito en uno de los registros profesionales¹⁹².

La variedad de rasgos que presenta el teletrabajo y las situaciones relacionadas con el lugar de trabajo, el tipo y grado de conexión, el control del trabajo realizado, la mayor o menor libertad de autoorganización, así como otros aspectos pueden ser problemáticos a la hora de delimitar la naturaleza laboral o extralaboral de la relación contractual ante la existencia de unos indicios tradicionales, que no sólo tienden a ser “ambiguos o incluso contradictorios”¹⁹³, sino que también pueden estar ausentes en el teletrabajo¹⁹⁴. Por ejemplo, en el teletrabajo es intrascendente el establecimiento de un horario estricto, dado que su fijación no es necesaria para establecer un control sobre la tarea del trabajador, cuyo conocimiento puede obtener el empresario mediante la conexión informática¹⁹⁵. Según afirmó la doctrina, esta diferencia del régimen jurídico del teletrabajo a domicilio ocasiona uno de los mayores riesgos en la protección a los trabajadores, porque aquéllos que queden al margen del art. 13 ET y de las garantías básicas para esos trabajos pueden correr el riesgo de un trato abusivo o discriminatorio respecto a los trabajadores internos (en los cuatro aspectos importantes relativos a la protección del trabajador: la forma del contrato, el salario, el control de la actividad y el reconocimiento de los derechos de representación colectiva)¹⁹⁶.

En nuestra opinión, de los dos presupuestos previstos en el art. 13 ET, el de la carencia de vigilancia empresarial no puede ser, en todos los casos, un presupuesto característico del teletrabajo, ya que por el contrario puede ocurrir que el control de la prestación sea muy riguroso cuando sea “realizado a través de programas de software especialmente diseñados”¹⁹⁷. Por ello, la mayoría de autores se inclina por reconocer la insuficiencia de ese precepto para su aplicación a las especialidades del teletrabajo¹⁹⁸, que impide incluir en el art. 13 ET todas las

¹⁹² Ley nº 94-126, “Ley Madelin” de 11 de febrero de 1994, incorpora un nuevo art. L. 120-3 al Código de Trabajo donde se presume *ius tantum* que el teletrabajador inscrito a las profesiones artesanales, industriales, comerciales y liberales en el Registro de comercio y de sociedades, en el repertorio de oficios, en el de agentes comerciales o en las *Unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations familiales (URSSAF)*, no queda ligado a contrato de trabajo en la ejecución de esa actividad, en GARCÍA RUBIO, María Amparo, “presunción de no laboralidad y promoción de trabajo independiente: la experiencia francesa”, *RL*, núm. 18, 1996, pp. 36 y 37; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 110.

¹⁹³ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., pp. 110 y 111.

¹⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)”, obra cit., p. 459.

¹⁹⁵ STSJ Asturias (Sala de lo Social), de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335) colaborador periodístico que presta los servicios desde su propio domicilio.

¹⁹⁶ GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 83. En cambio, MATEO, José Manuel, “Presente y futuro del Teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación”, obra cit., p. 32, el “defender la aplicación de art. 13 ET a todos los supuestos de teletrabajo tampoco presenta incidencias en la práctica, ya que tanto la realización del contrato por escrito y su registro en el INEM, como el respeto a las condiciones retributivas aplicables en la empresa y a los derechos de representación colectiva de los teletrabajadores, son obligaciones que en ningún caso se salen de las previstas en la legislación común para los restantes trabajadores”.

¹⁹⁷ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, obra cit., p. 66.

¹⁹⁸ GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 83; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 113; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)”, obra cit., p. 460, ESCUDERO

relaciones laborales que se prestan en el domicilio o en el lugar libremente elegido por el trabajador (por ejemplo, teletrabajo a domicilio, itinerante, en un centro de recursos compartidos, oficina de servicios electrónicos, etc.). Así, nos encontramos ante un contrato de trabajo a domicilio cuando los medios impidan el control directo de la actividad laboral mientras que, por el contrario, si ese control está presente el contrato sería el común.

El Convenio de la OIT núm. 177 sobre el Trabajo a domicilio, de 20 de junio de 1996, contempla una nueva definición del trabajo a domicilio, identificándolo con el trabajo a distancia, y por lo tanto con todas las clases de teletrabajadores subordinados¹⁹⁹, por lo que “la falta de operatividad” de la nota de la falta de vigilancia del empresario “que no es una consecuencia necesaria de la deslocalización” permite que el mencionado rasgo desaparezca de la definición del trabajo a domicilio²⁰⁰. De este modo, se ha afirmado que una reinterpretación del art. 13 ET -con apoyo en el art. 3.3 C.Civ., que establece que las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas-, permite justificar el encuadramiento del teletrabajo en sus distintas modalidades en el esquema legal del trabajo a domicilio, teniendo en cuenta “que los nuevos modelos de organización funcional del trabajo y los nuevos sistemas de ejecución resten todo sentido y finalidad al ejercicio de la vigilancia inmediata”.

Por este motivo, coincidimos en que “toda manifestación interactiva entre el empresario y el teletrabajador que en otros modelos, otras circunstancias, se interpretarían en clave de vigilancia y control, en sede de teletrabajo a domicilio nada aporten y nada importen”²⁰¹. Por lo tanto, parece que “se impone una interpretación histórica evolutiva”, por medio de la cual la regulación actual pueda proteger las prestaciones de teletrabajo que no se previeron en el momento en que se regularon²⁰².

RODÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 813. En cambio MARTÍN FLÓREZ, Lourdes, “«Outsourcing» y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo”, obra cit., p. 414, el teletrabajo “debe entenderse contenido en el artículo 13 del ET que regula el denominado «contrato de trabajo»”.

¹⁹⁹ Véase también la Recomendación de la Comisión de 27 de mayo de 1998 relativa a la ratificación del Convenio n° 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio de 20 de junio de 1996 (DOCE 10 de junio 1998, L 165/32). En SCHNEIDER DE VILLEGAS, Gisela, “Trabajadores a domicilio: necesidad de una protección social”, RIT, vol. 109, 1990, núm. 3, p. 380, en la mejora de sus condiciones socioeconómicas la “protección social de los trabajadores a domicilio es una de las empresas difíciles a la que todavía han de hacer frente las autoridades políticas, tanto en el plano nacional como internacional”.

²⁰⁰ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 64. El art. 1 del Convenio de la OIT define el trabajo a domicilio como el trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración; con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales.

²⁰¹ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., pp. 94 y 97.

²⁰² En estos términos, GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 197. En contra, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 813.

Entendemos que lo verdaderamente importante es que la realidad de la regulación actual del trabajo a domicilio no soluciona los problemas particulares que plantea el hecho de que la prestación se realice en el domicilio del trabajador o fuera de la empresa²⁰³. Creemos que es necesaria una reforma del art. 13 ET²⁰⁴, o más bien una normativa con rango de ley que contemple las particularidades del teletrabajo o, en general, del trabajo a distancia en los términos del Convenio de la OIT núm. 177²⁰⁵. La finalidad que se pretende alcanzar es que exista un estatuto del trabajador a domicilio idéntico al del trabajador subordinado, pero con disposiciones particulares, “cuando sea necesario en razón de su situación específica, y sobre todo en cuanto concierne al teletrabajo”²⁰⁶.

La opción por la regulación de estas particularidades del teletrabajo no ha venido originariamente de la mano del legislador sino, como hemos visto anteriormente y estudiaremos detalladamente más adelante, como resultado de la negociación colectiva europea. No obstante, consideramos que existen razones para justificar que el AMET no es el instrumento más “útil” para la regulación del teletrabajo, si tenemos en cuenta no sólo el carácter obligacional y no normativo del Acuerdo Marco sino también su limitado contenido -aunque se contemple la necesidad de pacto de otras cuestiones más concretas- y “los débiles compromisos de difusión y negociación asumidos”²⁰⁷. Por lo tanto, y sin dudar de la legitimidad de la regulación convencional, nos mostramos partidarios del establecimiento de una normativa específica legal que atienda a los problemas de esta forma de organización del trabajo²⁰⁸. Este régimen jurídico debería comprender un contenido de «mínimos» de derechos necesarios que estableciera las condiciones y obligaciones básicas de la prestación en cuestiones tan importantes como la duración de la jornada, las obligaciones del empresario y de los trabajadores en materia preventiva, modalidades contractuales básicas, límites en los sistemas de control y vigilancia, condiciones mínimas retributivas²⁰⁹, forma escrita del contrato,

²⁰³ Entre otros, GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 84.

²⁰⁴ GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 94; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 814, aunque plantea la duda de que la necesaria reforma sirva para clarificar el régimen jurídico aplicable al teletrabajo, lo que dependerá “del tipo y del calado de la modificación legal acometida”.

²⁰⁵ En este sentido, MATEO, José Manuel, “Presente y futuro del Teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación”, obra cit., p. 36.

²⁰⁶ En PELES, Slavenka, “Las cuestiones jurídicas planteadas en Bélgica por el teletrabajo a domicilio”, *Trabajo y Sociedad*, vol. 11, núm. 1, 1986, p. 97, “el estatuto jurídico del trabajador a domicilio deber ser idéntico al del trabajador asalariado, con disposiciones particulares, cuando sea necesario en razón de su situación específica, y sobre todo en cuanto concierne al teletrabajo”.

²⁰⁷ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, “El teletrabajo (Acuerdo marco de 16 de julio de 2002)”, en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2005, p. 333.

²⁰⁸ En otro sentido, a favor de la negociación colectiva, GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 102; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, obra cit., p. 268 se muestra especialmente partidario de la utilización de los diferentes instrumentos de la autonomía colectiva.

²⁰⁹ Igualmente MATEO, José Manuel, “Presente y futuro del Teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación”, obra cit., pp. 36 y 38. Este autor plantea, a su vez, la posibilidad de que esa normativa modificara el art. 13 ET, que dejaría de regular sólo el trabajo a domicilio para ampliar el ámbito de aplicación a las restantes modalidades de teletrabajo. Sobre las propuestas de Ley en Italia, SCARELLI, Franco, “Le proposte di legge”, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 257 a 260.

ejercicio de las facultades de dirección y la integración en las instituciones de representación en la empresa...²¹⁰. Estas previsiones legales básicas tendrían como finalidad “asegurar la aplicación al teletrabajador en condiciones de igualdad de los elementos de Derecho necesario ineludibles; y, complementariamente, establecer las reglas también básicas que atiendan a sus cuestiones peculiares”²¹¹ así como, además de las anteriores, las relativas a la definición del teletrabajo, las condiciones de acceso y reversibilidad del teletrabajo, al principio de igualdad con respecto a los trabajadores internos, protección de datos y privacidad, a los equipos de trabajo, formación, etcétera²¹².

Las necesidades de regulación del teletrabajo cubiertas actualmente mediante el recurso a la negociación colectiva tendrían mayor cobertura si hubiera una intervención del legislador estableciendo unos mínimos que abran la posibilidad de que los acuerdos colectivos, y en su caso individuales, den respuesta a su adaptación a cada una de las modalidades de teletrabajo y a los cambios tecnológicos²¹³. En este caso los acuerdos individuales no dejan de ser trascendentes en orden a la libertad de auto-organización que tiene reconocida el teletrabajador a “la hora de fijar gran parte de las condiciones de su efectiva prestación” en el contrato de trabajo “y con respeto a la propia y libre voluntad” del mismo²¹⁴, sobre todo en aquellos casos donde la negociación colectiva puede ser nula o casi inexistente.

Aunque un sector doctrinal propone la regulación del teletrabajo recurriendo a la utilización de la figura de la relación laboral especial (art. 2.1 i) ET)²¹⁵, nosotros optamos por considerarla una relación laboral común u ordinaria²¹⁶ que se integra en el marco del Derecho del Trabajo y que, por lo tanto, amplía el ámbito personal atendiendo especialmente a los intereses de los prestadores de servicios. Pero como esta integración no se debe a la intervención legal sino a la subsunción de esta nueva categoría de trabajadores *on line*, por cuenta ajena y dependiente en el tipo legal del art. 1.1 ET²¹⁷, sugerimos la intervención del

²¹⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 122.

²¹¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 121.

²¹² En general, todos aquellos aspectos abordados en la negociación colectiva europea en el Acuerdo Europeo de Teletrabajo 2002.

²¹³ Para RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, obra cit., p. 268, la opción reguladora debe plantearse como una cooperación y un reparto de funciones entre la norma legal y la norma colectiva, “como es la regla en las relaciones laborales desarrolladas”.

²¹⁴ MATEO, José Manuel, “Presente y futuro del Teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación”, obra cit., p. 38.

²¹⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo: análisis jurídico laboral*, obra cit., p. 285, regulación autónoma que permitiría atender a las peculiaridades de esta forma de trabajo, a las exigencias de la realidad social y, en su caso, a las novedades que el teletrabajo aporta. También LEONÉS SALIDO, José Manuel, “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, *AJA*, núm. 431, 2000, p. 3.

²¹⁶ Igualmente RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “Teletrabajo”, obra cit., p. 121.

²¹⁷ MONTÓYA MELGAR, Alfredo, “El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales”, *AS*, núm. 3, 2006, pp. 45 y 51, citando las conocidas sentencias del TS 22 de abril 1996 (RJ 1996, 3334) y STSJ Madrid 30 de septiembre 1999 (AS 1999, 3321).

legislador para solventar estos problemas relacionados con la insuficiencia de los indicios aportados por los tribunales de justicia.

En estos últimos años el recurso a nuevas regulaciones de relaciones laborales especiales²¹⁸, que no sólo sirven como instrumento para la extensión del campo de aplicación y de la producción normativa laboral de rango reglamentario²¹⁹ sino también como fenómeno de huida del Derecho del Trabajo, han provocado precisamente el efecto contrario²²⁰. Aunque el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de las relaciones laborales especiales declarando que éstas no vulneran el principio de igualdad cuando estén justificadas por las características especiales de cada tipo de trabajo²²¹, no dejan de plantearse problemas y críticas doctrinales, quizás debidas en parte a la inexistencia de un criterio unitario y uniforme en la jurisprudencia²²². Así, entre las relaciones laborales de nueva creación se ha criticado la insuficiente regulación -“un tanto extraña”²²³- y el limitado grado de especialidad en la relación laboral de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos²²⁴, careciendo de la incorporación de previsiones expresas que resuelvan los problemas específicos en materia de representación colectiva y del procedimiento de negociación²²⁵. Por este motivo, la doctrina critica el carácter especial de esta relación, calificándolo

²¹⁸ Véase el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud (BOE 7 de octubre 2006, núm. 240); RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (BOE 18 de noviembre 2006, núm. 276). Al respecto, TORRES ANDRÉS, Juan Miguel, “Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo. Instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina jurisprudencial”, *Estudios de Derecho Judicial*, 118-2007, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 195 a 197.

²¹⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, en *REDT*, núm. 109, 2002, pp. 8 y 9.

²²⁰ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “La relación laboral especial de los abogados”, *TS*, núm. 193, 2007, p. 33.

²²¹ SSTC 49/1983, 1 de junio; 79/1983, 5 de octubre; 26/1984, 24 de febrero y 56/1988, 25 de marzo declarando además que la diferencia de régimen jurídico es debida a una diferencia material o sustancial previa. En RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos”, *Diario la Ley*, 5 de diciembre de 2006, núm. 6605, p. 6, el alcance de la especialidad sujeta al derecho fundamental de igualdad implica la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias de trato respecto a los demás trabajadores.

²²² Entre otros, destacan los estudios doctrinales de BAYÓN CHACÓN, G.; PÉREZ BOTIJA, E.; *Manual de Derecho del Trabajo*, V. II, Manuel Pons, Madrid, 1974, pp. 625 a 661; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor, “En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial”, en AAVV, *Lecciones de derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, pp. 117 a 149; OJEDA AVILÉS, Antonio, “Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria”, *RL*, Tomo I, 1990, pp. 222 a 239; CARDENAL CARRO, Miguel, “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I) y (II)”, en *AS*, núms. 9 y 10, 2000; MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, *REDT*, núm. 109, 2002, pp. 5 a 17.

²²³ En GARCÍA NINET, Juan Ignacio, “Acerca del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (a modo de resumen y avance de algunas cuestiones)”, en *TS*, núm. 192, 2006, p. 5, vía disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre (BOE de 19 noviembre).

²²⁴ RD 1331/2006, de 17 de noviembre (BOE 18 de noviembre 2006), por el que se regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos. *In extenso*, DEL REY GUANTER, Salvador (coord.), *La relación laboral especial de los abogados en despachos individuales y colectivos. Comentarios al Real Decreto 1331/2006*, La Ley, Madrid, 2007; GOERLICH PESET, José María, “La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: configuración general”, en AAVV, *La relación laboral especial de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 46 a 57.

²²⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El régimen jurídico de la contratación laboral entre abogados (Comentario al RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, BOE 18 de noviembre de 2006)”, *RL*, núm. 1, 2007, p. 73.

de muy «ligero», puesto que la normativa reglamentaria no se aparta del régimen sustantivo del ET²²⁶. Al respecto, «la regulación indebida» del reglamento se justifica en la “visible incoherencia que consagra, estableciendo primero el carácter fiduciario del vínculo y olvidando de seguido que las relaciones contractuales de esa naturaleza no pueden hurtar el reconocimiento del derecho de desistimiento *ad nutum* a ambas partes del contrato, tal y como ocurre en la relación laboral especial de alta dirección (...) y en la relación especial de empleo en el hogar (...)”. En este tipo de relación se debería haber otorgado un papel más importante al contrato de trabajo, sometiendo el régimen de derechos y obligaciones de las partes a la autonomía de la voluntad individual, a semejanza de lo previsto en el art. 3.1 del RD 1382/1985 (alta dirección) en vez del art. 3.1 ET²²⁷.

Por el contrario, en otros casos como en la relación laboral que atiende a la actividad formativa de especialistas en Ciencias de la Salud, incluida con anterioridad entre los denominados contratos formativos –atípicos–, la nueva regulación de relación laboral especial ha sido calificada como de las “más intensamente *laboralizadas*”²²⁸, y por lo tanto está plenamente justificada debido al carácter temporal y transitorio de la preparación a una capacidad específica mediante el sistema de residencia, teniendo en cuenta dos dimensiones principales: la organización institucional o administrativa de la formación, y la ordenación de los tiempos de trabajo y de descanso²²⁹.

En nuestra opinión, y con independencia de que la relación laboral sea o no especial, entendemos que en la regulación de las especialidades del teletrabajo –como ocurre en el caso de los profesores de religión– es más conveniente la regulación por ley²³⁰, teniendo en cuenta que los trabajos a domicilio o en el lugar elegido por el trabajador los incluyó el legislador entre las relaciones laborales

²²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO FERRER, Miguel, “La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos”, en *RL*, núm. 1, 2007, p. 8.

²²⁷ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “La relación laboral especial de los abogados. (Comentarios al Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre)”, obra cit., p. 10.

²²⁸ BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, “La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación.: análisis del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre”, *Derecho y salud*, vol. 15, núm. 2, julio-diciembre, 2007, p. 241.

²²⁹ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “La relación laboral especial de residencia confines de especialización sanitaria”, *Derecho y salud*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, extraordinario, 2007, pp. 2 y 3. En OJEDA AVILÉS, Antonio, “Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades del contrato”, *TS*, núm. 207, 2008, p. 18, estamos ante una normativa con finalidad múltiple que sirve al legislador “para ajustar cuentas con las normas europeas sobre ordenación del tiempo de trabajo”.

²³⁰ En relación a la contratación de los profesores de religión, GÓMEZ MILLÁN HERENCIA, M^a José, “Incidencia del Real Decreto 696/007 en la contratación laboral de los profesores de religión católica”, *RL*, núm. 17, 2007, p. 70, afirmando que “resulta difícil justificar la especialidad de una relación con un régimen no uniforme, con fuentes internacionales y nacionales de diverso rango en las que se aprecia una insuficiente técnica legislativa que se han dedicado más que a regular la prestación a cubrir las lagunas de normas de rango superior (...)”, p. 92. En la consideración de la contratación de los profesores de religión como relación laboral especial, en contra, MARÍN CORREA, José María, “Profesores de Religión en centros de enseñanza públicos (a propósito del RD 696/2007, de 1 de junio)”, *AL*, núm. 16, 2007, p. 1926. OJEDA AVILÉS, Antonio, “Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades del contrato”, obra cit., p. 14; a favor SEMPERE NAVARRO, Antonio, “La no renovación del contrato de los profesores de religión”, *RJA*, Tomo VII, 2003, p. 424. Sobre la constitucionalidad del régimen jurídico de los profesores de religión, CARDENAL CARRO, Miguel, “La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión”, *AS*, núms. 21 y 22, 2007; MONEREO ATIENZA, Cristina, “La contratación de profesores de religión: control jurisdiccional de la declaración de idoneidad eclesíastica a raíz de la violación de los derechos fundamentales del trabajador (comentario a la STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007)”, *TS*, núm. 202, 2007, pp. 47 a 51.

comunes, siendo esto criticado por gran parte de la doctrina, partidaria de su inclusión como una relación laboral de carácter especial²³¹. En el fondo de todo ello subyace la idea, apuntada por la doctrina, de que estamos ante la aparición de “unas estructuras contractuales flexibles” que hacen innecesarias las distinciones entre una relación laboral común y las relaciones especiales²³².

Por otro lado, una peculiaridad del denominado teletrabajo a domicilio, con una especial incidencia entre los derechos fundamentales, es que la actividad laboral se desempeña en un lugar de trabajo que goza simultáneamente de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio²³³. Esta garantía actúa como límite a los poderes de control empresariales y a las actuaciones de la Inspección de trabajo, dado que ninguna entrada o registro puede hacerse en el domicilio del trabajador sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito (art. 18.2 CE).

En relación al concepto de domicilio, el TC declaró la existencia de un concepto de domicilio constitucional “de mayor amplitud” al término jurídico-administrativo y al utilizado en Derecho privado, “y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones”²³⁴. Como ha señalado la doctrina, este concepto constitucional no es más amplio desde el momento en que no se considera el domicilio como un lugar donde ejercer derechos y obligaciones en general, “sino como un lugar donde se realiza un derecho fundamental en particular, el derecho a la intimidad y a la privacidad”²³⁵. Esta declaración que no va acompañada de una definición de lo que se entiende por domicilio constitucional, coloca bajo la protección del art. 18.2 CE espacios físicos que podrían estar excluidos si atendiéramos a las nociones civiles o administrativas (como un despacho profesional, una casa de vacaciones, una barraca, la habitación de un hotel, una *roulotte*, tienda de campaña, locales comerciales, fincas rústicas o almacenes donde se desenvuelva la vida íntima de la persona)²³⁶. El TC relaciona la

²³¹ Entre otros, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, “Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los trabajadores”, *Revista de política social*, núm. 139, 1983, p. 244; OJEDA AVILÉS, Antonio, “Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria”, *RL*, Tomo I, 1990, p. 234. En relación al teletrabajo, CARDENAL CARRO, Miguel, “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (II)”, *AS*, núm. 10, 2000, p. 31 y 32.

²³² OJEDA AVILÉS, Antonio, “Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades del contrato”, obra cit., p. 17. Para este autor las relaciones laborales especiales se caracterizan por producirse en un ámbito donde la dirección y organización del trabajo presentan una estructura distinta a la habitual o típica (fábrica fordista y, adicionalmente, la oficina). Por lo tanto, en el momento en que lo típico y lo atípico (control y lugar de trabajo virtual) se entremezclan, desaparece la necesidad de distinción entre las relaciones laborales comunes y especiales.

²³³ LAFONT NICUESA, Luis, “El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador”, *IL, Legislación y convenios colectivos*, núm. 9, 2004, p. 23.

²³⁴ STC 35/1984 de 17 febrero (FJ 2^o); y entre otras, SSTC 22/1984 (FJ 2^o y 5^o); 160/1991 (FJ 8^o); 50/1995 (FJ 5^o).

²³⁵ DE LA HAZA, Pilar, “Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1988, p. 813. Por este motivo, en CASAS VALLÉS, Ramón, “Inviolabilidad y derecho a la intimidad”, *Revista jurídica de Cataluña*, vol. 86, 1987, p. 193, “no debe descartarse la posibilidad de que una misma persona tenga varios domicilios desde el punto de vista de la protección que brinda el art. 18.2 CE”.

²³⁶ CASAS VALLÉS, Ramón, “Inviolabilidad y derecho a la intimidad”, obra cit., p. 191; GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 310; entre otras, STS Penal de 16 marzo de 2001 (Rec. núm. 511/1999); GÓMEZ OREA, Manuel, “El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, en *Relaciones laborales*, Tomo I, 1991, p. 1392.

inviolabilidad del domicilio (art. 18. 2 CE) con la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) porque, aparte de que ambos derechos se regulen en el mismo artículo, existirá la garantía de la inviolabilidad del domicilio en aquellos lugares donde se concrete “de una forma mínimamente estable la vida privada de la persona”, aún cuando no se utilice con habitualidad²³⁷. De la misma forma, entiende que el domicilio es el lugar excluido del mundo exterior destinado al goce de la vida privada y de la intimidad de la persona (STC 22/1984 de 17 febrero, FJ 5º)²³⁸, tutelado porque objetivamente constituye la materialización de un ámbito de la intimidad de la persona: la entrada en él siempre supondrá injerencia en la vida íntima²³⁹.

En el teletrabajo entendemos que el concepto constitucional de domicilio extiende la garantía a todos aquellos «lugares de trabajo» tan variados como pueden ser las dependencias “privadas” de una empresa cliente, incluyendo la habitación de un hotel en los supuestos de teletrabajo itinerante²⁴⁰, y es que en principio son irrelevantes tanto la ubicación de los espacios constitucionalmente protegidos como la configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo²⁴¹. Por ejemplo, por sus propias características las habitaciones de los hoteles son lugares idóneos para que en las mismas se desarrolle la vida privada de los huéspedes, “habida cuenta de que su destino usual es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada”, salvo que se trate de lugares dotados con zonas o salas de trabajo suficientemente equipadas para la realización de los servicios por trabajadores de distintas empresas (hoteling)²⁴².

El domicilio es “un espacio físico constante, separado por voluntad de su moderador del resto del espacio físico y en el que dicha persona vive sin estar sujeta necesariamente a los usos y convenciones sociales y en donde ejerce su

²³⁷ CASAS VALLÉS, Ramón, “Inviolabilidad y derecho a la intimidad”, obra cit., p. 192. En GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 176, “la inviolabilidad del domicilio lo es, en definitiva de «la intimidad en el domicilio»”.

²³⁸ DE LA HAZA, Pilar, “Observaciones a una sentencia del tribunal constitucional del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídica”, obra cit., p. 812. Igualmente en STC 110/1984 de 26 noviembre (FJ 3º), en donde “la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respecto a un ámbito de vida privada, personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás salvo autorización del interesado”; y entre otras, SSTC 160/1991 y 50/1995.

²³⁹ CASAS VALLÉS, Ramón, “Inviolabilidad y derecho a la intimidad, obra cit., p. 177. Sin embargo, concreta que “la inviolabilidad domiciliaria y la intimidad son derechos en la mayoría de los casos estrechamente relacionados (casi inseparables tratándose de personas físicas), pero pese a ello distintos y autónomos”, p. 172.

²⁴⁰ Sobre la realización del trabajo móvil en diversos lugares, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 781. Por ejemplo, Monitora Regional de Ensayos Clínicos cuyas funciones son la de visitar una zona determinada de los Hospitales de la Red Pública, para que los ensayos clínicos se hicieran durante cuatro días a la semana y el quinto para labores administrativas desde su casa, constituyendo el centro de trabajo el propio domicilio de la trabajadora donde la empresa le instala todo lo necesario (mesa de trabajo, ordenador, teléfono fijo) y facilita medios para el trabajo (teléfono móvil y automóvil), STSJ Comunidad Valenciana 21 de noviembre 20007 (JUR 2007/117400).

²⁴¹ STC 209/2007, de 24 de septiembre 2007 (FJ 2º).

²⁴² STC 10/2002, de 17 enero 2002 (FJ 8º). Si bien se afirma que esto “no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines”.

libertad más íntima”²⁴³. Y es precisamente alrededor de estos espacios dotados de esta consideración, donde el teletrabajador puede desempeñar una actividad laboral de carácter permanente o itinerante. Como la doctrina ha llegado a afirmar, y teniendo en cuenta que no hay una modalidad única de teletrabajo²⁴⁴, el teletrabajo a domicilio no coincide con el teletrabajo itinerante, salvo cuando a esos lugares se extiende el concepto de domicilio. Esto significa que si el teletrabajador realiza una actividad laboral en un lugar que goza de esa garantía constitucional, será necesaria la autorización de su titular en los casos en que el empresario u otros sujetos quieran acceder a esos espacios privados para verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales o, en general, de las derivadas del contrato de trabajo.

De igual forma, “no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 CE garantiza”²⁴⁵. Resulta evidente que el derecho fundamental considerado “no puede confundirse con la protección de la propiedad de inmuebles ni de otras titularidades reales u obligaciones relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros”²⁴⁶, no oponibles a la realización de los controles de la Inspección de trabajo²⁴⁷. Por ejemplo, en los casos en que la actividad empresarial se realizara en determinadas habitaciones de la vivienda reservadas a esta finalidad, en principio la Inspección de trabajo tendría derecho de acceso²⁴⁸ si no fuera porque la normativa de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS), expresamente dispone que “si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”²⁴⁹.

Por consiguiente, en los domicilios en los que se teletrabaje y la actividad profesional y la privada se confundan -que será lo más frecuente-, cabe alegar el respeto a la intimidad personal, y por lo tanto a la protección constitucional

²⁴³ QUERALT, Joan Joseph, “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. especial referencia a la de las empresas”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 30, 1990, p. 53.

²⁴⁴ Entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 783.

²⁴⁵ SSTC 149/1991 (FJ 6°); 76/1992 (FJ 3° b), 69/1999 (FJ 2); así como, respecto a distintos locales, los AATC 272/1985, 349/1988, 171/1989, 198/1991, 58/1992, 223/1993 y 333/1993.

²⁴⁶ STC 69/1999, de 26 abril.

²⁴⁷ QUERALT, Joan Joseph, “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas”, p. 60. En GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 185, no parece que la vigilancia Inspectoral pueda ser confrontada con el derecho de propiedad sino más bien con otros derechos fundamentales (intimidad, inviolabilidad de domicilio...).

²⁴⁸ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., p. 313. QUERALT, Joan Joseph, “La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas”, obra cit., p. 62, “para introducirse en los locales o dependencias en los que las actividades privadas sometidas a inspección regular tienen lugar, entiendo que no existe intimidad alguna que proteger en el área en que aquella tiene conferida legalmente la inspección”. Igualmente, si bien haciendo hincapié en que esta práctica es conflictiva, en CALVENTE MENENDEZ, J., “Organización, funciones y medios de la Inspección”, en AAVV, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 52.

²⁴⁹ Art. 5.1 Ley 42/1997, de 14 de noviembre (BOE 15 de noviembre).

del domicilio²⁵⁰, a no ser que el titular del domicilio autorice la entrada o registro en el mismo (art. 18.2 CE). No obstante, debemos preguntarnos qué se entiende por titular del domicilio, si se limitaría a aquel trabajador que ostenta la condición de propietario, arrendatario u otro título sobre la vivienda, o si por el contrario son titulares del domicilio todos los que convivan con el teletrabajador. Según doctrina del Tribunal Constitucional “la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio”²⁵¹. La titularidad individual y la posibilidad de su ejercicio no desaparecen por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas. En estos casos, cada “titular del derecho mantiene una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliado que se impone al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del comorador que desea la visita de un tercero”. Ello no impide que “se pacten explícita o implícitamente la tolerancia de las entradas ajenas consentidas por otro comorador y que los terceros que ingresen en el domicilio puedan así confiar *a priori* en que la autorización de uno de los titulares del domicilio comporta la de los demás”²⁵². Así mismo, “cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes”²⁵³.

En estos supuestos no es necesaria la autorización conjunta de todos y cada uno de los moradores, ya que el régimen de autorización para la entrada domiciliaria sería semejante al establecido en el art. 1.693 del CC, por lo que cualquiera de los moradores podría oponerse a la autorización dada por otro antes de que hubiese producido efecto legal²⁵⁴. Esto no es obstáculo para que en la adopción de medidas empresariales de control que exijan una presencia física de personas o medios materiales en el domicilio, entendamos que el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio exige que, cuando el titular del domicilio sea distinto del teletrabajador, sea necesario el consentimiento o la autorización no sólo del teletrabajador sino también el del titular.

Como veremos en el capítulo del poder de control del empresario, en supuestos de control mediante videocámaras en el domicilio del teletrabajador, será

²⁵⁰ GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, obra cit., p. 179.

²⁵¹ STC 22/2003, de 10 de febrero (FJ 7º). El concepto de domicilio lo identificamos con el de morada, porque “el objeto material de la protección es, en consecuencia, el lugar cerrado que sirva de habitación o morada a su destinatario”, en GÓMEZ OREA, Manuel, “El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, obra cit., p. 1392.

²⁵² STC 209/2007, de 24 de septiembre (FJ 3º).

²⁵³ STC 22/2003, de 10 de febrero (FJ 7º).

²⁵⁴ CASAS VALLÉS, Ramón, “Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad”, obra cit., p. 197. El art. 1693 del CC establece que “cuando dos o más socios han sido encargados de la administración social sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal”. En relación al delito de allanamiento de morada de particular, existe un principio general basado en que el que prohíbe la entrada es de mejor derecho, por lo que, en el caso de que uno consienta y otro niegue la entrada en la morada, prevalece el derecho del que niega, STS de 29 octubre 1980, en MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 275.

necesario no sólo obtener la información oportuna, sino también la autorización de la familia y del propietario de la vivienda para su colocación en el lugar específico de la misma donde el teletrabajador desempeñe su prestación de servicios, debiendo desconectarlas a la finalización de las tareas laborales²⁵⁵. Y todo ello porque estamos ante un domicilio inviolable en el sentido del art. 18.2 CE, entendido como un “espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”. Por ello, a través de este derecho “no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella”²⁵⁶.

Teniendo en cuenta la regulación del Código Penal (art. 203), la esfera de la vida protegida no es sólo la intimidad personal o familiar, sino también la faceta profesional²⁵⁷. En este último caso los tribunales han venido reconociendo la protección domiciliaria contemplada en el art. 18.2 CE a los despachos o espacios no abiertos al público, aunque no estén situados en el lugar donde el ciudadano tiene su domicilio particular en sentido estricto, porque entienden que aquéllos pertenecen a su esfera de privacidad²⁵⁸. El Código Penal tipifica el delito de «allanamiento de morada» y trata de proteger el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), tanto de los particulares (art. 202), como de las personas jurídicas (art. 203), destinando el art. 204 a un tipo cualificado para la autoridad o funcionario público que cometiere estos delitos²⁵⁹. Esta normativa no sólo contempla como sujetos titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, privadas o públicas, sino también a los despachos profesionales u oficinas, o establecimientos mercantiles o local abierto al público fuera de las horas de apertura. No obstante, coincidimos con la mejor doctrina en que esas menciones realizadas en el Código Penal se refieren a la protección de cualquier lugar cerrado en el que se desarrolla una actividad mercantil, económica o productiva, sin incluir aquellos otros lugares no mencionados en él –fabricas y talleres- pero que participan de similares circunstancias²⁶⁰.

²⁵⁵ LAFONT NICUESA, Luis, “El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador”, obra cit., pp. 23 y 24.

²⁵⁶ STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 5º); entre otras, SSTS 50/1995, de 23 de febrero (FJ 5º); 133/1995, de 25 de septiembre (FJ 4º); 10/2002, de 17 de enero (FJ 5º); 189/2004, de 2 de noviembre (FJ 2º); 209/2007, de 24 de septiembre (FJ 2º).

²⁵⁷ Capítulo II del Título X “Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; también GÓMEZ OREA, Manuel, “El derecho a las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, obra cit., p. 1392. *In extenso*, MAGRO SERVET, Vicente, “Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro”, *Diario La Ley*, núm. 5.479, de 11 febrero 2002.

²⁵⁸ GARCÍA RUBIO, María Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., p. 310, con cita de la STS (Penal), de 11 de octubre de 1993 (Ar. 7371).

²⁵⁹ *In extenso*, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, obra cit., pp. 272 a 280. El art. 202.1 contempla “El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado (...)”; art. 203. 1 “Será castigado (...) el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura”.

²⁶⁰ GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, obra cit., p. 182. En iguales términos, pero con fundamento en el art. 10.2 de la CE en relación con el art. 12 del Convenio de la OIT núm. 81 sobre la Inspección de trabajo en la Industria y en el Comercio, art. 16 del Convenio núm. 129, de la Inspección de trabajo en la agricultura, GÓMEZ OREA, Manuel, “El derecho a las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, obra cit., 1392.

En un sistema de organización del trabajo tradicional, esto no tiene mayor importancia, porque los poderes de vigilancia y control del empresario se dirigen a ese ámbito empresarial que hemos identificado con las fábricas o talleres. Concretamente, en relación con la actuación controladora de la Inspección de trabajo, hay que tener en cuenta que el allanamiento no tiene lugar cuando la penetración en el *domicilio penal* se haga en uno de los supuestos legalmente permitidos, por lo que la ampliación del concepto del domicilio constitucional decae ante esos casos (art. 5. 1 LOITSS)²⁶¹. En efecto, el art. 5.1 permite entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo²⁶². Sin embargo, en el caso de que el lugar de la inspección coincidiese con el domicilio de la persona, el art. 5.1 LOITSS delimita la protección constitucional a la persona física afectada, y mantiene al margen a las personas jurídicas de la necesidad de que el Inspector recabe su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial²⁶³. Esto no significa que las personas jurídicas no gocen de la protección constitucional al derecho a la inviolabilidad del domicilio, porque ya en 1985 el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la titularidad a las personas jurídicas mediante sentencia 137/1985, de 17 de octubre, reconociéndoles cierta esfera de privacidad fundamentada en la necesidad de proteger la libertad que deben disfrutar los entes sociales para asumir los fines que tienen atribuidos²⁶⁴, cuestión que ha suscitado un amplio debate doctrinal²⁶⁵.

Por ello, la doctrina es unánime al negar la aplicación del derecho a la intimidad a las personas jurídicas. Por un lado, entiende que la falta de intimidad o injerencias no deseadas se consideran como sentidas o sufridas y las personas jurídicas no tienen sentimientos, y por otro lado teme que, acogiéndose en este derecho, logren ocultar los aspectos económicos de su gestión incluso ante sus

²⁶¹ El art. 204 del Código Penal establece que "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista (...).

²⁶² GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, obra cit., p. 182. En GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., p. 326, "la regulación penal consigue dar mayor firmeza a la licitud de la entrada de los órganos de la Inspección de Trabajo en los centros laborales". En la jurisprudencia constitucional, la garantía no es extensible a "aquellos lugares cerrados que, por su afectación –como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales ATC 171/1997 (FJ 2) –, tengan su destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad", STC 228/1997, de 16 diciembre (FJ 7). Por ejemplo, locales destinados a almacén de mercancías STC 228/1997, de 16 diciembre (FJ 7); un bar y un almacén STC 283/2000, de 27 noviembre (FJ 2); unas oficinas de una empresa ATC 171/1989, de 3 abril; los locales abiertos al público o de negocios ATC 58/1992, de 2 marzo.

²⁶³ El art. 5.1 LOITSS contempla que los Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, están autorizados para "entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberá obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial". Sin embargo, se omite la referencia a las personas físicas en el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 16 de febrero 2000), que desarrolla LOITS, estableciendo que esa facultad la tienen para "entrar libremente, sin previo aviso y en cualquier momento, en todo centro de trabajo o lugar de trabajo sujeto a inspección y a permanecer en ellos, respetando en todo caso la inviolabilidad del domicilio".

²⁶⁴ FJ 3º, con esta sentencia el TC rectifica su postura contraria anterior de STC 35/1984, de 17 de febrero y el Auto de 17 de abril 1985.

²⁶⁵ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., pp. 311 y 312.

propios socios²⁶⁶. Por este motivo, el objeto material de protección no es la intimidad personal y familiar sino la vida privada, profesional o social que el empresario desempeña, bien individualmente o a través de una persona jurídica, porque el principio de igualdad (art. 14 CE) prohíbe que “la extensión del objeto material de protección dependiera de la opción de una fórmula de empresa individual o familiar, o por otra de creación de una personalidad jurídica distinta”²⁶⁷.

Con respecto a los locales destinados únicamente a fines empresariales, debemos delimitar cuáles son los espacios que pueden considerarse como inviolables, tanto si son regentados por personas físicas o por personas jurídicas. Como hemos apuntado anteriormente, en el primer caso debemos entender que las dependencias privadas de los locales empresariales o laborales en las que el empresario desarrolla sus cometidos de gestión interna -como el despacho personal de los titulares y cargos directivos de la empresa-, gozan de la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) dado que, por regla general, tienen vetada la entrada no sólo del público en general sino también de los trabajadores. En el caso de las personas jurídicas²⁶⁸, igualmente la protección se extiende a las estancias en las que los órganos sociales desarrollan los actos requeridos por la vida interna de la sociedad. Es decir, la protección se dirige al mismo ámbito domiciliario de las personas físicas, juntas de accionistas, consejo de administración, los administradores y la dirección interna o societaria, en general allí donde existe el legítimo interés objeto de tutela, el de la vida privada profesional²⁶⁹.

Así pues, respecto al teletrabajo a domicilio, debemos señalar los graves inconvenientes físicos con los que se encuentra el empresario para verificar el cumplimiento de la normativa laboral, y en concreto de la normativa preventiva en materia de seguridad y salud en el trabajo cuando están en juego el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad del trabajador. Estos inconvenientes también se trasladan a la función que tiene asignada la Inspección

²⁶⁶ DE LA HAZA, Pilar, “Observaciones a una sentencia del tribunal constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas”, obra cit., p. 818. En CASAS VALLÉS, Ramón, “Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad”, obra cit., p. 186, se niega con rotundidad la relación entre persona jurídica e intimidad, reconociéndose lo que denomina “vida privada social”.

²⁶⁷ GÓMEZ OREA, Manuel, “El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, obra cit., p. 1394. En cambio, en DE LA HAZA, Pilar, “Observaciones a una sentencia constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas”, obra cit., p. 819, define “el domicilio protegido en la Constitución como el lugar donde ejercer un específico derecho constitucional, el derecho a la intimidad, sea el titular de tal domicilio una persona física o una persona jurídica”.

²⁶⁸ Una teoría minoritaria, CASAS VALLÉS, Ramón, “Inviolabilidad domiciliaria y derechos a la intimidad”, obra cit., p. 193, mantiene que el domicilio de las personas jurídicas es el fijado en la ley de creación de la persona jurídica, en sus estatutos o en las reglas fundacionales o donde se halle establecida la representación de la persona jurídica, o donde ésta ejerza sus funciones principales. En contra, por su ampliación del ámbito de privacidad, GÓMEZ OREA, Manuel, “El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, obra cit., p. 1395, GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., p. 315; GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, obra cit., p. 179.

²⁶⁹ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., pp. 315 y 316; GÓMEZ OREA, Manuel, “El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo”, obra cit., p. 1395; GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, obra cit., p. 178.

de Trabajo en relación a la entrada en todo centro o lugar de trabajo sujeto a inspección ya que, aunque puede penetrar en los locales de trabajo sin contar con el consentimiento de su titular, debe respetar en todo caso la inviolabilidad del domicilio²⁷⁰. Si el lugar de trabajo coincide con el domicilio de la persona (como, por ejemplo, vivienda del propio teletrabajador, despachos privados del empresario) sólo será posible entrar en el mismo previo consentimiento del titular o con una autorización judicial²⁷¹. En este sentido, los acuerdos de teletrabajo existentes recogen la necesidad de contar con el consentimiento del trabajador para el ejercicio de las obligaciones empresariales y la adopción de las medidas preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo en el propio domicilio²⁷². La peculiaridad del teletrabajo a domicilio -permanente o itinerante, o que sea realizado en cualquier otro lugar que tenga esa consideración- es que la actividad laboral coincide con el desarrollo de un ámbito privado y, por lo tanto, impiden tanto al empresario como a la Inspección de Trabajo llevar a cabo ciertas funciones que tienen reconocidas por ley²⁷³.

Esto plantea la necesidad de acudir a otras vías de control o de fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral, tanto por el empresario como por parte de la Inspección de Trabajo. Para el ejercicio del poder de control, el empresario puede recurrir a la utilización de las nuevas tecnologías, cuestión que analizaremos en el capítulo correspondiente, por estar en juego la protección de derechos fundamentales del trabajador que, en algunos casos, amparará el *derecho a la desconexión* fuera de su jornada de trabajo²⁷⁴ como medida defensiva ante las extralimitaciones empresariales y posibles vulneraciones a la privacidad del trabajador. En cuanto a la Inspección de Trabajo, la LOITSS cuenta con otros mecanismos diferentes a la visita a los lugares de trabajo para realizar las funciones que tiene asignadas con las debidas garantías jurídicas²⁷⁵ como, por ejemplo, los requerimientos al empresario para que preste declaración en la misma sede de la Inspección de Trabajo²⁷⁶, o bien implantando un sistema de registro telemático

²⁷⁰ PEQUERA POCH, Miguel (coord.) *Derecho y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 222.

²⁷¹ En virtud del art. 87.2 LOPJ, "corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes lugares de acceso dependientes del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración".

²⁷² En Italia, NOGLER, Luca, "Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro", *Quaderni diritto del lavoro e relazioni industriali*, núm. 21, 1998, pp. 125 y 126, recoge algunos de los más significativos.

²⁷³ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "La ajenidad en el mercado: un elemento definitorio en el contrato de trabajo", obra cit., p. 533, los problemas que se plantean en el trabajo a domicilio y en el teletrabajo no son de calificación jurídica sino de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral. Igualmente, sobre las dificultades "obvias" de control de la Inspección de Trabajo en el trabajo a domicilio, SALA FRANCO, Tomás "La descentralización del trabajo", en DURÁN LÓPEZ, Federico; MONTROYA MELGAR, Alfredo; SALA FRANCO, Tomás, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1987, p. 212.

²⁷⁴ ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; "La informatización y las nuevas formas de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y derecho del trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, p. 15.

²⁷⁵ Prueba de ello es que "en sus visitas a los centros de trabajo no han provocado en los últimos años recursos administrativos que llegaran luego hasta el conocimiento y resolución por parte de la Sala 3ª del Tribunal Supremo", en RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, "Garantías jurídicas para el empresario ante la actuación sancionadora de la Inspección de Trabajo", *AL*, núm. 6, 2007, p. 686.

²⁷⁶ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., p. 314. GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, obra cit., p. 200,

de apuntes, de modo tal que las medidas de advertencia, recomendación o requerimiento efectuadas por los funcionarios puedan reflejarse en un Libro de Visitas electrónico²⁷⁷. Ahora bien, en el supuesto del teletrabajo a domicilio, los requerimientos no dejan de ser meras muestras formalistas que nada aportan a la verificación del cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales²⁷⁸. Por ello las sugerencias van encaminadas a la necesidad de habilitar a la Inspección de Trabajo de un procedimiento que le facilite la correspondiente autorización judicial²⁷⁹.

La relación de confianza que rige en el contrato de trabajo y las reglas de la buena fe exigen una mayor implicación del teletrabajador en materias tan importantes como el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud adoptadas por el empresario²⁸⁰. El teletrabajo es algo más que una nueva forma de trabajar, porque estratégicamente supone la ruptura de los binomios lugar de trabajo-trabajador y empresa-trabajador, introduciendo un nuevo grado de libertad y flexibilidad²⁸¹. En estos casos, el trabajo se realiza en un ámbito privado -teletrabajo a domicilio-, de ahí que su calificación como contrato de trabajo exija la necesaria compatibilidad con lo que ha venido ha constituir la nueva causa del contrato de trabajo: el poder de control de la actividad laboral por parte del empresario²⁸².

resalta la importancia de este método precisamente con nuevos aspectos de la realidad jurídico-laboral como el control de la legalidad de los modelos contractuales utilizados, uso de subvenciones públicas, cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social. En VALDÉS DAL RÉ, Fernando, "Las funciones de mediación de la inspección de trabajo", *RL*, núm. 18, 2005, pp. 1 a 15, trata sobre el papel en la reordenación de la intervención de la Inspección de Trabajo incluyendo el de la solución de las contiendas laborales.

²⁷⁷ Resolución de 25 de noviembre de 2008, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre el Libro de Visitas electrónico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 2 de diciembre 2008, núm. 290).

²⁷⁸ En el trabajo a domicilio se ha señalado que la función de los Inspectores de trabajo debe centrarse en comprobaciones formales de lo pactado en el contrato de trabajo, en MACÍAS VÁZQUEZ, M^a del Carmen, "La Inspección de trabajo: institución garante de los derechos humanos laborales", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 6, 2008, p. 39.

²⁷⁹ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, obra cit., p. 314. Sobre la necesidad de establecimiento de nuevos mecanismos de control, FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, "El uso del teletrabajo como relación laboral, y su conexión con la actuación de la inspección de trabajo, a la luz del artículo 18 de la Constitución, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTASS, 2000, p. 997. En SCHNEIDER DE VILLEGAS, Gisela, "Trabajadores a domicilio: Necesidad de una protección social", obra cit., p. 375, afirma que en varios países que cuentan con leyes especiales sobre el trabajo a domicilio, el control de la aplicación de esa normativa se encomienda a comisiones tripartitas.

²⁸⁰ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 347, hace especial hincapié en la necesidad de extremar la diligencia del trabajador; en THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 289, estima la necesidad de una regulación legal más detallada y convenida colectivamente de los derechos y responsabilidades que sean asumidos por el teletrabajador. Por otro lado, para MAESTRO BUELGA, Gonzalo, "El Derecho del trabajo ante el futuro: problemas y perspectivas", en HERNÁNDEZ VITORIA, M^a José; TORRES ANDRÉS, Juan Miguél, *Derecho laboral del siglo XXI*, CGPJ, Madrid, 2007, p. 68, en el nuevo Derecho del trabajo "la recuperación de la libertad individual y del papel del contrato en el nuevo Derecho del trabajo expresa este rasgo. El papel del contrato en la determinación del salario y de las condiciones de trabajo se revaloriza, ampliando su espacio de intervención".

²⁸¹ MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; LUNA HUERTAS, Paula; ROCA PULIDO, Juan Carlos, "El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea", obra cit., p. 1217.

²⁸² La aportación de esta nueva doctrina, en OJEDA AVILÉS, Antonio, "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", *TS*, núm. 195, 2007, pp. 13 a 24. Así, tienen la consideración de lugar de trabajo "todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador". Y, por lo tanto, donde el empleador pueda ejercer sus poderes directos (en el mismo centro de trabajo) o indirectos (por ejemplo: fuera del centro de trabajo) de vigilancia. Convenio de la OIT de 22 de junio de 1981, número 155, ratificado por instrumento de 26 de julio de 1985, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (BOE 11 de noviembre 1985).

1.3.2.2. *Teletrabajo en oficinas remotas: teletrabajo itinerante y en telecentros*

El poder de control del empresario, y en general el poder directivo, se ejerce también en oficinas remotas, como el teletrabajo itinerante y en telecentros, es decir, en aquellos otros lugares donde surja la necesidad de teletrabajar. Esto puede plantear problemas en relación con el fenómeno de la descentralización y externalización de la producción, y el incremento de las contrataciones y la posible cesión de trabajadores en el teletrabajo realizado en oficinas remotas, bien de manera itinerante o en telecentros, por lo que defendemos la necesidad de regular las responsabilidades de las empresas principales en los supuestos de descentralización y externalización de teletrabajadores.

El teletrabajo en oficinas remotas responde a una modalidad que engloba diferentes lugares de trabajo como los centros de recursos compartidos, los telecentros u oficinas satélites, telecottages y teletrabajo móvil²⁸³. Esta segunda tipología que hemos reducido al teletrabajo itinerante y en centros de teletrabajo (telecentros), no plantea la problemática anterior, si tenemos en cuenta que la actividad no se desarrolla en un lugar privado sino en un lugar público del que, por regla general, el empresario no tiene la titularidad u otro poder de disposición. El telecentro es una oficina a distancia, dotada de los medios informáticos y de telecomunicación necesarios para el uso regular u ocasional por los teletrabajadores, que se presenta como alternativa al despacho en casa²⁸⁴. Por el contrario, en el denominado teletrabajo en centros u oficinas satélites, dudamos de su tratamiento como un sistema de teletrabajo propiamente dicho, ya que se trata de instalaciones de las empresas alejadas de las sedes o centros organizativos donde acuden los trabajadores que viven en sus proximidades, aunque conectadas a las mismas por vía telemática y, por lo tanto, desde un punto de vista técnico-legal supone la inexistencia del requisito básico de la realización del trabajo fuera de las instalaciones empresariales²⁸⁵.

El telecentro, centro vecinal o centro de recursos compartidos puede acoger a varios teletrabajadores que tengan el mismo estatuto, ya sean todos subordinados o autónomos; que realicen actividades parecidas o diferentes; o que tengan algún tipo de conexión entre ellos o no, según se trate de trabajadores que dependan del mismo empleador o de varios, y/o de trabajadores autónomos que tengan o no el mismo cliente²⁸⁶. Esta modalidad de teletrabajo permite a las pequeñas y medianas

²⁸³ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, "Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo", obra cit., pp. 51 y 52. Los centros de recursos compartidos están equipados con tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, y concentran en un solo edificio prácticas relacionadas con el teletrabajo; los telecottages son un tipo especial de telecentro ubicado en zonas rurales; y el televillage combina el estilo de vida en el campo con el acceso a las grandes redes de información.

²⁸⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; LUNA HUERTAS, Paula; ROCA PULIDO, Juan Carlos, "El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea", obra cit., p. 1225.

²⁸⁵ Igualmente MATEO, José Manuel, "Presente y futuro del teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación", obra cit., p. 30.

²⁸⁶ THIBAUT ARANDA, Javier, "El teletrabajo", *Acciones e investigaciones sociales. (Escuela Universitaria de Estudios Sociales de la Universidad de Zaragoza)*, núm. 8, 1998, p. 212.

empresas sin suficientes medios económicos para la adaptación a los continuos cambios tecnológicos, utilizar este recurso como mecanismo de solución para continuar siendo competitivas dentro del mercado²⁸⁷. En cambio, esta modalidad de teletrabajo es poco utilizada (1,10%) en las empresas españolas muy grandes, es decir, entre aquellas situadas entre las cien primeras (o entre las seis primeras de su sector), destacando sobre todo la modalidad de teletrabajo móvil (casi el 25%), y la del domicilio (casi el 10%)²⁸⁸. Los acuerdos colectivos sobre el teletrabajo suelen recoger todos los aspectos relacionados con la prestación de los servicios en los denominados telecentros, comprometiéndose la empresa a que cuenten con una dotación y equipos de telecomunicaciones y tecnología adecuadas al desarrollo de la actividad laboral mediante el teletrabajo²⁸⁹.

En cualquier caso, aunque la doctrina haya afirmado que el trabajo a domicilio es probablemente la modalidad de teletrabajo con mayor potencial de crecimiento, no debemos obviar que, independientemente de las personas que trabajan por cuenta propia, el resto de los teletrabajadores a tiempo completo suelen ser trabajadores móviles que no trabajan en sus casas²⁹⁰, sino en otros lugares como los centros de teletrabajo, los locales de los clientes, sus propios vehículos u hoteles²⁹¹. Esto plantea problemas de delimitación del teletrabajo itinerante respecto a otros trabajos a distancia a los que ya hicimos referencia, por lo que la doctrina ha afirmado la necesidad de adoptar una «*metodología casuística*» que atienda a cada una de las circunstancias concretas de cada caso, y evite incluir indiscriminadamente cualquier relación dentro del teletrabajo móvil²⁹².

En España, el teletrabajo móvil se ha introducido a través del sector de la distribución, aplicándose en tareas de venta y atención al cliente²⁹³. Los

²⁸⁷ ROMERO BURILLO, Ana M^a, "Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, obra cit., p. 1139; CARRASCO PÉREZ, Remigio; SALINAS LEANDRO, José M^a, *Teletrabajo*, obra cit., p. 21.

²⁸⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; RUIZ FRUTOS, Carlos; GARCÍA ORDAZ, Mercedes, "Teletrabajo: seguridad y salud sin importar la distancia", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 45, 2008, p. 15. Sin embargo, en el sector TIC la modalidad principal es el teletrabajo a domicilio (67,29%), seguido por el teletrabajo móvil (38,32%), en telecentro (19,63%) y un 4,67% otro tipo de teletrabajo, fundamentalmente utilización de la oficina satélite, en ROCA PULIDO, Juan Carlos; MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; RÍOS MARTÍN, Miguel Ángel, "Impacto del teletrabajo en la dirección y comunicación de las organizaciones del sector TIC", *Cuadernos de Estudios Empresariales*, vol. 16, 2006, p. 87. En general, del 14,18% de empresas españolas que realizan teletrabajo, la mitad practica teletrabajo en los lugares donde se encuentren en cada momento los empleados, y el resto lo hace desde casa, siendo las demás modalidades de muy escasa presencia, en MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José, RUIZ FRUTOS, Carlos; GARCÍA ORDAZ, Mercedes, "Teletrabajo: seguridad y salud sin importar la distancia", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, obra cit., p. 14.

²⁸⁹ En este sentido, Accordo 1 aprile 1996 Caridata en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, *Telelavoro e diritto*, obra cit., pp. 293 a 296.

²⁹⁰ GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil, *El teletrabajo*, obra cit., p. 73.

²⁹¹ GRAY, Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil, *El teletrabajo*, obra cit., p. 80; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., pp. 781 y 782. En RIVERO LAMAS, Juan, "El teletrabajo en España", obra cit., p. 99, las finalidades del trabajo itinerante pueden ser muy diversas, como la necesidad de una proximidad con la clientela para realizar operaciones mercantiles; conveniencia de prestar un servicio en la empresa cliente (instalación de equipos, prestación de servicios en centros de trabajo de otras empresas con medios telemáticos...), etc.

²⁹² ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 782. En relación con la problemática delimitación entre una relación extralaboral, especial y el control empresarial *on line*, SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores, "Tipología de teletrabajo y poder de control", obra cit., pp. 88 y 89.

²⁹³ MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; LUNA HUERTAS, Paula; ROCA PULIDO, Juan Carlos, "El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea", obra cit., p. 1222.

trabajos móviles se llevan a cabo en los lugares donde surja la necesidad de teletrabajar. Sin embargo, entendemos que esto no obliga a que sea necesaria una conexión permanente telemática con la empresa, puesto que las instrucciones del empresario pueden enviarse al ordenador mediante una conexión *one way line*, y en todo caso cabe que el empresario las facilite mediante un teléfono móvil²⁹⁴. No obstante, la eficacia de este modelo de teletrabajo empleado cuando en un área geográfica determinada no compense la creación de un centro de trabajo o la actividad externa empresarial se realice suficientemente con uno o varios teletrabajadores, está basada en una comunicación rápida facilitada por el ordenador portátil conectado a las bases de datos del ordenador central de la empresa²⁹⁵. Entendemos que para la aplicación de la normativa jurídico-laboral y de seguridad social es necesario identificar el elemento locativo (teletrabajo realizado a domicilio, en telecentros, o de manera itinerante o móvil), si bien es cierto que, por su trascendencia, también habrá que atender de forma especial a aquellas materias relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo²⁹⁶.

Por otro lado, una materia que podemos plantear en el teletrabajo en oficinas remotas es aquella relacionada con la descentralización y externalización de la producción y el consiguiente incremento del fenómeno de las contratas y de la posible cesión de trabajadores²⁹⁷. La externalización es una técnica de organización de la producción y de la gestión que tiene muchas formas de manifestación (subcontratación en la misma empresa, subcontratación externa, trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, etc.), entre las que cabe incluir el teletrabajo²⁹⁸. La prestación de teletrabajo no sólo se puede desarrollar por medio de trabajadores (subordinados y autónomos) sujetos a un régimen jurídico determinado, sino también por las empresas. En este último caso podemos hablar del teletrabajo como actividad empresarial en el momento en que la actividad del teletrabajo se contrata por una empresa con otra que disponga de los medios materiales y personales necesarios para la realización de la prestación de los servicios contratados, asumiendo la gestión de la propia organización y el riesgo económico²⁹⁹.

Los avances en las telecomunicaciones favorecen que las actividades basadas en la información se puedan realizar desde cualquier lugar y que, por

²⁹⁴ SANTOS FERNÁNDEZ, Dolores, "El poder disciplinario en el teletrabajo", en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2000, p. 978.

²⁹⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", obra cit., p. 43.

²⁹⁶ En parecidos términos, CALVO GALLEGOS, Javier, "Teletrabajo", obra cit., p. 364.

²⁹⁷ Sobre el régimen jurídico de este fenómeno, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTs y cesión de trabajadores", en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (dir.), *La reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 123 a 186. Sobre la incidencia de la descentralización en la regulación de las contratas, CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *RL*, Tomo I, 1992, pp. 114 a 119.

²⁹⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis, "La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo", *AS*, núm. 19, 2007, pp. 55 y 56.

²⁹⁹ SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores, "Tipología del teletrabajo y poder de control", en RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales, Tecnos, Madrid, 1999, p. 91.

lo tanto, puedan ser objeto de contrata o subcontrata desarrollada en régimen de teletrabajo conforme a lo previsto en el art. 42 ET³⁰⁰. De este modo, tiene la consideración de teletrabajo “la actividad desarrollada de forma itinerante, en la mayoría de ocasiones en los locales de la empresa que subcontrata el servicio”³⁰¹. No obstante, teniendo en cuenta el régimen jurídico de las contrataciones contempladas en el art. 42 ET, resulta sumamente importante determinar la modalidad de teletrabajo y el tipo de conexión que se pacte con la empresa principal, porque sólo en los supuestos de teletrabajo interactivo es posible apreciar la presencia «virtual» del trabajador en los locales de la empresa principal del trabajador en el desarrollo de su actividad, y es precisamente ese control de la actividad que el empresario principal puede desarrollar el que justifica la aplicación de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET³⁰².

En concreto, desde un punto de vista jurídico-laboral únicamente serían objeto de tutela aquellos supuestos de contrataciones correspondientes a la propia actividad de la empresa principal a una empresa que tiene a su cargo trabajadores por cuenta ajena en régimen de teletrabajo, y que reúnan el resto de los requisitos contemplados en el art. 42 ET. Éste sería el caso estudiado por la doctrina de una contrata entre una empresa de servicios informáticos y una empresa de «software», en que los trabajadores de esta última desarrollan sus servicios en régimen de teletrabajo respecto de la empresa principal y, eventualmente, también respecto de la contratista³⁰³. El teletrabajo interactivo permite que el control de la actividad pueda ser realizado por la empresa principal, lo que justifica la aplicación de la responsabilidad solidaria en los supuestos previstos en el art. 42 ET³⁰⁴. Como en su día advirtió la doctrina, el hecho de que las contrataciones se ejecuten en los centros de trabajo de la empresa principal es un dato que tiene un valor relativo para decidir sobre la aplicación del art. 42 ET, salvo en las responsabilidades de la normativa de seguridad y salud laboral, dado que las nuevas tecnologías permiten al empresario principal llevar a cabo un seguimiento puntual del desarrollo del trabajo por la subcontratista desde su propia sede³⁰⁵. En estos casos, mientras dure

³⁰⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel, “El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, *RL*, núm. 18, 2000, Tomo-II, p. 329.

³⁰¹ CALVO GALLEGU, Javier, “Teletrabajo”, obra cit., p. 364.

³⁰² SERRANO OLIVARES, Raquel, “El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, p. 330.

³⁰³ SERRANO OLIVARES, Raquel, “El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, obra cit., p. 330. Esta autora señala, como ejemplo, la contrata entre una empresa de servicios informáticos y una empresa de «software», en que los trabajadores de esta última desarrollan sus servicios en régimen de teletrabajo respecto de la empresa principal, y, eventualmente, también respecto de la contratista. Ahora bien, hay que tener en cuenta como señala CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 50, que los trabajos informáticos tienden a escapar del supuesto previsto en el art. 42 ET cuando no cumpla el mencionado requisito de trabajos pertenecientes a “la propia actividad” de la empresa principal.

³⁰⁴ SSTs 16 junio de 2003 (RJ 2003/7092) y 17 de julio 1993 (RJ 1993/5688), “no puede considerarse empresario, aunque formalmente ejerza funciones propias de éste en la gestión de personal, a quien no controla los medios indispensables para la realización de su actividad empresarial”.

³⁰⁵ RIVERO LAMAS, Juan, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, obra cit., p. 49. En CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Descentralización productiva y responsabilidad por contrataciones y subcontratas”, *RL*, Tomo I, 1992, p. 134, la prestación del servicio en el centro de trabajo no constituye condición *sine qua non* de “propia actividad”,

la prestación de servicios los trabajadores aparecen adscritos “virtualmente” al centro o lugar de trabajo de la empresa principal³⁰⁶.

Así mismo, de acuerdo con el art. 42.3 ET se establecen una serie de previsiones legales de información, como por ejemplo a los trabajadores que realicen la prestación de servicios para una empresa de *contact center*, contratistas o subcontratistas, desde sus domicilios u otros lugares y que no tengan obligación de acudir a ningún centro de trabajo en el sentido tradicional del término. Antes del inicio de la prestación de servicios, estos trabajadores deben ser informados por escrito de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Del mismo modo, la empresa de *contact center*, contratista o subcontratista, debe informar a los representantes legales de sus trabajadores de la identidad de las empresas principales para las que se van a prestar servicios, así como el objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de la misma, número de trabajadores ocupados por la empresa de *contact center* en centros de trabajo de la empresa principal, y medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales³⁰⁷.

Esta actividad de telemarketing (*contact center*) se encuentra generalmente incluida entre las actividades realizadas por entidades especializadas que prestan sus servicios en la mayoría de los casos en régimen de subcontratación (telefonía, informática, etc.) con escasos medios físicos y que, en determinadas circunstancias, pueden estar relacionadas con la cesión ilegal de trabajadores³⁰⁸. Como se ha señalado, la causa del aumento de la cesión ilegal de trabajadores se encuentra en las empresas dedicadas a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, cuando en los procesos de subcontratación de servicio “el peso dominante de la contratación se encuentra en la propia prestación laboral del personal que la

como tampoco la realización del trabajo en los establecimientos de la principal conduce a la conclusión de presencia de “propia actividad”.

³⁰⁶ SERRANO OLIVARES, Raquel, “El elemento locativo en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras y servicios”, obra cit., pp. 66 y 67.

³⁰⁷ Art. 14 del CC estatal del sector de Contact Center (BOE 20 de febrero 2008, núm. 44). En el art. 2 se contempla que están encuadradas en la prestación de servicios de Contact Center todas aquellas actividades que tengan como objeto contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de una serie de servicios a terceros (contactos en entornos multimedia, soporte técnico, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos, información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización de entrevistas, recepción y clasificación de llamadas, etc., y cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos citados). En SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Descentralización productiva: contrata o subcontrata, ETTs y cesión de trabajadores”, obra cit., p. 156, la identidad del empresario principal ha de hacerse saber no ya a los representantes, sino directamente a los propios trabajadores. Sobre la función, deberes y contenidos de la información en materia de contratación y subcontratación, MONEREO PÉREZ, José Luis, “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, obra cit., pp. 67 a 84.

³⁰⁸ Un supuesto de cesión de trabajadores, STS de 16 de junio 2003 (RJ 2003/7092). Vid. comentario a la misma en SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Cesión de trabajadores para comercio electrónico «Telemarketing»”, *RJA*, núm. 7, 2003, p. 341 a 349. Entre otros, un estudio de la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, MTASS, Madrid, 1992; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995. Así, por ejemplo, no hay cesión si la empresa de telemarketing factura por operación, asumiendo el riesgo la empresa contratista y se acredita que la actividad de los trabajadores la organiza la empresa auxiliar, STSJ Comunidad Valenciana 29 de septiembre 2004 (AS 2004, 3540).

desempeña”³⁰⁹. Es fácil imaginar que el riesgo de cesión ilegal de trabajadores mediante la ilícita interposición de una empresa cobra una mayor intensidad en los supuestos de teletrabajo³¹⁰, por lo que debemos estar atentos a las posibles cesiones ilegales de trabajadores cuando el contrato de servicios no reúna las condiciones mínimas de un contrato de arrendamiento de obras o servicios (art. 43 ET), teniendo en cuenta que no se exige que la actividad contratada corresponda a la propia actividad de la cesionaria, ni que el lugar de la prestación de trabajo de los trabajadores cedidos sea un centro propio de la cesionaria³¹¹.

La cesión ilegal de trabajadores se produce cuando se dan algunas de las circunstancias siguientes: “que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente o la cesionaria, que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia o estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresarios” (art. 43 ET)³¹². Debemos partir de la idea de que el legislador estableció una serie de indicios que fueron aportados por la jurisprudencia para diferenciar los supuestos de cesión ilegal de trabajadores de otros negocios lícitos como la contrata o subcontrata de obras o servicios³¹³. Por ejemplo, pensemos en un supuesto de cesión ilegal de contrata de asistencia técnica en servicios de informática, en la que los trabajadores del contratista siguen las órdenes e instrucciones del personal de la empresa principal, desarrollando su trabajo sin diferenciación respecto de los trabajadores de ésta y programando en común sus vacaciones. En estos casos diremos que existe cesión porque “no hay autonomía técnica de la contrata que se despliega dentro del proceso productivo normal de la empresa principal, utilizando sus instrumentos de producción, bajo la dirección de los mandos de dicha empresa y sin aportar suficiente infraestructura”, y por lo tanto se evidencia que estamos ante un mero suministro de mano de obra³¹⁴.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la empresa principal debe tener de hecho un margen de dirección permitido con los trabajadores de las subcontratas, dado que tendrá que supervisar, vigilar o dirigir técnicamente el

³⁰⁹ MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *RL*, núm. 23-24, 2006, p. 45 y 56.

³¹⁰ SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores, “Tipología del teletrabajo y poder de control”, obra cit., p. 92.

³¹¹ En este sentido, MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio, “La reforma del art. 43 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: su insuficiencia para la actuación efectiva de la Inspección del Trabajo y Seguridad Social en materia de cesión de trabajadores”, *TS*, núm. 204, 2007, p. 27.

³¹² La STS de 17 enero 2002 (RJ 2002/3755) declara que la finalidad del art. 43 ET “es que la relación laboral coincida con la formal y quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden”, de este modo se evitan tanto las consecuencias negativas de la interposición como la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías cuando aparecen empresarios ficticios insolventes. Sobre la delimitación de la cesión ilegal, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTs y cesión de trabajadores”, obra cit., pp. 170 a 176.

³¹³ En RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José, “La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales”, *RGDTSS*, núm. 15, 2007, p. 13, (www.iustel.com), son criterios complementarios que suelen actuar como indicios para averiguar si nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores.

³¹⁴ STSJ Madrid de 26 mayo 2003 (AS 2003/3424).

trabajo encomendado a la contratista, cuestión que debe ser objeto de tratamiento restrictivo y limitado³¹⁵. En realidad, puede ser que esa dirección del empresario principal se justifique por las especiales funciones que exige el trabajo estipulado, o bien porque se encuentre con contrataciones con ciertas particularidades como las de limpieza y seguridad³¹⁶. A pesar de esto, entendemos junto con la doctrina que el principal criterio para delimitar la cesión de mano de obra de la contrata o subcontrata de obras o servicios entre los diversos elementos señalados en el art. 43.2 ET, y diferenciar el negocio lícito del ilícito, es precisamente el del ejercicio del poder de dirección y de las facultades empresariales por el empresario contratista. Por lo tanto, nos encontraremos ante una cesión ilegal cuando el poder de dirección sea ejercido por el empresario principal, bajo cuyo ámbito de organización y dirección presten los trabajadores sus servicios³¹⁷.

El trabajo realizado en oficinas satélites o centros remotos es una modalidad más de teletrabajo, siempre y cuando la prestación de servicios la realice el trabajador fuera de las instalaciones de la empresa. Esta misma idea es la que debe prevalecer en los supuestos de subcontratación de actividades a distancia por teletrabajadores que trabajan para las empresas que tienen la condición de contratista en los términos que hemos visto más arriba³¹⁸. Sin embargo, por regla general, en los procesos de externalización y globalización del trabajo y de las actividades relacionadas con las tecnologías de la información y las comunicaciones, el denominado *outsourcing telemático*³¹⁹ ocasiona consecuencias y riesgos para el trabajador que no tienen respuesta en el ámbito del Derecho del Trabajo, ya que los trabajos informáticos tienden a escapar del supuesto previsto en el art. 42 ET al no cumplir el requisito exigido de trabajos pertenecientes a la "propia actividad"³²⁰.

Como la doctrina ha afirmado, el fenómeno de externalización y descentralización productiva llevado a cabo por las empresas en el supuesto de las contrataciones, responde generalmente a motivaciones diversas, según se trate de un supuesto de teletrabajo propiamente dicho o de *outsourcing* informático. La empresa atenderá a razones de tipo organizativo o de gestión cuando proceda a externalizar un puesto de trabajo concreto, contratando a un teletrabajador para que opere individualmente en régimen de subordinación desde su domicilio o

³¹⁵ MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, "Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores", obra cit., pp. 59 a 61; SERRANO OLIVARES, Raquel, "El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios", obra cit., p. 331.

³¹⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José, "La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales", obra cit., p. 27.

³¹⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José, "La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales", obra cit., p. 26.

³¹⁸ En contra THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 32, respecto a las empresas de teleservicios que se pueden estructurar como una empresa tradicional, porque aunque ofrecen un servicio a distancia, no por ello teletrabajan las personas que realicen la prestación en su interior. Igualmente, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, MTAS, Madrid, 2003, p. 13.

³¹⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y Globalización*, obra cit., p. 44, identifica el *outsourcing informático* con las formas de subcontratación a distancia frente a modalidades de teletrabajo basadas en la contratación de una plantilla propia.

³²⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales", obra cit., p. 50.

desde otro lugar distante de la sede de la empresa³²¹. En este caso, la flexibilidad operada no trasciende del ámbito laboral, puesto que a estos trabajadores vinculados con la empresa en un régimen de subordinación les son de aplicación la misma legislación y el mismo convenio colectivo que rigen para los trabajadores “internos”³²². En cambio, en el supuesto de *outsourcing* informático las razones que impulsan a las empresas a su contratación responden a una serie de estrategias empresariales. El *outsourcing* informático es un fenómeno de externalización de la actividad productiva que, mediante el recurso a las contratatas, permite a las empresas reducir las cargas sociales o los costes del trabajo. Recurrir al fenómeno de las contratatas permite a la empresa principal obtener los servicios del personal propio de las empresas contratistas, y cuando se recurre al *outsourcing* informático en vez de a la contratación de trabajadores asalariados, la consecuencia más directa es que a este tipo de personal no se les aplican las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de la empresa principal, aún cuando la prestación de servicios se realiza a favor de la empresa principal³²³.

En la actualidad nos movemos en una economía en la que aparecen fenómenos triangulares hasta la fecha desconocidos³²⁴. En el ámbito productivo moderno la externalización de funciones en la organización del sistema productivo por parte de las empresas “no sólo es lícita, sino que no es ni siquiera extraña”, por lo que cabe incluirla en el reconocimiento constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE)³²⁵. En este sentido, se ha llegado a proponer que “más que de contrata y de cesión habría que hablar de cesiones directas e indirectas, siendo éstas últimas, las contratatas, legítimas en principio”³²⁶. En este fenómeno de descentralización productiva debemos tener en cuenta la proliferación de las denominadas «empresas de servicios» o «multiservicios», que son aquéllas cuyo objeto social es la prestación de una amplia gama de servicios, aunque muchas de ellas carecen “de un soporte material y organizativo significativo”³²⁷. Pues bien, sólo en ciertos supuestos de servicios se limitan estas empresas a realizar exclusivamente una cesión o puesta a disposición de trabajadores, porque en todos los demás casos,

³²¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y Globalización*, obra cit., pp. 23 y 24.

³²² En SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y Globalización*, obra cit., p. 24.

³²³ En este mismo sentido, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y Globalización*, obra cit., pp. 24 y 25.

³²⁴ En este sentido, PÉREZ GUERRERO, M^a Luisa; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *RMTAS*, núm. 58, 2005, p. 209, señalando a la externalización de funciones o servicios hacia empresas con escaso o nulo bagaje de medios físicos; las contratatas de sólo o principalmente mano de obra mediante la lógica del outsourcing; el suministro permanente de trabajadores; la aparición de empresas multiservicios que hacen difícil reconocer el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita, p. 210.

³²⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, *TS*, núm. 198, 2007, pp. 38 y 39.

³²⁶ PÉREZ GUERRERO, M^a Luisa; RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, obra cit., p. 215.

³²⁷ PÉREZ GUERRERO, M^a Luisa; RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, obra cit., p. 212. En RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, obra cit., p. 250, «existen numerosas organizaciones virtuales, creadas tan solo en el ámbito telemático, que son empresas con diferentes componentes de muchos países y nula infraestructura física; ello les permite no estar dadas de alta en los registros de empresas de ningún país, actuando como auténticas “empresas sin papeles”».

cuando las empresas de servicios operan como verdaderas contratistas “sólo se estarían beneficiando de las insuficiencias del artículo 42 ET”³²⁸.

No obstante, la doctrina laboral no desiste de buscar propuestas para responder a estos fenómenos que aparecen al margen de la protección del Derecho Laboral, y que van desde la formulación de una teoría general sobre la tutela de los trabajadores afectados por procesos de descentralización productiva que estén sometidos a supuestos de pluralidad empresarial³²⁹, hasta la necesidad de llevar a cabo la previsión de un régimen especial para las empresas de servicios, a “caballo entre el de la cesión y el tradicional de la subcontratación”³³⁰. En el primer caso se plantea la posibilidad de extender la responsabilidad para que el trabajador afectado por un proceso de descentralización productiva al margen de la normativa laboral pueda dirigirse no sólo contra su propio empresario (la empresa auxiliar), sino también contra la empresa principal³³¹. En estos casos, se mantiene que la naturaleza de la responsabilidad a la que se debe atender es la solidaria, dado que es la tendencia generalizada en el ámbito laboral en los supuestos de pluralidad de deudores pero, eso sí, de contenido estrictamente salarial, salvo la posibilidad de ampliación en aquellos supuestos de situaciones fraudulentas³³².

Este fenómeno preocupa a las instancias europeas, ya que no faltan pronunciamientos dirigidos a la Comisión y a los Estados miembros para que establezcan con claridad cuestiones como quién es el responsable del cumplimiento del Derecho laboral y del pago de los salarios, cotizaciones a la seguridad social e impuestos asociados en una cadena de subcontratistas, y para que regulen las responsabilidades de las empresas principales en los supuestos de subcontratación y externalización de los trabajadores³³³. En este sentido, abogamos por la necesidad de una regulación comunitaria donde se establezca con claridad quién es el responsable en una cadena de subcontratistas del cumplimiento del Derecho

³²⁸ PÉREZ GUERRERO, M^a Luisa; RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, obra cit., p. 214.

³²⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, obra cit., pp. 43 a 48.

³³⁰ PÉREZ GUERRERO, M^a Luisa; RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, obra cit., p. 219, para ello esa legislación específica podría ordenar una lista de servicios para que las empresas que se dedicaran a prestarlos fueran las que se constituirían legalmente como empresas de servicios técnicamente hablando, con una autorización administrativa especial y un régimen jurídico *ad hoc*.

³³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, obra cit., p. 44. Este autor fundamenta suficientemente la aplicación de la doctrina civil de que “el tercero puede siempre servirse del negocio ajeno frente a las personas que lo realizaron”, pp. 46 a 47. Vid las recientes SSTC 75 y 76 de 19 de octubre de 2010, relativas a violación de derechos fundamentales del trabajador en las subcontratas.

³³² GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, obra cit., p. 48.

³³³ En Resolución del Parlamento europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio 2007, doc. núm. P6—TA(2007)0339, se destaca la necesidad de que “se regule la responsabilidad conjunta y por separado para las empresas generales o principales a fin de abordar los abusos en la subcontratación y la exteriorización o externalización de los trabajadores y establecer un mercado transparente y competitivo para todas las empresas sobre una base de igualdad de condiciones en lo que al respeto de las normas y condiciones laborales se refiere”, en MONEREO PÉREZ, José Luis; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “Para una crítica del modelo de «flexiseguridad liberal»: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (Primera parte)”, TS, núm. 206, 2008, p. 35.

laboral y del pago de los salarios, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social. Esta normativa sería trasladable a estos supuestos de teletrabajo, en que la naturaleza del mismo no responde al fenómeno de cambio de la organización del trabajo, sino a los intereses estratégicos de las empresas en un intento de evadir responsabilidades y las exigencias tuitivas del Derecho del Trabajo.

Por último, observamos que en la descentralización productiva y en la subcontratación del trabajo, tanto en el caso del teletrabajo como en el de *outsourcing* informático, las posibles diferencias que puedan existir en el ámbito nacional, y a las que anteriormente hemos hecho referencia, se reducen e incluso pueden desaparecer³³⁴ en ese otro ámbito denominado por la doctrina transregional, transnacional y transcontinental³³⁵. En este ámbito las empresas que buscan la reducción de los costes del trabajo tienen en la informática y la telemática su mejor arma para responder a las estrategias empresariales deslocalizadoras en un territorio distinto al estado o país en que opera la empresa principal.

El desplazamiento a otro territorio nacional permite a la empresa principal obtener los mismos efectos, tanto si contrata a teletrabajadores como si recurre al fenómeno de las contratas, y es que la deslocalización supera el ámbito "natural" de aplicación de la normativa laboral del lugar donde la empresa tiene su sede. En el ámbito comunitario, la ausencia de garantías equivalentes a las existentes a nivel nacional (art. 42 y 43 ET) para las contratas transnacionales conlleva una desprotección de los trabajadores, y la insuficiencia de los mecanismos legales existentes para responder a los nuevos retos de gestión empresarial³³⁶. Por lo tanto, nos encontramos con una problemática que trataremos a continuación, porque en estos casos de teletrabajo internacional el empresario puede disfrutar, desde el territorio de un Estado, de una prestación de servicios situada en otro y sometida a la legislación de ese otro³³⁷.

1.3.2.3. *Teletrabajo transnacional*

La introducción de la informática y de las telecomunicaciones en el mercado de trabajo ha impulsado la implantación -entre países geográficamente dispersos- del teletrabajo *offshore* o internacional³³⁸, desarrollado en uno o varios países distintos de aquél donde se ubica la empresa madre de teletrabajo. Esta modalidad de teletrabajo suele contar con características tales como una infraestructura

³³⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y Globalización*, obra cit., p. 26.

³³⁵ LO FARO, Antonio, "Politiche comunitarie e diritto internazionale", en GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Polo *Telelavoro e diritto*, obra cit., p. 213.

³³⁶ En LLOBERA VILA, Mireya, "La liberalización de los servicios en el mercado interior: «Directiva Bolkestein», subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores", *RDS*, núm. 36, 2006, pp. 89 y 90.

³³⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y Globalización*, obra cit., pp. 26 y 27.

³³⁸ El teletrabajo *offshore* "hace referencia a la actividad que ha sido transferida a entornos de trabajo con menor coste o de menor regulación, y que se encuentran geográficamente, muy distantes. En cambio, el teletrabajo transfronterizo "se aplica en situaciones donde la parte emisora y la parte receptora están ubicadas en países que tienen una frontera común", en DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional de teletrabajo: nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, obra cit., p. 30.

tecnológica avanzada; mano de obra joven, preparada y de bajo coste en los países de acogida; nivel de vida alto en el país de la empresa de origen; y la existencia de una diferencia horaria entre los países que permita el desarrollo del trabajo las veinticuatro horas del día³³⁹. Así, son conocidas las empresas estadounidenses que reciben la prestación de trabajo tanto de tareas administrativas como de tratamiento de textos mediante los enlaces electrónicos, de trabajadores de países como Barbados, Corea del Sur, China, Irlanda, Jamaica, México y Singapur, o las empresas australianas que subcontratan el proceso de datos con personas en Filipinas y Singapur³⁴⁰.

Resulta llamativo que las nuevas tecnologías, y en concreto el teletrabajo, permitan que surja una nueva división del trabajo a nivel internacional y se origine “una división muy especializada del trabajo a nivel global”. En países como India, Rusia, Rumania, Indonesia, Brasil o Costa Rica, que cuentan con buen número de técnicos en informática y unos salarios relativamente bajos, la actividad de teletrabajo que suelen desempeñar está relacionada con el desarrollo del *software*. En Irlanda, Reino Unido, Sudáfrica, Australia, Nueva Zelanda o Tasmania se suele llevar a cabo la actividad de centros de llamada, dado que los salarios no son elevados y cuentan con una infraestructura de comunicaciones, husos horarios adecuados y el dominio de ciertos idiomas por parte de la población como el inglés o, en el caso de Marruecos o Grecia, del francés. En otros, como los mencionados Filipinas, Barbados, Jamaica, Corea, China, México, además de República Dominicana, Trinidad y Tobago, Granada, ST. Kitts y Nevis, Santa Lucía, Mauricio o Madagascar, la actividad está relacionada con las tareas más elementales de introducción y procesamiento de datos, realizadas por un personal menos cualificado, pero disciplinado y con retribuciones bastantes inferiores³⁴¹.

La prestación de teletrabajo *offshore* se desarrolla en un estado distinto del de la empresa y se realiza fundamentalmente en países como los enumerados anteriormente, donde se plantean una serie de problemas en relación a la normativa nacional aplicable³⁴². La prestación laboral se internacionaliza y hace que aparezcan uno o varios elementos de extranjería (como la obligación ejecutada en el extranjero, residencia de las partes en distintos Estados, distintas nacionalidades, celebración del contrato en el extranjero)³⁴³. Igualmente, a nivel europeo e internacional son objeto de debate en el seno de las organizaciones

³³⁹ En iguales términos, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 44. Incluso es posible que el teletrabajador desplace su lugar de residencia y de prestación del trabajo a terceros países temporalmente, en MATEO, José Manuel, “Presente y futuro del teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación”, obra cit., p. 36.

³⁴⁰ DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida”, obra cit., pp. 477 y 478.

³⁴¹ En este sentido, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 34 y 35. Sin embargo, en PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, obra cit., p. 108, el trabajo remoto puede frenar la presión migratoria en los países más desarrollados, reportar beneficios en orden a la mejora de los métodos tecnológicos, de producción y de trabajo, y de calificación y formación profesional de los trabajadores.

³⁴² GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 191.

³⁴³ HIERRO HIERRO, Francisco Javier, “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”, obra cit., p. 6.

mundiales los problemas relacionados con la economía sumergida y el «dumping social»³⁴⁴, entendido como “una competencia a la baja en cuanto a las condiciones de trabajo entre los distintos Estados cuyas economías se integran, para mejorar las condiciones de competitividad de sus empresas nacionales; así como una deslocalización de las organizaciones productivas, que se trasladarían a los sistemas nacionales cuyo coste laboral resulta inferior”³⁴⁵.

El teletrabajo *offshore* o internacional permite a las empresas el ahorro de costes de producción, recolocando algunas de sus actividades en un centro de teletrabajo en países donde los gastos son inferiores en relación con los ocasionados en el puesto de trabajo presencial situado en el país de origen³⁴⁶. Con todo, el ahorro de los costes laborales no sólo se produce por la existencia de sueldos más bajos, sino también por la presencia de una normativa laboral y de seguridad social menos exigente en los países donde se teletrabaja³⁴⁷. En estos países, el teletrabajo es considerado como una vía que permite nuevas oportunidades de ocupación, de sueldos y condiciones que, aunque sean inferiores al país de la empresa contratante, son iguales o mejores a los que se ofrecen en el país donde se trabaja³⁴⁸. De este modo, se abre un abanico de posibilidades tanto para los trabajadores locales como para aquellos trabajadores que se instalen en esos países procedentes de zonas más ricas y que, por lo tanto, pueden tener un nivel de vida superior al de su país de origen, ayudando con los gastos en servicios y bienes a las economías locales. Por lo tanto, el teletrabajo permite la deslocalización y la desaparición de las fronteras físicas, tanto para las empresas como para los trabajadores. Esto significa que las empresas pueden incorporar plantillas “plurinacionales” de teletrabajadores que residen y trabajan en lugares distintos a la ubicación de dichas empresas, lo que plantea problemas relacionados con las condiciones de trabajo y las medidas de protección social que deben aplicarse a estos trabajadores³⁴⁹.

³⁴⁴ BLANPAIN, Roger, *The legal and Contractual Situation of Teleworkers in the European Union. The law Aspects Including Self-employed*, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, WP/97/28 EN. Sobre la globalización y <<máquilas informáticas>>, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., pp. 267 a 271; SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, RL, núm. 23, 2001, p.107.

³⁴⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, RL, Tomo II, 1996, p. 1337.

³⁴⁶ GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 191.

³⁴⁷ Incluso se puede dar el caso de no cotizar a la Seguridad Social ni pagar impuestos, en THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 267. En materia de Seguridad Social, “el tratamiento del trabajo transfronterizo es inexistente, (...) de manera que la contratación de trabajadores más allá de las fronteras de la Comunidad no está sujeta a ningún tipo de condicionante normativo (...)”, en ROMERO BURILLO, Ana M^a, “Consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, obra cit., p. 1149; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 30.

³⁴⁸ RIVERO LAMAS, Juan, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AAVV, *Descentralización productiva y nueva formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, Madrid, MTAS, 2000, p. 76.

³⁴⁹ ROMERO BURILLO, Ana María, “Consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, obra cit., pp. 1144 a 1149. En cuanto a las medidas de protección social señala que, independientemente del Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, el tratamiento del teletrabajo transfronterizo es inexistente.

En este aspecto, el teletrabajo entra a formar parte del debate político sobre la globalización y la forma en que se deben conciliar los intereses nacionales e internacionales con una distribución más justa de la riqueza en el mundo³⁵⁰. No obstante, son muchos los países en desarrollo que, en su mayoría, suscriben plenamente los derechos humanos en cuestión y la necesidad de su aplicación en su territorio, aunque rechazando cualquier propuesta que vincule directamente las cuestiones comerciales con los derechos humanos³⁵¹.

En Europa, la preocupación por las consecuencias negativas del teletrabajo transnacional se pone en evidencia tras finalizar una primera etapa de euforia, aunque resaltando las ventajas y beneficios del teletrabajo en el empleo³⁵². En la segunda mitad de la década de los noventa destaca la preocupación de los trabajadores y sindicatos por el impulso negativo que las nuevas tecnologías podrían tener en las relaciones laborales (mayor inseguridad laboral y peores condiciones de trabajo), incluyendo a los trabajadores muy cualificados, al permitir las tecnologías de la información y las comunicaciones la deslocalización de tareas hacia otras partes del mundo³⁵³.

En el seno de la Comisión Europea se alude a las implicaciones sociales del trabajo transfronterizo y a la “cuestión del teletrabajo transnacional”, fruto de la dimensión transnacional de las tecnologías de la información y de las comunicaciones para la elaboración de una futura disciplina comunitaria³⁵⁴. La actuación de la Comisión se reconduce al estudio y reflexión de esta dimensión sobre los efectos negativos del empleo y de las condiciones de trabajo, pero desde la perspectiva del *eWork*, término que amplía la concepción del teletrabajo hacia las diversas formas de prestación de trabajo a distancia mediante las nuevas tecnologías³⁵⁵ (tanto teletrabajo individual como toda actividad realizada fuera del establecimiento de una sociedad, coordinada con ésta mediante la utilización de las NTIC para su recepción y entrega, independientemente de que sea realizada por trabajadores de la misma o por personal subcontratado)³⁵⁶.

En cualquier caso, en nuestro estudio vamos a analizar las que consideramos las cuestiones jurídicas centrales relacionadas con esta modalidad de teletrabajo,

³⁵⁰ En este mismo sentido, PEQUERA POCH, Miguel, *Derecho y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 224.

³⁵¹ OIT. Comisión Mundial sobre Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, Ginebra, 2004, p. 104.

³⁵² LO FARO, Antonio, “Politiche comunitarie e diritto internazionale”, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Polo, *Televlavoro e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 216 a 227; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y Globalización*, obra cit., pp. 37 a 49.

³⁵³ Comunicación de la Comisión sobre “La dimensión social y del mercado de trabajo en la sociedad de la información. Prioridad para las personas. Las próximas etapas”, COM (97) 390, de 17 de julio de 1997.

³⁵⁴ Libro Verde sobre «Cooperación para una nueva organización del trabajo», COM (97) 128, de 16 de abril de 1997.

³⁵⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., pp. 41 y 42. Sobre el teletrabajo en la Unión Europea, vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídica laboral*, obra cit., pp. 113 a 115; Comisión europea, *eWork 2001. Informe de Situación de los Nuevos Métodos de Trabajo en la Economía del Conocimiento*, Bélgica, 2002.

³⁵⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 13, 2005, p. 110.

cada vez más extendida gracias a las NTIC, como son la competencia judicial internacional y la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo³⁵⁷ en relación con el trabajo realizado a distancia y en otros países mediante los medios informáticos y/o telemáticos en régimen de teletrabajo³⁵⁸.

Debemos valorar en qué medida las soluciones aportadas por la normativa internacional privada son útiles en el teletrabajo transnacional, “máxime si se tiene en cuenta que se trata de soluciones puramente estatales o, a lo sumo, de ámbito regional”³⁵⁹. A la hora de solucionar los problemas de la *movilidad internacional de la mano de obra*, las clásicas limitaciones de las reglas del Derecho internacional privado dejan al trabajador realmente desprotegido. Por un lado, otorgan un papel prioritario a la autonomía de la voluntad en la determinación de la legislación aplicable en los conflictos, lo que no favorece las condiciones de trabajo del trabajador, que en la mayoría de los casos le vendrán impuestas por el empleador. Por otro lado, provocan una gran incertidumbre debido a la disparidad de reglas que, en caso de conflicto, se aplican en los distintos Estados³⁶⁰.

En el estudio de esta problemática vamos a partir del ejemplo de una empresa establecida en España que contrate a un teletrabajador localizado en otro país para que preste servicios en régimen de teletrabajo³⁶¹. Para ello, con carácter previo atenderemos a los criterios de atribución de competencia judicial internacional aplicables en materia de trabajo a los Tribunales internos de un determinado Estado y, posteriormente, identificaremos las reglas de conflictos

³⁵⁷ Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (en adelante Reglamento CE Roma I), que contempla como regla general la libertad de elección de la ley aplicable (*lex locis laboris*).

³⁵⁸ Igualmente, entre otros, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., pp. 113 a 125. En lo que respecta a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo -con presencia de elemento de extranjería- habrá que atender a lo contemplado en el Derecho comunitario, es decir, al Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil que sustituye al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, en la versión recibida en el Convenio de adhesión de España y Portugal en San Sebastián, el 26 de mayo de 1989 (DOCE C 189, de 28 de julio de 1990 y BOE de 28 de enero de 1991, corr. err. BOE de 30 de abril de 1991). El Convenio de Bruselas se aplica únicamente a Dinamarca al permanecer al margen el Reglamento (art. 1.3). Así mismo, es necesario atender al Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, en las relaciones entre los países miembros de la Unión Europea y Noruega, Islandia y Suiza. El Reglamento 44/2001/CE que entró en vigor el 1 de marzo de 2002 se aplica cuando los demandados están domiciliados en un Estado miembro contratante, con independencia de que el demandante lo esté o no. En el caso de que no estén domiciliados en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá en cada Estado por su normativa interna de carácter internacional, que en nuestro ordenamiento sería lo contemplado en el art. 25 LOPJ. El art. 25 LOPJ contempla que los tribunales españoles serán competentes en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo cuando los servicios se hayan prestado en España, o el contrato se haya celebrado en España; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios, o de celebración del contrato (...).

³⁵⁹ SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, obra cit., p. 108.

³⁶⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, obra cit., p. 1343.

³⁶¹ Igualmente SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, obra cit., p. 114; MORENO MÁRQUEZ, Ana, “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, *RCE*, núm. 58, 2005, p. 4; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*”, obra cit., p. 115.

para la determinación del derecho aplicable al supuesto concreto (*lex fori*)³⁶². Esto es importante, ya que el hecho de que sea competente un tribunal u otro va a tener una especial incidencia en la aplicación de las normas al teletrabajador transnacional, puesto que “no todos los tribunales van a aplicar las mismas normas relativas en las situaciones de conflicto de leyes”³⁶³.

Los criterios adoptados por las normas nacionales y tratados internacionales tienden a conceder al trabajador dos opciones: la de demandar al empresario en el domicilio de éste atribuyendo, como regla general, la competencia a los tribunales del domicilio del demandado³⁶⁴; o bien ante los tribunales del lugar en el que presta sus servicios³⁶⁵. En este último caso el teletrabajador podrá demandar al empresario ante los tribunales del lugar en que desempeñare habitualmente su trabajo, o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado, o si no desempeñara o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al teletrabajador³⁶⁶, tratándose en este último supuesto de un trabajo móvil o itinerante³⁶⁷. Así mismo, si el teletrabajador de la empresa comunitaria decide presentar la demanda ante los tribunales de un Estado no comunitario porque es donde realiza la prestación de servicios, la normativa aplicable responderá a los criterios de selección del Derecho previstos por el ordenamiento interno del país, puesto que es ésta, la *Lex fori*, y no la comunitaria, la que se aplica al contrato³⁶⁸. En cambio, si la parte que quiere iniciar

³⁶² SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al ciberempleo transnacional: algunas propuestas sobre cómo afrontar el riesgo de “dumping social”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV-2004, CGPJ, Madrid, 2005, p. 226; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 65.

³⁶³ MORENO MÁRQUEZ, Ana, “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, obra cit., p. 12, añadiendo “si el teletrabajador acude al tribunal en el que se encuentra domiciliada la empresa, es decir, si opta por recurrir a los tribunales españoles puede suceder que las normas que estos apliquen en cuanto al conflicto de leyes no sean las mismas que las que aplicarían los tribunales del Estado en el que el teletrabajador presta servicios (con independencia de que su trabajo se aproveche en el Estado español), y que por tanto, la solución desde el punto de vista sustantivo varíe”.

³⁶⁴ En este sentido, hay que tener en cuenta la novedad incorporada en el art. 18.2 Reglamento 44/2001/CE, por medio del cual “cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviese su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en el Estado miembro”. En el ámbito internacional, cabría incluir las demandas masivas o *class actions* en reclamación de indemnizaciones por responsabilidad contractual y extracontractual, interpuestas ante los Tribunales del país de origen de la empresa demandada en representación de un grupo numeroso de afectados por el comportamiento de esa empresa en otro país del mundo, en concreto, sobre las demandas extraterritoriales contra empresas norteamericanas *in extenso* OJEDA AVILÉS, Antonio, COMPA, Lance, “Globalización, *Class Actions* y Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 15-16, 2002, pp. 17 a 47.

³⁶⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 65. Estas normativas son los citados Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial; Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1998; y Reglamento 44/2001/CE.

³⁶⁶ Art. 19 Reglamento 44/2001/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2000. Igualmente el art. 5.1 del Convenio de Bruselas, 27 de septiembre de 1968. En cambio, menor protección ofrece el Convenio de Lugano, 16 de septiembre de 1998, en cuanto establece que “las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante podrán ser demandados ante los tribunales del lugar en que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, ese lugar será aquél en que estuviere situado el centro de actividades a través del cual hubiere sido contratado” (art. 5.1).

³⁶⁷ SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, obra cit., p. 121.

³⁶⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 68. E igualmente, si el demandado no está domiciliado en el territorio de un Estado contratante, aunque el trabajo se efectúe en el territorio de alguno o algunos de los Estados contratantes, los Convenios remiten a las normas de Derecho autónomo del juez que conozca del asunto, vid. art.

un procedimiento judicial es el empresario sólo podrá demandar al teletrabajador ante el tribunal del Estado miembro en el que éste tenga su domicilio³⁶⁹.

Debemos tener en cuenta que en la modalidad de teletrabajo interactivo podemos plantear cuál es el lugar de la prestación habitual de los servicios: donde se realiza y verifica el cumplimiento de la prestación o donde el empresario tiene la sede de la empresa, porque es en ella donde se manifiesta la actividad desempeñada y porque va a permitir al empresario recibir el trabajo en tiempo real con independencia del lugar en el que el teletrabajador se encuentre ubicado (*vero locus laboris*)³⁷⁰. Al respecto, se ha afirmado que sólo el teletrabajo en la modalidad interactiva posibilita el contacto personal en la distancia entre los sujetos del contrato de trabajo, “pudiendo operar en la red informática y de telecomunicación a través de un diálogo interactivo en tiempo real, del mismo modo como si la prestación laboral se ejecutara físicamente en el mismo centro de trabajo, entonces cabe plantear la posibilidad de que el verdadero lugar de trabajo sea el del lugar donde se encuentre el ordenador central” (presencia virtual). En estos casos, la existencia de interactividad en tiempo real del trabajo prestado neutraliza el distanciamiento geográfico del teletrabajador, y permite sostener que el Derecho aplicable al contrato de trabajo será el nacional del propio Estado en que se encuentre ubicada la empresa empleadora³⁷¹. En este sentido, se entiende que la prestación no se desarrolla en el lugar donde permanece el teletrabajador, sino en el lugar en que ésta se manifiesta y es aprovechada³⁷².

Por nuestra parte no compartimos esta tesis, ya que a efectos de la competencia judicial internacional hay que atender a la ubicación física del teletrabajador, y por lo tanto al lugar donde realmente presta los servicios, prevaleciendo el dato de la separación física de las partes del contrato de trabajo³⁷³. Así, se mantendrían las dos opciones con las que cuenta el teletrabajador para poder demandar al empleador, puesto que si mantenemos la tesis anterior los teletrabajadores estarían obligados a demandar al empresario únicamente en el

25 LOPJ, en CARO GÁNDARA, Rocío, “Competencia judicial y ley aplicable en materia de ciberempleo”, obra cit., p. 3.

³⁶⁹ En base al art. 19 Reglamento 44/2001/CE, en MORENO MÁRQUEZ, Ana, “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, obra cit., p. 11.

³⁷⁰ Reflexiones realizadas por SELLAS I BENVINGUT, Ramón, “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, obra cit., pp. 1133 y 1134. En CARO GÁNDARA, Rocío “Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de ciberempleo”, *AJA*, núm. 355, 3 de septiembre de 1998, p. 3 “es una medida más protectora atender, como criterio de competencia, al verdadero lugar de trabajo –vero locus laboris-. De hecho, tanto si el ciberempleo tiene lugar en el propio domicilio, como si se hace en un «telecentro», el locus laboris resulta identificable. Y, si bien es cierto que el teletrabajo móvil o itinerante sí puede plantear problemas de localización geográfica en un Estado concreto (...). En consecuencia, el espacio cibernético constituye un dato neutro en la determinación de la competencia judicial internacional de los litigios sobre contrato de trabajo”.

³⁷¹ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., pp. 124 y 125. Igualmente LO FARO, Antonio “Politiche comunitarie e Diritto internazionale”, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo *Telelavoro e Diritto*, obra cit., p. 230.

³⁷² En este sentido, LO FARO, Antonio, “Politiche comunitarie e diritto internazionale”, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, *Telelavoro e diritto*, obra cit., p. 230; MAGNO, Pietro, “Il ‘luogo’ nel telelavoro”, *Il diritto del lavoro*, I, nov-dic., 1996, pp. 551 y 552.

³⁷³ SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, p. 122, los Convenios y normativa internacional aportan soluciones flexibles que pueden ser válidas y adaptables al teletrabajo transnacional.

lugar de ubicación del establecimiento empresarial, sin poder optar a plantear la demanda en el lugar más próximo a donde se realiza la prestación y en el que probablemente tengan su residencia, “acabando así con el privilegio de dualidad de foros previstos a su favor por las normas internacionales de forma prácticamente universal”³⁷⁴. En la jurisprudencia del TJCE en los litigios laborales, la protección de los trabajadores se traduce en la necesidad de procurar que aquéllos puedan acudir a los Tribunales ante los cuales les resulta menos oneroso litigar, consagrando al *forum loci laboris* como foro con carácter preferente en esta materia³⁷⁵.

Así mismo, el Estado que sea competente judicialmente deberá determinar la ley aplicable al contrato de trabajo de acuerdo con las normas de conflicto del Estado del foro (Tribunales españoles o de otro Estado comunitario), de acuerdo al denominado Convenio de Roma de 1980 o, en su caso, al Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)³⁷⁶. Los criterios contemplados en el Reglamento UE Roma I son aplicables al teletrabajo transnacional, tanto en los supuestos en que el empresario y el trabajador se encuentren en distintos Estados miembros como en aquéllos en que el empresario se encuentre en territorio comunitario y el trabajador fuera de él, y así mismo opte por demandarlo ante los tribunales comunitarios de su domicilio³⁷⁷.

En la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, debemos tener en cuenta las peculiaridades del teletrabajo y sus diversas manifestaciones

³⁷⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 75. En CARO GÁNDARA, Rocío, “Competencia judicial internacional y ley aplicable al ciberempleo”, obra cit., p. 3, la prescripción contenida en el Convenio de Bruselas es “una manifestación del carácter protector que presenta el criterio de atribución de competencia contenido en materia de contrato individual de trabajo”.

³⁷⁵ MARCHAL ESCALONA, Nuria, “Lugar en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana”, *Diario La Ley*, núm. 5986, 30 de marzo 2004, p. 11. Entre otras, SSTJCE de 13 de julio de 1993 (*asunto C-125/92*, Mulos IBC); de 9 de enero de 1997 (*asunto C-382/95*, Rutten); de 27 de febrero de 2002, (*asunto C-37/00*, Weber); MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Ángel, “Sobre la determinación del lugar de trabajo habitual como foro de competencia en el convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1986”, *Diario la Ley*, núm. 5836, 31 de julio de 2003, p. 3.

³⁷⁶ DOUE L 177/6, 4 de julio 2008. El Reglamento tiene prevista su aplicación a partir del 17 de diciembre de 2009, y sustituye al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, y ratificado por España el 7 de mayo de 1993 (BOE de 19 de julio 1993) y entrada en vigor el 1 de septiembre de 1993. Este Reglamento es la primera norma de la Unión Europea que regula conjuntamente normas propias del Derecho de obligaciones y contratos que sustituye al Convenio de Roma, “y deja sin vigencia a un instrumento de Derecho Internacional, lo incorpora al Derecho UE y mejora su regulación”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario La Ley*, núm. 6978, 30 de junio 2008, pp. 1 y 2. Igual que el sustituido Convenio de Roma el Reglamento tiene una aplicación universal en base a que “la Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro (art. 2). El nuevo Reglamento se aplica a todos los estados miembros excepto Dinamarca que, por su posición especial respecto del Título IV del Tratado CE, queda fuera de este instrumento. Para este Estado sigue en vigor el Convenio de Roma 1980 (considerando 46). Los países de Gran Bretaña e Irlanda gozan de una posición especial que les permite ejercitar un *opting-in*, i.e sumarse al Reglamento (art. 69 del Tratado de la Comunidad Europea y Protocolos anejos). No obstante, Gran Bretaña no ejercitó esta facultad, y desde la publicación del texto dispone de un nuevo plazo para ejercitarlo y “resulta bastante probable que lo haga” (considerando 45). En cambio, Irlanda ha manifestado su intención de aceptar el nuevo reglamento desde el principio (considerando 44). El Convenio de Roma sigue vigente además en aquellos territorios de los Estados Miembros que, en virtud del art. 129 del Tratado CE, quedan fuera de su ámbito de vigencia (art. 24.1 Reglamento Roma I); fundamentalmente, territorios franceses y holandeses de ultramar, en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, 30 de mayo 2008, pp. 2 y 3.

³⁷⁷ En relación con la normativa anterior al Reglamento Roma I, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*”, obra cit., p. 116.

a la hora de verificar cuál es el *vero locus laboris*, con especial referencia al teletrabajo interactivo, cuestión a las que nos remitimos *supra*. El Reglamento UE Roma I contempla igualmente, como regla general, la aplicación de la *lex loci laboris* a los contratos de trabajo en el caso que no se hubiese acordado la ley aplicable. También establece la libertad de las partes contratantes para elegir el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en los supuestos de conflicto de leyes (art. 3.1). La elección por las partes de una ley extranjera “no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.3)³⁷⁸. No obstante, a falta de elección el contrato de trabajo se registrará por la ley del país (*lex loci laboris*), es decir, por la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo (art. 8.2)³⁷⁹. Si, de acuerdo con lo anterior, no puede determinarse la ley aplicable, “el contrato se registrará por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador” (art. 8.3). Por último, “si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 ó 3, se aplicará la ley de ese otro país (art. 8.4)³⁸⁰.

En esta normativa observamos que la preferencia por el criterio territorial, que tradicionalmente se ha presentado como una opción protectora de la parte débil del contrato, se pone en duda en la actualidad debido a su falta de adecuación al nuevo contexto de globalización económica y de extensión de los procesos de descentralización productiva a nivel internacional, que permiten al empresario elegir los destinos que ofrecen menores niveles de protección de los trabajadores, como ya hemos mencionado³⁸¹. De acuerdo a estas reglas, nos encontramos con

³⁷⁸ Art. 3.3 “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquél cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Ahora bien, en virtud del art. 8.1 la elección de la ley aplicable al contrato de trabajo por las partes “no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de lo apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”. En estos casos, la autonomía de las partes depende del “contenido de la protección que el Derecho del país en cuestión establezca a favor del trabajador”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 70.

³⁷⁹ El Reglamento UE Roma I ha dado una nueva redacción a este precepto para resolver algunas cuestiones conflictivas. En primer lugar, se “intenta resolver las situaciones de los trabajadores que no realizan habitualmente su trabajo en un mismo Estado, pero sí lo llevan a cabo *desde un mismo Estado*. Esto es, cuando el trabajador realiza de hecho su trabajo en diferentes Estados, pero hay uno que constituye una suerte de «base de operaciones»”. El ejemplo típico es el de trabajadores de compañías aéreas, en que “se estará a la ley del país «a partir del cual» (o desde el cual) el trabajador realiza habitualmente su trabajo, no la ley del establecimiento a través del cual fue contratado”. Por otro lado, el concepto de «lugar habitual de trabajo» se aclara “en el sentido que un mero desplazamiento temporal del trabajador no hace caer esa conexión (evitando que se acuda al párrafo tercero del precepto, *i.e.*, al establecimiento a través del cual fue contratado)”. En el caso de que no exista un lugar habitual de trabajo, “la ley aplicable será la del Estado donde se halle el establecimiento a través del cual fue contratado el trabajador. Lo relevante no es «donde se celebró el contrato» de trabajo, sino «a través del cual» se estableció la relación laboral. Así, por ejemplo, si un trabajador es «captado» a través de un establecimiento del empleador en España, pero posteriormente el trabajador se desplaza a Amsterdam para firmar allí el contrato, el establecimiento relevante es el primero”, en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, obra cit., pp. 20 y 21.

³⁸⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, obra cit., p. 135, en el nuevo contexto tecnológico podemos incorporar “una presunción de lo que deba entenderse por «vínculos más estrechos» en este ámbito, de suerte que se presuma la existencia de una vinculación más estrecha con el país del establecimiento contratante en los casos en que se verifique una conexión permanente con el ordenador central de la empresa”.

³⁸¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*”, obra cit., p. 117.

el problema de qué legislación aplicar en el teletrabajo transnacional interactivo u *on line* en los términos vistos *supra* porque, en general, las normas de conflicto para determinar la ley aplicable sirven a las empresas como instrumento de evasión cuando recurren a la contratación de trabajadores en otros países en los que la normativa protectora es menos favorable³⁸².

En el caso del teletrabajo *on line* los criterios establecidos en el Reglamento CE Roma I parten “de lo contrario que caracteriza al teletrabajo *on line*, es decir, de la existencia de fronteras y territorios con distintas regulaciones, y, como resultado de ello, de algunos criterios en los que está presente lo geográfico, como el lugar habitual de trabajo, o el de la sede de la empresa; por lo que en este aspecto resultan anacrónicas y carentes de adaptación cuando el trabajo se desarrolla en estas circunstancias”³⁸³. Por este motivo la doctrina ha llevado a cabo una serie de interpretaciones en torno al concepto de lugar de trabajo o al criterio de “existencia de vínculos más estrechos” en el teletrabajo transnacional que no dejan de presentar inconvenientes, reconocidos en la mayoría de los casos por los mismos autores³⁸⁴.

Por ejemplo, como ya hemos visto en relación con el teletrabajo interactivo, se podría interpretar el art. 8.4 del Reglamento UE Roma I en el sentido de que la ley aplicable al contrato de trabajo sería la de la ubicación geográfica de dicho terminal y no la de la sede del trabajador. Sin embargo, como advertimos en materia de competencia judicial internacional, no podemos obviar la ubicación física del teletrabajador. Se ha señalado que el contrato no se ejecuta y se cumple únicamente en el lugar donde se manifiestan telemáticamente sus efectos sino que, al ser la naturaleza de la obligación del trabajador de mera actividad³⁸⁵, se debe entender que ésta se realiza “simultáneamente en dos lugares diversos”: uno, en el lugar donde el trabajador ejecuta la actividad debida, y otro en donde se manifiesta su cumplimiento, es decir, la sede de la empresa³⁸⁶.

³⁸² Estudiados por MÁRQUEZ, Ana, “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, obra cit., pp. 12 a 19.

³⁸³ MORENO MÁRQUEZ, Ana, “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, obra cit., pp. 15 y 16, pero en relación con la normativa anterior.

³⁸⁴ Por ejemplo, en relación a la cláusula de excepción basada en la existencia de “vínculos más estrechos” del contrato con un país distinto del de prestación de los servicios (art. 6 del actual Convenio de Roma), donde se ha señalado “su falta de certeza”, dado que “para la solución del problema se remite a una cláusula general, abierta e indeterminada, cuya interpretación y aplicación depende en última instancia del criterio judicial”, en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 77, también MORENO MÁRQUEZ, Ana, “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, obra cit., p. 26, vid. nota 378. En este sentido, el Libro Verde sobre transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, de 14 de enero 2003, planteó la necesidad de precisar el concepto de «vínculos más estrechos» para aludir expresamente a la situación del teletrabajo internacional. En este sentido, el Reglamento UE Roma I ha introducido esta cláusula de escape “en términos menos estrictos que en el art. 4 con la intención de dar mayor flexibilidad”, en GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, obra cit., p. 22. El art. 4 exige que “si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto (...), se aplicará la ley de este otro país”; y en el art. 8.4 “si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto (...), se aplicará la ley de ese otro país”.

³⁸⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping* social”, obra cit., p. 119.

³⁸⁶ En este sentido, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 266.

Por lo tanto, reconocemos que los criterios interpretativos empleados para garantizar la aplicación al teletrabajo -interactivo- de la legislación del país del establecimiento de la empresa son difíciles de definir, máxime cuando pueden provocar que “trabajadores que prestan su servicio en un mismo país se vean sometidos a legislaciones diferentes”, algo discriminatorio que impediría al Estado organizar con efectividad las condiciones de su mercado laboral³⁸⁷.

En este sentido, nos mostramos partidarios de una intervención comunitaria que tenga como finalidad el establecimiento de una garantía para los teletrabajadores transnacionales de un bloque de condiciones de trabajo que fueran equiparables a las que estuvieran vigentes en el país en que la prestación del teletrabajador es aprovechada³⁸⁸. En el ámbito comunitario tenemos un antecedente normativo en la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, del Parlamento y del Consejo sobre desplazamientos de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios³⁸⁹, donde se vienen a establecer unas condiciones laborales mínimas para este tipo de trabajadores con la finalidad de evitar los efectos del *dumping social*³⁹⁰. Esta iniciativa perseguiría que la prestación transnacional de servicios de las relaciones de trabajo consiguiera un clima de competencia leal y de medidas que garantizaran el respeto de los derechos de los trabajadores³⁹¹. Como ha afirmado la doctrina, consideramos que sería necesaria una normativa comunitaria integral de las dos manifestaciones del trabajo a distancia telemático, el del teletrabajo individual y el de la subcontratación de los trabajos informáticos, para así evitar que la regulación de una modalidad sólo sirva para desincentivar una de las formas de prestación a distancia telemática para fomentar la otra, no regulada³⁹².

Esta nueva Directiva soslayaría los problemas existentes en la normativa actual en lo que afecta al teletrabajo transnacional, pese a la modificación del Convenio de Roma por el Reglamento UE (Roma I), estableciendo la necesaria coordinación de los sistemas jurídicos y de las Administraciones de trabajo afectadas³⁹³. Por regla general, en los conflictos en supuestos de teletrabajo

³⁸⁷ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 267. En relación con el teletrabajo interactivo, MORENO MÁRQUEZ, ANA, “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posible soluciones”, obra cit., p. 41 “no parece que deba darse un tratamiento normativo diferente al teletrabajador *on line* que presta servicios desde cualquier punto del territorio español con respecto a otro teletrabajador *on line* que se sitúa en el territorio de otro estado distinto”.

³⁸⁸ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*”, obra cit., p. 122.

³⁸⁹ Directiva transpuesta en el ordenamiento español por Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE de 30 de noviembre de 1999).

³⁹⁰ Finalidad puesta en duda, OJEDA AVILÉS, Antonio, “Negociación colectiva y trabajadores desplazados. Comentarios a la Directiva 96/71/CE”, AS, en Tomo V, 1997, p. 51.

³⁹¹ En los términos del Considerando 5 Directiva 96/71/CE. Igualmente SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping social*”, obra cit., p. 123.

³⁹² En este mismo sentido, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 53.

³⁹³ En este mismo sentido, pero en relación con el desplazamiento temporal de trabajadores, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, RL, Tomo II, 1999, p. 84. Al respecto, debemos tener en cuenta que la Directiva contempla el establecimiento en cada Estado miembro de la cooperación en materia de información entre las Administraciones públicas a las que, en virtud de la legislación nacional, compete la supervisión de las condiciones de trabajo y empleo -art 4-.

transnacional, sería de aplicación el art. 8 del Reglamento UE Roma I, es decir, la ley del país del Estado donde se ejecuta la prestación de trabajo. Sin embargo, para evitar una excesiva desigualdad para los teletrabajadores transfronterizos, la Directiva establecería un marco común para que los Estados miembros determinaran en sus legislaciones las condiciones de trabajo que los empresarios de la Unión Europea deberían garantizar a los teletrabajadores transfronterizos, es decir, un núcleo de normas vinculantes de protección mínima salarial y de trabajo y empleo en el país de recepción de la prestación de servicios, y ello con independencia de la legislación aplicable a su contrato de trabajo³⁹⁴.

En definitiva, esta normativa atribuiría «relevancia a los efectos de la determinación de la legislación aplicable al lugar de destino “virtual” o “telemático de la prestación (*locus laboris* virtual)”», con la finalidad de asegurar la libertad de prestación de servicios y paliar los efectos en la competencia³⁹⁵. La nueva normativa garantizaría la aplicación de las normas imperativas de la ley del país de destino de la prestación realizada por el teletrabajador, asimilable al menos a las que reciban los teletrabajadores que realicen labores semejantes o *comparables* en dichos Estados³⁹⁶. Ello supondría la superación de la aplicación del Reglamento CE, Roma I mediante una “*redefinición de las normas imperativas*” pertenecientes al Estado de destino de la prestación, con independencia de cuál sea la ley aplicable o el foro competente al teletrabajador que realice la prestación para un Estado comunitario³⁹⁷.

Siendo así, en el plano internacional tenemos que tener en cuenta que el Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo no pueden neutralizar la expansión del Derecho Internacional del Comercio en una economía globalizada. Ciertamente, los derechos sociales, laborales y medioambientales se ven desplazados hacia sistemas de regulación no normativos

³⁹⁴ Igualmente, pero en relación con la Directiva 96/71/CE, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE, obra cit., pp. 83 y 85. En relación al teletrabajo transnacional, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping* social, obra cit., p. 123. Las materias de obligado cumplimiento serían todas aquellas incluidas en el concepto de orden público laboral (período máximo de trabajo y mínimo de descanso; período máximo de vacaciones anuales retribuidas; el salario mínimo; condiciones de seguridad y salud laborales; derecho básicos, en particular el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación; derechos colectivos como la libertad de sindicación, el derecho de huelga y, con mayor complejidad, el de participación) en SERRANO OLIVARES, Raquel, “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, obra cit., p. 136.

³⁹⁵ La importantísima STJCE de 7 de marzo de 1990, (*asunto C-113/89*, Rush Portuguesa) estableció que “el derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan e impongan normativa laboral propia a quien realiza un trabajo por cuenta ajena en su territorio, aunque se trate de un desplazamiento temporal, al margen del país de establecimiento del empresario, y no prohíbe a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de tales normas con los medios adecuados”. No obstante, la jurisprudencia posterior SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, (*asunto C-438/03*, Viking); 16 de diciembre de 2007, (*asunto C-34/05*, Laval); 3 de abril de 2008, (*asunto C-346/06*, Ruffert) adopta una postura distinta que, afortunadamente, no queda reflejada en la Directiva 2006/123/CE, respetuosa con los derechos y principios laborales cuestionados en las sentencias anteriores, en OJEDA AVILÉS, Antonio, “Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿en la ecuación imposible?”, *TS*, núm. 217, 2009. p. 26.

³⁹⁶ En este sentido, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., p. 84. Al respecto, decimos *comparables* por utilizar la terminología del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo 2002 (AMET) que contempla la necesidad de que los teletrabajadores se beneficien “de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios aplicables, que los trabajadores comparables en los locales del empresario”.

³⁹⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, obra cit., p. 407.

encontrados en la denominada Responsabilidad Social Corporativa³⁹⁸ y en los Códigos de Conducta³⁹⁹. Esta realidad permite que, mientras esa intervención comunitaria no se produzca, se acuda a estas otras vías y mecanismos voluntarios que puedan facilitar la aplicación de un bloque mínimo de condiciones de trabajo vigentes en el Estado donde radica la empresa o el establecimiento de la empresa que contrata al teletrabajador⁴⁰⁰. Esta realidad puede incluso experimentar una evolución hacia fórmulas de participación y de negociación colectiva y desembocar en una regulación en el espacio transnacional de las relaciones laborales en acuerdos-marco transnacionales⁴⁰¹ sobre teletrabajo.

1.3.3. Tipologías de teletrabajo y Seguridad Social

Las características y las tipologías del teletrabajo que hemos detallado nos van a servir para analizar a continuación las consecuencias que puede tener la proliferación de esta forma de organización del trabajo en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, teniendo en cuenta las insuficiencias existentes en la normativa social aplicable respecto a las peculiaridades del teletrabajo en el marco de una relación laboral, con especial referencia a las condiciones de trabajo en el teletrabajo a domicilio⁴⁰². La atipicidad del teletrabajo es un tema de debate muy actual, en que el tratamiento que recibe por parte de la Seguridad Social puede calificarse como elemental en algunos casos, y como ausente en otros⁴⁰³.

El problema principal con el que nos encontramos son las serias dificultades que existen para controlar el posible fraude en los casos en que se compatibiliza el ejercicio de una actividad de teletrabajo con la percepción de una prestación a cargo de la Seguridad Social, situación que se agrava cuando el teletrabajador desempeña la actividad laboral en su propio domicilio⁴⁰⁴. El tipo de conexión

³⁹⁸ Sobre el papel promocional de los poderes públicos en la puesta en práctica de la actuación social de la empresa, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "Una iniciativa comunitaria sobre responsabilidad social de las empresas", *RL*, núm. 11, 2006, p. 8.

³⁹⁹ HERNÁNDEZ, Juan, "Las empresas transnacionales españolas en América Latina. Los códigos de conducta como sistemas atípicos de regulación de las relaciones laborales", *La Harremanak Revista de Relaciones Laborales*, núm. 14, 2006, p. 130.

⁴⁰⁰ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, obra cit., pp. 93 a 99. Entre los códigos de conducta destaca el Proyecto VIP, es decir, Código Industrial Voluntario de Prácticas que es un compromiso unilateral entre compañías internacionales para tomar en consideración los aspectos éticos cuando establecen y realizan trabajo distribuido transfronterizo, en COMISIÓN EUROPEA, *eWork 2001. Informe de Situación de los Nuevos Métodos de Trabajo en la Economía del Conocimiento*, Bruselas, 2001.

⁴⁰¹ Sobre esta evolución, BAYLOS GRAU, Antonio, "Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica", *La Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005, pp. 111 y ss.

⁴⁰² GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", *RL*, núm. 15-16, 2001, p. 118; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 253.

⁴⁰³ OJEDA AVILÉS, Antonio, "Conclusiones: hacia un tratamiento conjunto de los trabajadores atípicos en materia de seguridad social", en OJEDA AVILÉS, Antonio (dir.), *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípico*, MTAS, Madrid, 2003, p. 239.

⁴⁰⁴ BENITO-BUTRÓN OCHOA, Juan Carlos, "Teletrabajo y Seguridad Social", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, p. 1118; LEONÉS SALIDO, José, "Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España", obra cit., p. 3; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 258; GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 127.

interactiva puede servir como un tipo de control válido cuando exista constancia de los registros de control empresarial del propio *software*, donde figuren la hora de encendido y de apagado del ordenador⁴⁰⁵. Sin embargo, la conexión *off line*, que *a priori* escapa de la vigilancia empresarial, puede ocasionar la situación de fraude, cuestión que debe ser tenida en cuenta por el legislador cuando estas circunstancias objetivas se produzcan⁴⁰⁶.

Las propuestas de soluciones deben intentar garantizar la efectividad del cumplimiento de la normativa en el teletrabajo, y el papel de control y vigilancia del cumplimiento de las normas laborales y de la Seguridad Social por la Inspección de Trabajo, “de suerte que se impida la utilización del derecho a la inviolabilidad del domicilio como parapeto que dificulte la labor inspectora y oculte la lesión de los derechos de los trabajadores y del sistema de Seguridad Social en su conjunto”⁴⁰⁷, algo sumamente difícil como hemos tenido oportunidad de tratar *supra*⁴⁰⁸.

En relación con el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, el teletrabajador que realiza una prestación de servicios (art. 1.1 ET) se encuentra incluido dentro del ámbito subjetivo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. Como hemos visto, el teletrabajo no constituye una profesión en sí misma, sino una actividad o manera de realizar la prestación de servicios asalariada incluida en el ámbito de aplicación del art. 7.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS)⁴⁰⁹. Estos trabajadores están obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (art. 97.1 TRLGSS).

Con respecto a los actos de encuadramiento (inscripción de empresas, afiliación, alta y baja de trabajadores), cuando la empresa disponga de varios centros de trabajo habrá que determinar a qué centro de trabajo está adscrito el teletrabajador. En estos casos, se deberá atender a la adscripción al centro con el que existe conexión telemática (*on line* y *one way line*), ya que en el caso de que la modalidad adoptada sea la del teletrabajo *off line*, el centro de adscripción será

⁴⁰⁵ BENITO BRUTÓN OCHOA, Juan Carlos, “Teletrabajo y Seguridad Social”, obra cit., p. 1118.

⁴⁰⁶ LEONÉS SALIDO, José, “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, obra cit., p. 5.

⁴⁰⁷ PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, “El teletrabajo y la Seguridad Social”, obra cit., pp. 53 y 54.

⁴⁰⁸ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 290, propone establecer, por un lado, la obligación formal, por parte del empresario de comunicación a la Inspección de Trabajo de la utilización de este tipo de trabajadores y la necesidad de un registro donde conste el domicilio, telecentro, etc. Y, por otro lado, la creación de una comisión mixta entre administración y agentes sociales, encargada del control y vigilancia de la evolución del teletrabajo y de informar y realizar propuestas de regulación y aplicación del teletrabajo.

⁴⁰⁹ Art. 7.1a) TRLSS “Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, (...), los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral”.

aquél del que depende técnicamente la prestación, es decir, el centro que imparte las directrices y al que se destina el resultado de la actividad⁴¹⁰. En aquellos casos en que se intente que los cambios de conexión sean irrelevantes a efectos de la relación jurídica de Seguridad Social, será el empresario en el momento de cumplir sus obligaciones legales, o en su caso la administración, quien decida la adscripción probablemente a la sede central de la empresa⁴¹¹. En relación al cumplimiento de las obligaciones en materia de cotización rigen las normas generales, si bien es cierto que en una regulación futura será necesario su replanteamiento, “pues no puede desconocerse que la singularidad del teletrabajo y las dificultades de inspección pública”, pueden hacer del mismo un ámbito favorecedor del fraude en materia de cotización como lo ha sido el trabajo a domicilio⁴¹².

Por otro lado, en lo que respecta a la relación con las contingencias profesionales en la modalidad del teletrabajo a domicilio, es obvio que el teletrabajador puede accidentarse, y que la lesión ocasionada puede ser constitutiva de accidente de trabajo objeto de indemnización, y de suspensión del contrato de trabajo cuando el trabajador pone su actividad al servicio del empleador. Lo mismo, pero con mayor claridad, cabe decir respecto a las enfermedades profesionales⁴¹³. De acuerdo con el art. 115.1 del TRLGSS, que entiende por accidente de trabajo “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”⁴¹⁴, se pueden distinguir cuatro elementos que deben concurrir simultáneamente para que el accidente pueda ser conceptuado como laboral. Estos elementos son: la lesión corporal, el agente lesivo y el trabajo por cuenta ajena (elementos estáticos), y la relación de causalidad entre trabajo y lesión (elementos dinámicos)⁴¹⁵. La aparición de esta contingencia en el teletrabajo no entraña ninguna peculiaridad en cuanto al riesgo, porque es el mismo con el que cuenta “cualquier otra actividad laboral ordinaria desempeñada a través de instrumentos informáticos y de comunicación”⁴¹⁶. No obstante, aunque se ha mantenido que en el teletrabajo a domicilio el accidente de trabajo es una cuestión marginal, atendiendo a que el hogar constituye unos de los medios más seguros de trabajo⁴¹⁷, hay que tener presente la aparición de tipos de riesgo incipientes como los psicosociales, que

⁴¹⁰ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 253; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 215; GALA DURÁN, Carolina, “Teletrabajo y sistema de Seguridad Social”, obra cit., p. 129.

⁴¹¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, “El Teletrabajo y la Seguridad Social”, en OJEDA AVILÉS, Antonio, *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo*, MTAS, Madrid, 2003, p.51.

⁴¹² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, “El Teletrabajo y la seguridad social”, obra cit, p. 53.

⁴¹³ En relación con el trabajo a domicilio, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; GARCÍA NINET, José Ignacio, “Contrato de trabajo a domicilio”, obra cit., p. 520.

⁴¹⁴ En STS de 27 noviembre 1989 (RJ 1989/8266), el accidente de trabajo exige una doble relación de causalidad; por un lado, entre trabajo y lesión, y por otro, entre lesión y situación invalidante o protegida.

⁴¹⁵ En CAVAS MARTÍNEZ, Faustino; FERNÁNDEZ ORRICO, Javier, “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 24/2005, BIB 2005/2652, p. 4.

⁴¹⁶ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 217.

⁴¹⁷ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral* , obra cit., p. 255.

empiezan a ser tenidos en cuenta por los tribunales de justicia⁴¹⁸, pero de nula consideración como enfermedad profesional⁴¹⁹.

En el teletrabajo a domicilio la determinación del alcance de la acción protectora por accidente de trabajo puede ser difícil a la hora de demostrar que el accidente es laboral y no de tipo doméstico. Por ello, será necesario recurrir a la presunción *iuris tantum* regulada en el art. 151.3 TRLSS, en cuanto entiende que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”. Esta presunción supone invertir la carga de la prueba, y ante la aparición súbita de la dolencia en el tiempo y en el lugar de trabajo, únicamente habrá que justificar esa ubicación en el tiempo y en el espacio, teniendo el empresario o las entidades subrogadas en el pago que justificar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la actividad realizada por el trabajador⁴²⁰. En el teletrabajo, esta presunción es fácil de desmontar por el empresario que controla y vigila la realización de la actividad laboral con los medios electrónicos e informáticos existentes, porque facilita la apreciación de cuál es el tiempo durante el que se está realizando la actividad laboral. Por lo tanto, “será accidente de trabajo el ocurrido en ese lugar en el que se estableció desempeñar la actividad y durante el tiempo que se marcó para la realización del contenido de la prestación, salvo que se pruebe fehacientemente la desconexión trabajo-lesión”⁴²¹. En este caso, para hacer efectivos los derechos de Seguridad Social (como cobertura de las contingencias de enfermedad profesional y de accidente de trabajo) frente a los organismos de la Seguridad Social y mutuas, la empresa puede emitir certificación acreditativa del horario desempeñado en la situación de teletrabajo, siempre que le sea requerida por la persona empleada o por sus representantes legales⁴²².

En los casos en que no exista un horario predeterminado y sea el teletrabajador quien diariamente elija su tiempo de trabajo, le corresponderá a él demostrar la relación de causalidad entre el accidente y su trabajo, teniendo en cuenta que en caso de duda se resuelve a favor del trabajador en virtud del «principio pro operario»⁴²³. En efecto, no cabe duda de que si el empresario acepta el teletrabajo, ese compromiso cubre todas aquellas prestaciones de servicios en un régimen de máxima flexibilidad espacial y horaria, donde predomina el «resultado», es decir, tiempos de descanso, ritmos de actividad, jornadas

⁴¹⁸ Como el estrés profesional SSTSJ País Vasco de 7 octubre 1997 (AS 1997/3163) y 2 de noviembre 1999; STSJ Madrid de 5 octubre 2005 (AS 2005/2555); o bien STSJ Andalucía/Sevilla de 13 de mayo 2010, Rec. 1488/2009, sobre el suicidio de un trabajador íntimamente relacionado en la problemática laboral padecida por éste.

⁴¹⁹ *In extenso*, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, *AL*, núm. 22, 2007, pp. 2692 a 2705.

⁴²⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino; FERNÁNDEZ ORRICO, Javier, “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, obra cit., p. 7, con citas SSTJ de 18 marzo 1999 (RJ 1999/3006), 10 de abril 2001 (RJ 2001/4906) y 3 de noviembre 2003 (RJ 2003/9507).

⁴²¹ JOVER RAMÍREZ, *La incapacidad temporal para el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, TOL 818.375, p. 17.

⁴²² Art. 14.4 V Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE 30 de junio 2009, núm. 157).

⁴²³ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 256; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 219.

continuadas o partidas, días laborables o festivos, son, entre otras circunstancias, datos funcionales que el trabajador administra a su manera.

En aquellos casos en que el trabajador comparta el trabajo tradicional con el teletrabajo a domicilio, es irrelevante que el hecho causante del accidente o lesión sobrevenga fuera del «local del centro de trabajo» y del espacio temporal que es el «horario propio de dicho centro». En estos casos, el accidente sobrevenido goza de la presunción legal de laboralidad cuando la empresa conozca y acepte como práctica reiterada el teletrabajo a domicilio, y exija “un plazo de entrega tan perentorio que justificaba la agotadora dedicación y la carga de responsabilidad” del trabajador accidentado⁴²⁴. La STS de 18 de diciembre 1996 (RJ 1996/9727) entiende por tiempo de trabajo “el efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de la actividad”, y no el del art. 34 del ET (el transcurrido en el puesto de trabajo); y por lugar de trabajo “aquél en el que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual”. Por ello, la presunción se extiende a cualesquiera siniestros ocurridos al trabajador “en circunstancias en que se accede por emanación directa del poder de dirección del empresario”⁴²⁵.

En estos casos de teletrabajo telependular, el accidente de trabajo tendrá un doble tratamiento, según el lugar de la prestación de servicios. En el caso de que el accidente de trabajo se produzca en el centro de trabajo se aplicarán las reglas generales previstas en el art. 115 TRLGSS, y cuando tenga lugar en su propio domicilio habrá que atender a las especialidades que estamos tratando para el teletrabajo a domicilio⁴²⁶.

En relación al accidente acaecido en el teletrabajo móvil o itinerante, debemos reiterar las anteriores consideraciones en el sentido de que no se tendrá que demostrar la conexión entre el trabajo y la lesión, puesto que también opera la presunción de laboralidad a los denominados «accidente en misión»⁴²⁷. Este tipo de accidentes son los que sufren los trabajadores como consecuencia de los desplazamientos que tienen que realizar por razón de su trabajo, “y se producen ya en cumplimiento del mismo, ya en cumplimiento de órdenes ocasionales del empresario”⁴²⁸.

⁴²⁴ Controversias laborales, “Accidente laboral y teletrabajo C2/07”, en *AL*, núm. 3, 2007, (www.laley.net), p. 4, con cita de la STSJ Madrid (Social) de 18 de julio de 2006 (P: Sr. Moreiras Caballero), en que el trabajador fallece en la madrugada de un domingo en su propio domicilio, cuando estaba realizando un trabajo urgente en el ordenador de su casa, para atender las exigencias de un cliente, con término de entrega inmediata.

⁴²⁵ En CAVAS MARTÍNEZ, Faustino; FERNÁNDEZ ORRICO, Javier, “La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social”, obra cit., p. 7.

⁴²⁶ Igualmente GALA DURÁN, Carolina, “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, obra cit., p. 133.

⁴²⁷ Igualmente THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 256; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 219; GALA DURÁN, Carolina, “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, obra cit., p. 133.

⁴²⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan; VÍLCHEZ PORRAS, Maximiliano, *Sistema de seguridad social*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 120.

En los casos de teletrabajo en telecentros, el accidente sufrido por el teletrabajador responde a los requisitos de tiempo de trabajo y lugar de trabajo contemplado en el art. 115.3 LGSS. Al respecto, la doctrina se ha planteado si en estos accidentes de trabajo acaecidos en los telecentros cabe el recargo de prestaciones (art. 123 TRLSS)⁴²⁹. Así, si el telecentro es de titularidad de un tercero no cabe exigir dicha responsabilidad del recargo de prestaciones, porque el titular del centro de trabajo no tiene la consideración de empresario del teletrabajador, sólo cabe recurrir a la vía de la reclamación de daños y perjuicios prevista en el art. 1902 del C. Civ.⁴³⁰. En este sentido, la más reciente jurisprudencia civil parece fijar la doctrina sobre la jurisdicción competente en demandas de responsabilidad civil por accidentes de trabajo, y así las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, de cuyo contenido forman parte las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores, deben ser competencia de la jurisdicción social. Sin embargo, en el caso de concurrencia de responsabilidades laborales con otras, en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil establecida en el art. 9.2 LOPJ, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad impuesta⁴³¹.

En cambio, en el caso de que el telecentro fuera de titularidad de varias empresas, y que el teletrabajador accidentado prestase los servicios para una de ellas, cabría plantear una demanda solicitando la solidaridad en el pago del correspondiente recargo⁴³². En el teletrabajo a domicilio se podrá igualmente exigir la responsabilidad del recargo de prestaciones cuando el accidente o la enfermedad profesional acaecido al teletrabajador se haya producido como consecuencia de una falta de medidas de seguridad que sea imputable al empresario, pero sólo las que puedan ser imputables al empresario dadas las especiales características del lugar de trabajo en donde "el único responsable de las condiciones materiales efectivas de la ejecución de la prestación

⁴²⁹ Art. 123.1 TRLGSS "Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, ...". Art. 123.2 "La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor (...)".

⁴³⁰ GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 132.

⁴³¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 enero 2008 (Rec. 2374/2000). Sin embargo, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro", *Diario La Ley*, núm. 6895, 2008, p. 5, el desencuentro con la Sala Cuarta del TS sigue garantizado puesto que el orden social ha reclamado la competencia para conocer de cuantas responsabilidades deriven de un accidente de trabajo consecuencia de un incumplimiento laboral (STS 22 de junio de 2005, La Ley 1841/2005); igualmente RODRÍGUEZ PINERO Y BRAVO FERRER, Miguel, "De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador", *RL*, núm. 10, 2008, p. 15. En SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?", *AS*, núm. 1, mayo 2008, p. 32, planteando la necesidad de intervención legislativa y enumerando las propuestas de *lege ferenda* del Grupo de Investigación pluridisciplinar constituido en el seno del Consejo General del Poder Judicial sobre *Prestaciones e Indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales* (GI07079).

⁴³² En este sentido, GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 132, manteniendo que se podría aplicar la misma doctrina que subyace en el caso de las contratadas y subcontratadas de obras o servicios, "máxime teniendo en cuenta que el artículo 123 LGSS prevé la imposición del recargo cuando las «instalaciones, centro o lugares de trabajo» carezcan de las requeridas medidas de seguridad".

de servicios sigue siendo el propio trabajador"⁴³³. Las obligaciones del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo relacionadas con las peculiaridades del teletrabajo serán tratadas en un capítulo posterior.

Respecto al accidente *in itinere*, es decir, "los que sufra el trabajador al ir o volver al lugar de trabajo" [art. 115.2a) TRLGSS] es difícil de identificar en el teletrabajo a domicilio, porque para calificar el accidente *in itinere* y establecer la conexión entre el resultado dañoso y la actividad laboral, es necesario que se produzca un acto imprescindible -en principio, inverosímil en el teletrabajo a domicilio- como es el trayecto para que el teletrabajador lleve a cabo la ejecución del trabajo⁴³⁴. No obstante, coincidimos con ciertos autores en que debe considerarse *in itinere* el accidente cuando sobreviene durante el trayecto entre el domicilio del teletrabajador y la sede empresarial para participar en reuniones, entregar el resultado del trabajo, cobrar el salario, o recibir asistencia médica⁴³⁵. También tendrían la misma consideración los accidentes ocurridos en todas las posibles salidas del teletrabajador para realizar gestiones inherentes a su actividad (como por ejemplo la compra de materiales, incluyendo los supuestos en que temporalmente el teletrabajador cambiara su domicilio particular, como el traslado en temporada estival a otro lugar)⁴³⁶.

En definitiva, el accidente *in itinere* tiene que producirse en el trayecto, no en el domicilio ni en el lugar de trabajo. En este sentido, el accidente ocurrido en el propio domicilio no es laboral, sino común. A su vez, el que sucede en el lugar de trabajo constituye un accidente laboral ordinario, siempre que se produzca dentro de la jornada asignada al trabajador (art. 115.3 TRLGSS)⁴³⁷. No obstante, en el caso del teletrabajo habrá que revisar el concepto de accidente *in itinere*, atendiendo a que "la noción de lugar de trabajo como sede física estable donde se prestan los servicios se relativiza en grado sumo"⁴³⁸. La jurisprudencia viene suavizando la rigidez del concepto de domicilio, entendiendo que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver al lugar del trabajo"⁴³⁹, por

⁴³³ GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 133.

⁴³⁴ En CAVAS MARTÍNEZ, Faustino; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco, "La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social", obra cit., p. 9, el accidente *in itinere* tiene que reunir los tres elementos esenciales de cualquier accidente laboral: subjetivo (existencia de contrato de trabajo), objetivo (lesión corporal) y causal (relación de causa a efecto, más o menos directa, entre el trabajo y las lesiones producidas). Además de éstos "rige unos requisitos configuradores específicos sobre cuya delimitación no existe jurisprudencia inconcusa, siendo por este motivo una categoría cuyos perfiles jurídicos resulta muy difícil trazar". Una síntesis de los elementos que con mayor frecuencia exige la jurisprudencia para integrar la noción de accidente *in itinere* comprende: a) un requisito teleológico (el infortunio debe sobrevivir al acudir el trabajador desde su domicilio al centro de trabajo o viceversa...); b) requisito mecánico (alude al medio de desplazamiento); c) requisito cronológico (alude al tiempo de trayecto); d) requisito topográfico (debe ocurrir en el camino de ida o vuelta del centro de trabajo...).

⁴³⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 256.

⁴³⁶ JOVER RAMÍREZ, *La incapacidad temporal para el trabajo*, obra cit., p. 18.

⁴³⁷ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco, "La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social", obra cit., p. 11.

⁴³⁸ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco, "La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social", obra cit., p. 9.

⁴³⁹ En SSTs 29 de septiembre 1997 (Rec. 2685/96) reiterada por la de 28 de febrero de 2001 (Rec. 3493/99), y recientemente 26 de febrero de 2008 (Rec. 1328/2007).

lo que cabe considerar que en los casos de coincidencia entre el domicilio y lugar de trabajo, los teletrabajadores pueden sufrir accidentes *in itinere*, pero como su carácter no se presume corresponderá al mismo teletrabajador demostrar las circunstancias concurrentes⁴⁴⁰.

En relación a la enfermedad profesional definida en el art. 116 TRLGSS, como "la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley y esté provocada por la acción que los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional", cabe reiterar la tan criticada insuficiencia de su definición⁴⁴¹. En efecto, de esta definición se deduce claramente que es necesaria la confluencia de dos elementos para la calificación del trastorno como enfermedad profesional: que sea contraída a consecuencia de la prestación de un trabajo, y que esté incluida en un sistema de lista, "de forma que el dato trascendental a la hora de calificar una enfermedad como profesional viene dado por su previa inclusión en el cuadro vigente"⁴⁴².

Habrá que ver si en el cuadro de enfermedades profesionales tienen cabida las que sean contraídas como consecuencia del teletrabajo o, en general, las derivadas de la sociedad de la información, ya que es necesario que se encuentren formalmente en el listado de las consideradas como profesionales, ya que si no sólo cabe asimilarlas al accidente de trabajo por la vía del art. 115.2e) TRLGSS⁴⁴³. El RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro⁴⁴⁴, incorpora tímidamente una enfermedad que podemos incluir en la actividad del teletrabajo, como es la de los *nódulos de las cuerdas vocales a causa de los esfuerzos sostenibles de la voz por motivos profesionales*, que puede ser padecida por los teleoperadores, y la reconocida con anterioridad, como es la del *síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano en la muñeca*, si bien es cierto que ésta no aparece asociada a la actividad del teletrabajo⁴⁴⁵. Por ello observamos que en el

⁴⁴⁰ SÁNCHEZ RODAS, Cristina, *El accidente «in itinere»*, Comares, Granada, 1998, pp. 148 y 149. GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 134, plantea la redefinición del concepto, entendiendo que es "el sufrido en la zona cercana al lugar específico del domicilio en el que se teletrabaja". En contra, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 220; JOVER RAMÍREZ, *La incapacidad temporal para el trabajo*, obra cit., p. 16. En este sentido, hay que tener en cuenta que hasta el momento la responsabilidad del accidente y de las lesiones sufridos por teletrabajadores ha sido tratada caso por caso, en OIT, *Las tecnologías de la información en las industrias de los medios de comunicación y del espectáculo. Sus repercusiones en el empleo, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales*, Ginebra, 2000, p. 31.

⁴⁴¹ Entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan; VÍLCHEZ PORRAS, Maximiliano, *Sistema de seguridad social*, obra cit., p. 124.

⁴⁴² IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales", obra cit., p. 2.694.

⁴⁴³ BENITO-BUTRÓN OCHOA, Juan Carlos, "Teletrabajo y Seguridad Social", obra cit., p. 1116; THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 257; GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 135; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 221.

⁴⁴⁴ BOE 19 de diciembre 2006. Sobre el sistema de lista, MORENO CÁLIZ, Susana, "Análisis de la reforma de las enfermedades profesionales: virtudes y deficiencias", *TS*, núm. 203, 2007, pp. 15 a 21.

⁴⁴⁵ En el Anexo I del RD 1299/2006 se recoge que esta enfermedad responde a los "trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetitivo de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones

nuevo listado -que no describe la enfermedad porque con el sistema actual queda clara la conexión y relación entre agente y actividad⁴⁴⁶-, no se incorporan ni las enfermedades que puede provocar la especialidad del teletrabajo ni aquellas otras reconocidas actualmente que puedan ocasionar una agravación que dé origen a otras nuevas⁴⁴⁷.

Se critica el “olvido” y las “lagunas” que la lista tiene en relación con los nuevos riesgos psicosociales asociados al sector servicios y que son objeto de tutela preventiva⁴⁴⁸, ignorando la gran cantidad de horas en que un teletrabajador debe permanecer ante una pantalla de visualización, lo cual puede entrañar graves consecuencias para la salud⁴⁴⁹, riesgos que hasta ahora son regulados por la vía del art. 115 TRLGSS. Por ello, no es de extrañar que en un futuro aumenten los pleitos en materia de enfermedades profesionales, no sólo por la aprobación del nuevo listado, sino también por las declaradas en los últimos años relacionadas con las dolencias de tipo osteomuscular o musculoesquelético⁴⁵⁰.

En la actualidad existen importantes pronunciamientos relacionados con este tipo de enfermedades del aparato muscular y esquelético, como la tendinitis de Quervain en auxiliares administrativos (STSJ Murcia 21 de enero de 2002), o el síndrome del túnel carpiano [STSJ Cataluña 10 de marzo de 1998; Cantabria 30 de diciembre de 2005 y 25 de enero de 2006; Murcia 26 de junio de 2006; Aragón 14 de marzo de 2006; y Castilla y León (Valladolid), 25 de septiembre de 2006]⁴⁵¹.

En lo que respecta a las prestaciones reconocidas en el Régimen General de la Seguridad Social (asistencia sanitaria, incapacidad temporal, prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia, incapacidad permanente), en el teletrabajo habrá que atender a una serie de circunstancias que vamos a tratar a continuación, con especial referencia al teletrabajo a domicilio.

El derecho a la asistencia sanitaria es una prestación cuya regulación es de aplicación tanto para el teletrabajador como para los familiares a su cargo⁴⁵².

nerviosas por compresión. Movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión. Trabajos que requieran movimientos repetitivos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), industria textil, mataderos (carniceros, matarifes), hostelería (camareros, cocineros), soldadores, carpinteros, pulidores, pintores.

⁴⁴⁶ MORENO CÁLIZ, Susana, “Análisis de la reforma de las enfermedades profesionales: virtudes y deficiencias”, obra cit., p. 16.

⁴⁴⁷ GALA DURÁN, Carolina, “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, obra cit., p. 135.

⁴⁴⁸ IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, obra cit., pp. 2.697 a 2.699.

⁴⁴⁹ En relación a las enfermedades profesionales, PELES, Slavenka, “Las cuestiones jurídicas planteadas en Bélgica por el teletrabajo a domicilio”, obra cit., p. 94.

⁴⁵⁰ TORRES ANDRÉS, Juan Miguel, “Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo. Instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina jurisprudencial”, obra cit., p. 211, recordando que en 2005 se declararon en España 30.000 nuevas enfermedades, de las que el 87,30% responden a dolencias de tipo osteomuscular o musculoesquelético.

⁴⁵¹ Citadas, entre otras, por LANTARÓN BARQUÍN, David, “Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica”, en *AL*, núm. 9, 2008, p. 34.

⁴⁵² Vid. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 29 de abril de 1986); D. 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General (BOE de 28 de noviembre de 1967; corr. err. BOE de 23 de enero de 1968).

No obstante, y como ha advertido la doctrina, la única excepción la podemos encontrar en la aparición de enfermedades contagiosas o infecciosas que vayan acompañadas de un tratamiento domiciliario y que no conlleven una incapacidad temporal para el trabajo. En estos casos, si se trata de un teletrabajador es obvio que la afección no impide la prestación de servicios en el domicilio. En cambio, si se trata de un trabajador presencial la situación conduce a la correspondiente declaración de la incapacidad temporal al no poder acudir al centro de trabajo⁴⁵³. Ante la aparición de estas afecciones en un trabajador interno, el teletrabajo puede ser un recurso para superar la situación impeditiva, siempre y cuando sea pactado por una duración coincidente con la misma⁴⁵⁴.

Atendiendo a las situaciones de incapacidad temporal debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, y a los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad⁴⁵⁵, en el teletrabajo persiste una dificultad señalada al inicio. En efecto, la situación incapacitante en la modalidad de teletrabajo *off line* es difícil de controlar debido a la dificultad de constatar la ausencia del trabajo o el absentismo laboral⁴⁵⁶, como lo es también en la modalidad de teletrabajo a domicilio. Los controles del empresario limitados al posible reconocimiento médico del trabajador -art. 20.4 ET- y de la Administración laboral y sanitaria no son suficientes cuando el lugar de trabajo es el domicilio del teletrabajador, salvo que se establezcan una serie de medidas específicas de control de la incapacidad temporal destinadas si no a evitar, al menos a paliar los efectos del fraude en esta contingencia⁴⁵⁷. Es necesario que el concepto de incapacidad temporal y los requisitos de imposibilidad de la prestación de servicios se adapten al modelo de organización del teletrabajo, contando para ello con la ayuda de las nuevas tecnologías⁴⁵⁸.

En relación con el descanso por maternidad (arts. 133 bis a 133 septies TRLGSS) no cabe duda sobre la aplicación de la normativa laboral y de seguridad social en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo, además del derecho

⁴⁵³ GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 135. En SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *Régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 221, "el padecimiento de determinadas enfermedades comunes o profesionales y de accidentes, sean o no de trabajo, que impidan o limiten el desarrollo del trabajador en el cumplimiento ordinario y regular de un trabajo ordinario, por el contrario pueden no ser impeditivas o limitativas de la prestación de trabajo si el mismo se desarrolla en un sistema de teletrabajo, a la vista de una equilibrada compatibilidad entre el objeto del teletrabajo y el tipo de enfermedad o de accidente padecido".

⁴⁵⁴ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 258. Al respecto, llama la atención el art. 33 del CC de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Vallgorguina (DO Generalitat de Catalunya, 26 de junio de 2003, núm. 3912) que establece la posibilidad de implantar el teletrabajo con la finalidad de evitar la excedencia del trabajador ante circunstancias personales. En <http://www.idg.es/pcworldtech/El-teletrabajo-puede-frenar-la-expansion-de-la-gri/art195377-seguridad.htm>, se plantea el teletrabajo como una posibilidad de freno a la expansión de la Gripe A.

⁴⁵⁵ Arts. 128 a 133 TRLGSS; Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de incapacidad laboral transitoria en el régimen general; RD 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la seguridad social por incapacidad temporal (BOE de 24 de abril de 1997).

⁴⁵⁶ LEONÉS SALIDO, José, "Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España", obra cit., p. 3.

⁴⁵⁷ GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 136.

⁴⁵⁸ BENITO-BUTRÓN OCHOA, Juan Carlos, "Teletrabajo y Seguridad Social", obra cit., pp. 1.118 y 1.119.

de ser protegidas por una incapacidad temporal desde el punto de vista de la alteración de la salud, así como también de las prestaciones económicas⁴⁵⁹. No obstante, las situaciones de fraude en el teletrabajo a domicilio siguen persistiendo en el caso de que la mujer trabajadora simultanee el subsidio de maternidad para el descanso de la madre, y en su caso el cuidado del hijo después del parto, la adopción y/o el acogimiento con la prestación de servicios telemática en su propio domicilio⁴⁶⁰. Este supuesto puede evitarse cuando se pacte la posibilidad de compatibilizar el teletrabajo con la situación de permiso por maternidad a tiempo parcial al 50% en las últimas cuatro semanas del permiso de maternidad⁴⁶¹. En cuanto a la prestación por riesgo durante el embarazo, si el teletrabajo se realiza en el domicilio de la trabajadora, no cabe duda que los riesgos posibles van a ser escasos. Sin embargo, no es posible la aplicación del art. 26 de la LPRL en los casos en que el empresario deba cambiar a la trabajadora de un puesto de trabajo a otro sin riesgo y, salvo en los supuestos de conexión interactiva, existe la dificultad de controlar que la trabajadora cumple con esa medida en el caso de la suspensión del contrato por riesgo, tanto durante la maternidad como durante el período de lactancia⁴⁶².

En relación a la incapacidad permanente, la única especialidad viene dada por la propia actividad llevada a cabo por el sujeto y respecto a la cual debe valorarse el grado de incapacidad -parcial o total- en el teletrabajo⁴⁶³. Habrá que estar atentos a la especialidad del teletrabajo y la compatibilidad con la percepción de una prestación por incapacidad absoluta o de gran invalidez⁴⁶⁴. En principio, cabría pensar que si el teletrabajo se realiza a tiempo completo debería plantearse la revisión de la capacidad del teletrabajador, a la que posiblemente debería acompañar una revisión de su grado de incapacidad permanente⁴⁶⁵, bien de oficio o a instancia del propio interesado (art. 143.2 TRLGSS). En estos casos, la revisión del grado de invalidez previsto en el art. 143.2 TRLSS consiste en hacerla depender no sólo de la modificación de las secuelas orgánicas o funcionales,

⁴⁵⁹ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; GARCÍA NINET, José Ignacio, "Contrato de trabajo a domicilio", en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1985, p. 521.

⁴⁶⁰ LEONÉS SALIDO, Juan Carlos, "Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España", obra cit., p. 4.

⁴⁶¹ Véase art. 21.3 del III CC de Repsol YPF, S.A. (BOE 12 de agosto 2009, núm. 194).

⁴⁶² Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995). En GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 136.

⁴⁶³ GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 137. Vid. arts. 136 a 152 del TRLGSS; Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la seguridad social (BOE de 8 de mayo de 1969; corr. err. BOE de 9 de agosto).

⁴⁶⁴ Art. 141.2 TRLGSS "Las pensiones vitalicias de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no presenten un cambio en su capacidad de trabajos a efectos de revisión". La Orden de 15 de abril de 1969 entiende por "incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio" (art. 12.3); y por gran invalidez "la situación del trabajador afectado de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos" (art. 12. 4).

⁴⁶⁵ GALA DURÁN, Carolina, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", obra cit., p. 137. Sobre el cambio de capacidad que puede representar el ejercicio profesional del teletrabajo, BENITO-BUTRÓN OCHOA, Juan Carlos, "Teletrabajo y Seguridad Social", obra cit., p. 1.120. En contra de la revisión, THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 259, puesto que el hecho de teletrabajar "no implica necesariamente una mejoría en la evolución clínica del incapaz o la equivocación del diagnóstico, pero tampoco parece razonable que pueda mantener la prestación de incapacidad si el objetivo de ésta es precisamente cubrir un déficit de ingresos".

sino del ejercicio de una nueva profesión, la cual evidenciaría un grado inferior de incapacidad permanente aunque se mantengan intactas las patologías iniciales⁴⁶⁶. No obstante, “no cabrá hablar de ejercicio de nueva profesión cuando el trabajo se realiza en centro especializado en la integración laboral de los minusválidos y esa minusvalía haya sido el factor determinante en la contratación, ni la actividad realizada en la ONCE si quien la ejerce tiene la condición de afiliado a la misma; ni tampoco la actividad realizada en virtud de un contrato para la formación de los regulados en el art. 11.2 ET por quien tiene la condición de minusválido”⁴⁶⁷.

No obstante, coincidimos con la doctrina, que se muestra partidaria de un sistema de revisión flexible que permita al trabajador mantener provisionalmente o recuperar fácilmente la prestación por incapacidad permanente si, a su vez, no recupera la capacidad de ganancia⁴⁶⁸. Nada impediría que un trabajador incapacitado para realizar cualquier profesión que entrañase esfuerzos físicos, pudiera convertirse en teletrabajador, dándose de alta y cotizando, realizando una segunda actividad de tipo intelectual, más liviana y sencilla, compatible con su estado de invalidez⁴⁶⁹. Esta compatibilidad representaría, en el marco de actividades sedentarias, un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida⁴⁷⁰.

Y finalmente, en relación a la materia de normativa de seguridad social aplicable al trabajo transfronterizo, salvo que se contemplen en una futura normativa comunitaria las especialidades del teletrabajo en materia de seguridad social, tampoco somos partidarios de realizar una interpretación flexible del concepto de lugar de trabajo atendiendo a la forma en que se desarrolla el teletrabajo transnacional, en el sentido de incluir al teletrabajador en el sistema de Seguridad Social del país de la Unión Europea donde esté radicada la empresa que recibe el fruto del trabajo, al entender que al realizarse la prestación virtualmente

⁴⁶⁶ Resolución 8 de octubre de 1991 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social -actual Dirección General de la Seguridad Social- (DGOJ y ECSS), en OJEDA AVILÉS, Antonio; SAMPEDRO CORRAL, Mariano; SAMPEDRO CORRAL, M^a del Carmen; HURTADO GONZÁLEZ, Luis, *Legislación de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 97, nota a pie 157.

⁴⁶⁷ Resolución 8 de octubre de 1991 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social -actual Dirección General de la Seguridad Social- (DGOJ y ECSS), en OJEDA AVILÉS, Antonio; SAMPEDRO CORRAL, Mariano; SAMPEDRO CORRAL, M^a del Carmen; HURTADO GONZÁLEZ, Luis, *Legislación de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 97, nota a pie 157.

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “El empleo de las personas con minusvalía”, *RL*, Tomo I, 1999, p. 19. THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 259, se muestra partidario de la suspensión de la prestación mientras el teletrabajador tenga garantizada la capacidad de ganancia. En STS 30 de enero 2008 (Rec. núm. 480/2007) “la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras (...), lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario (...) privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo -psicofísico- por parte del inválido;...”.

⁴⁶⁹ LEONÉS SALIDO, José, “Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España”, obra cit., p. 2.

⁴⁷⁰ Entre otras, STS 30 de enero 2008 (Rec. núm. 480/2007) declara la compatibilidad trabajo/pensión en situaciones de invalidez permanente y absoluta o de gran invalidez, teniendo en cuenta que las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo), consienten pluralidad de actividades laborales a jornada completa respecto a quienes se encuentren en dichas situaciones.

“es como si efectivamente prestase servicios en dicho país” y no en aquél en el que el teletrabajador tiene su residencia⁴⁷¹.

No estamos a favor de realizar una aplicación analógica del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de la Seguridad Social a los trabajadores y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, modificado por el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de la Seguridad Social⁴⁷². Así mismo, entendemos que esa interpretación flexible nos llevaría a la misma paradoja vista *supra*, de que trabajadores que prestan servicios en un mismo país estén sometidos a legislaciones y regímenes protectores diferentes⁴⁷³. En realidad, en el ámbito comunitario contamos con el compromiso alcanzado en la Carta Social Europea de 1961, en donde para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes Contratantes se comprometen no sólo a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social, sino a hacerlo en un nivel satisfactorio, equivalente por lo menos al exigido en el Convenio 102 de la OIT sobre norma mínima de la Seguridad Social⁴⁷⁴.

En materia de teletrabajo transfronterizo el tratamiento de la protección social es prácticamente inexistente en la contratación de trabajadores más allá de las fronteras comunitarias⁴⁷⁵. Se propone una posible intervención consistente en incluir el pago por parte de la empresa de una tasa fija por cada trabajador procedente de fuera. Aunque la propuesta de este sistema puede ser válida, lo más probable es que sea problemática tanto en su regulación como en su control⁴⁷⁶. En el plano internacional existen dos instrumentos normativos que establecen un nivel de protección mínimo en materia de Seguridad Social: uno, la Carta Social Europea de 1961; y otro, el Convenio 102 de la OIT, válido para todos los países pero de incumplimiento sistemático de los mínimos requeridos⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ ROMERO BURILLO, Ana María, “Consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, obra cit., p. 1148 se plantea la posibilidad de realizar una interpretación *strictu sensu* del lugar de trabajo, en el sentido de otorgar al teletrabajador la protección ofrecida por el Estado donde se encuentra físicamente el trabajador y los medios telemáticos, o bien realizar una interpretación flexible de acuerdo con la forma en que se desarrolla este tipo de trabajo.

⁴⁷² En contra, PENNING, Frans: *The social security position of teleworkers in the European Union*, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, WP/97/27/EN.

⁴⁷³ Igualmente, GALA DURÁN, Carolina, “Teletrabajo y sistema de seguridad social”, obra cit., p. 125. Sin embargo, “no deja de ser de *facto* una vía que consiente la elusión tecnológica de las obligaciones en materia de Seguridad Social y de su costo económico, pues es evidente que esa misma prestación laboral realizada por el mismo trabajador dentro del territorio nacional quedaría sujeta al imperio del Sistema”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, “El Teletrabajo y la seguridad social”, en OJEDA AVILÉS, Antonio, *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 51.

⁴⁷⁴ Art. 12. Así mismo, en el art. 13 (garantizar la asistencia social a los necesitados) y art. 14 (obligación de los Estados miembros de fomentar y organizar servicios sociales que contribuyan al bienestar y desarrollo de los individuos y de los grupos de la comunidad).

⁴⁷⁵ ROMERO BURILLO, Ana María, “Consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo”, obra cit., p. 1149.

⁴⁷⁶ PENNING, Frans, *The social security position of teleworkers in the European Union*, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, WP/97/27/EN.

⁴⁷⁷ *In extenso*, OJEDA AVILÉS, Antonio, “Sostenibilidad de la Seguridad Social, Standards internacionales y competencia desleal”, REDT, núm. 137, 2008, pp. 5 a 26. No obstante, “el Convenio 102 no requiere a los países firmantes cumplir con las nueve protecciones, sino sólo tres de ellas, aunque, eso sí, una debe ser al menos desempleo, vejez, invalidez o muerte. Desde un enfoque práctico y al mismo tiempo teórico, cabría decir que dicha norma internacional no alcanza el nivel de un sistema de Seguridad Social, pues permite optar por la cobertura de una de las tres contingencias que hemos considerado *sine qua non*”, p. 11.

En el plano internacional contamos con dos modelos de Seguridad Social, que coinciden con los niveles de los dos grandes bloques occidentales: uno, el europeo, que comprende las “nueve contingencias canónicas” (salud, incapacidad temporal, desempleo, vejez, riesgos profesionales, familia, maternidad, invalidez y muerte) y con el avance de otras nuevas (dependencia, prejubilación); y otro, el norteamericano, que agrupa las tres contingencias clásicas (invalidez, vejez y muerte) y, marginalmente, el desempleo y asistencia a necesitados⁴⁷⁸. El problema del teletrabajo transnacional más allá de las fronteras europeas y teniendo en cuenta el principio de territorialidad, es que la implantación de un sistema de Seguridad Social en los países en vías de desarrollo depende de la voluntad certera de cada Estado, dirigida al establecimiento de una serie de medidas tendentes a incorporar inspectores de trabajo, a exigir el cumplimiento de la normativa laboral, a crear un documento único de identificación y a asumir un coste razonable de protección. Si no es así, en el fondo de todo ello subyacerá la tolerancia a “un *dumping* generalizado a costa de la salud y la supervivencia de la población”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio, “Sostenibilidad de la Seguridad Social, Standards internacionales y competencia desleal”, obra cit., pp. 11 y 12.

⁴⁷⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio, “Sostenibilidad de la Seguridad Social. Standards internacionales y competencia desleal”, obra cit., p. 22.

CAPÍTULO II

LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL TELETRABAJO

La delimitación jurídica del teletrabajo

2.1. Consideraciones generales

La amplia definición del teletrabajo que hemos adoptado en el capítulo anterior, y que ha sido utilizada por cierto sector doctrinal, nos permite identificar diversos tipos de teletrabajo⁴⁸⁰ y, por lo tanto, el régimen jurídico aplicable al teletrabajador como resultado del “título originante de la relación que éste establece con el destinatario de su actividad profesional”⁴⁸¹, presentándose en la práctica problemas cuando aquél se encuentre en una situación fronteriza entre un régimen jurídico y otro⁴⁸². En los supuestos de calificación de la relación contractual como laboral, recurriremos a la búsqueda de los indicios de laboralidad aportados por los Tribunales de lo Social⁴⁸³ para desvelar la existencia de subordinación en el teletrabajo mediante las técnicas informáticas de control del trabajo⁴⁸⁴.

En la actualidad, el trabajador goza “de un margen de autonomía que no le es conferido por el empresario, sino que le es propio como profesional o, más genéricamente, como trabajador cualificado responsable. Esa responsabilidad y autonomía se incluyen en la estructura y en la dinámica del contrato de trabajo, y en el programa contractual a realizar de buena fe por trabajador y empresario”. De este modo, en las nuevas tendencias organizativas el poder de dirección se

⁴⁸⁰ GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, *DL*, núm. 49, 1996, pp. 38 a 44, realiza cinco calificaciones jurídicas del teletrabajo: el teletrabajador empresario, trabajador autónomo y trabajador parasubordinado, correspondientes al área del trabajo independiente-autónomo; y el trabajador subordinado a domicilio y el trabajador subordinado en la empresa, éstos correspondientes al área del trabajo subordinado. En SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., pp. 40 y ss., realiza un tratamiento del teletrabajo como teleprestación por cuenta propia; por cuenta ajena y como trabajo «parasubordinado», y del Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo como ámbitos de aplicación.

⁴⁸¹ RIVERO LAMAS, Juan, “El teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2001, Monografía (IV), p. 303.

⁴⁸² PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, obra cit., pp. 59 a 64.

⁴⁸³ Un estudio de estos indicios y, en particular, los relacionados con la nota de la dependencia, en LUJÁN ALCARAZ, José, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del derecho del trabajo*, MTSS, Madrid, 1994; GOLDIN, Adrián O., “Las fronteras de la dependencia”, *RL*, núm. 19, 2002, p. 15.

⁴⁸⁴ MERCADER UGUINA, Jesús R., *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 83. Igualmente, es significativa la STS de 22 abril 1996 (RJ 2006/3334), dado que “es una de las pocas resoluciones del Tribunal Supremo en las que se plantea el problema de la calificación de la dependencia de la relación a través de técnicas informáticas de control del trabajo”, en DESDENTADO BONETE, Aurelio, “¿Qué hacer con el derecho del trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial”, en HERNÁNDEZ VITORIA, M^a José; TORRES ANDRÉS, Juan Miguel (dirs.), *Derecho laboral del siglo XXI*, Estudios de Derecho Judicial 118, CGPJ, Madrid, 2007, p. 43; MARTÍNEZ BARROSO, M^a Dolores, “Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma”, *RTYSS*, núm. 273, 2005, p. 123.

ejerce de manera distinta, los “trabajadores están más sometidos a obligaciones de resultado que a obligaciones de medios”. Y aunque desde un punto de vista formal pudiera parecer que la nueva caracterización y mayor autonomía del trabajo reduce el grado de dependencia jurídica del trabajador, en realidad, y “pese a la evolución de los límites del poder empresarial y del contenido de la dependencia, la posición subjetiva del trabajador no cambia sustancialmente, ya que el cambio ha sido más cuantitativo que cualitativo”⁴⁸⁵.

Los avances en el Derecho del Trabajo se pueden producir relajando sensiblemente la intensidad de la nota de la dependencia, o revisando y actualizando su alcance, bien por parte del legislador, de los jueces o de la doctrina científica⁴⁸⁶. Cabe distinguir dos situaciones jurídicas distintas en las que se puede encontrar el trabajador: la primera, en la que la persona que reúna las notas caracterizadoras del contrato de trabajo (art. 1.1 ET) no tenga la condición de trabajador por razones meramente formales; y la segunda, la de la persona que trabaja para otra sin que se den “*realmente*” las notas caracterizadoras del contrato de trabajo. En el primer caso, el operador del cambio serían los jueces, que declararían la protección de esa persona por la legislación laboral sustantiva; en el segundo caso, el tránsito del cambio correspondería al legislador, que incluiría a dicha persona en el ámbito laboral por razones “*sociales o de justicia social*”⁴⁸⁷.

En la doctrina laboral es clásica la afirmación de que no existe crisis del concepto de subordinación respecto a la noción de autonomía, sino más bien una crisis de los criterios clásicos de identificación de la dependencia. La noción de subordinación se adapta a los contextos jurídicos y a la diversidad de los modelos de organización del trabajo, por lo que será suficiente con atender a la recomposición del sistema indiciario⁴⁸⁸. En la actualidad, un trabajador con la ayuda de un equipo informático y de medios de comunicación suficientes, puede realizar una actividad de trabajo desde su propia casa, “sin horarios, y casi a golpe de cartera de pedidos”, gozando de una considerable autonomía organizativa, técnica y funcional que dificulta la calificación de la relación contractual como laboral, civil o mercantil⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en CRUZ VILLALÓN (edit.), Jesús, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 37. En SUPIOT, Alain (coord.), *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 46, los progresos de la autonomía en el trabajo se explican, entre otros, por el desarrollo de las nuevas tecnologías, la elevación de formación de los trabajadores y los nuevos métodos de gestión participativa.

⁴⁸⁶ MONTROYA MELGAR, Alfredo, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, en CRUZ VILLALÓN (edit.), Jesús, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 63. En relación al debilitamiento de la subordinación jurídica, GOLDIN, Adrián O., “Las fronteras de la dependencia”, obra cit., p. 23.

⁴⁸⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo derecho de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2004, pp. 70 y 71.

⁴⁸⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, obra cit., pp. 39 y 40. Igualmente, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Ara Editores, Perú, 1997, p. 62; SELMA PENALVA, Alejandra, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 161.

⁴⁸⁹ TORRES ANDRÉS, Juan, “Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo. Instituciones en desuso y nuevas

A mayor descentralización productiva existirá una mayor oportunidad para el desarrollo del trabajo autónomo y, a la inversa, un incremento del trabajo en régimen de autonomía posibilitará una mayor descentralización productiva. El factor tecnológico es un elemento de potenciación del fenómeno de la descentralización productiva que, igualmente, desarrolla trabajos susceptibles de ser desempeñados en régimen de autonomía y nuevas formas de trabajo como el teletrabajo, "que por su versatilidad, resulta especialmente idóneo para instalarse en redes empresariales al servicio de uno o varios empresarios". La utilización de las nuevas tecnologías de la información y los avances técnicos han cambiado las características del Derecho del Trabajo típico, y han incentivado los procesos de descentralización productiva⁴⁹⁰.

En este contexto las nuevas tecnologías no son sino el instrumento que favorece la externalización y el avance de las actividades del "terciario"⁴⁹¹, y el factor desencadenante de las transformaciones del concepto de subordinación, pero sin que éste deje de funcionar como criterio de distinción y prueba del contrato de trabajo subordinado⁴⁹². Como ha afirmado la doctrina, la descentralización productiva operada en el teletrabajo responde a dos supuestos bien diferenciados: el primero, en el que "la coordinación con el conjunto de la actividad productiva de la empresa puede ser tan plena como en el caso del trabajo «interno»". Este supuesto no plantea problemas de calificación jurídico-laboral del contrato, sino de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral y de acción sindical. Y el segundo supuesto responde a los fenómenos de externalización de funciones, como la «filialización» de empresa o la conversión en trabajadores autónomos de todos aquéllos "cuyas funciones pueden ser realizadas sin necesidad de simultaneidad con el resto del personal" (...), "asignando tareas concretas y fijando plazos para la entrega del resultado de las mismas"⁴⁹³.

tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina jurisprudencial", *Estudios de Derecho Judicial*, 118-2007. Los nuevos profesionales integrantes de un importante sector del trabajo a domicilio, la doctrina los incluyó entre las "grandes categorías «out»"; tradicionalmente excluidos por los tribunales del Derecho del Trabajo, en OJEDA AVILÉS, Antonio, "Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo", *RL*, Tomo I, 1988, p. 153.

⁴⁹⁰ DEL REY GUANTER, Salvador, "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia", *RL*, monográfico dedicado al trabajo autónomo, núm. 7/8, 2000, p. 72. Sobre la transformación del empleo subordinado en empleo autónomo, PÉREZ PÉREZ, Manuel, "Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos", *RL*, Tomo I, 1988, pp. 244 y 245.

⁴⁹¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?", *TL*, núm. 40, 1996, p. 55.

⁴⁹² En D'ANTONA, Massimo, "Subordinación y cambios en el derecho laboral", *Debate Laboral*, núm. 4, 1989, p. 68, citando los estudios de Veneziani dedicados a las nuevas tecnologías y al concepto de la subordinación. D'Antona concluye afirmando que "las polaridades del moderno derecho laboral son y continuarán siendo la tutela de los valores fundamentales de la persona (...) y el equilibrio del poder social que acumula y se ejerce en el mundo de la producción".

⁴⁹³ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *REDT*, núm. 28, 1986, pp. 533 y 534. En RODRÍGUEZ PIÑERO Y ROYO, Miguel C., "La huida del Derecho del Trabajo", *RL*, Tomo I, 1992, p. 90, estamos ante unos de los casos "de huida de Derecho del Trabajo vinculado a los fenómenos de descentralización productiva que permiten a una empresa realizar su proceso productivo no sólo contratando, como empleador, a trabajadores, sino también realizando otros tipos de contrato, generalmente con otros empresarios, mediante los cuales obtiene un resultado productivo laboral realizado por trabajadores de los que él en ningún momento llega a ser empleador"; otro fenómeno de huida son los "contratos de trabajo autónomos o independientes «auténticos»", p. 91; analizado por MARTÍN VALVERDE, Antonio, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en AAVV, *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTAS, 1990, pp. 209 y ss. Sobre la «filialización» como estrategia de organización empresarial, DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "Filialización. Grupos de empresa", en AAVV, *Descentralización productiva y nueva*

Estas formas de empleo o de trabajos autónomos o por cuenta propia se pueden incluir dentro del concepto de trabajo atípico, “en la medida en que pueden suponer una desviación del trabajo ordinario o el encubrimiento de prestaciones que podrían ser típicamente laborales”⁴⁹⁴. En estos casos se produce una “novación contractual” (art. 1.204 del C.Civ.) por medio de la cual las partes extinguen la anterior relación jurídica, dando lugar a una nueva, pero de distinta naturaleza jurídica. Esta nueva relación podría ser resultado de una simulación o de un abuso de la posición empresarial, cuestión a tener en cuenta con la finalidad de evitar el fraude que podría llevar implícito, analizando para ello los posibles rasgos de laboralidad o de autonomía presentes en el caso⁴⁹⁵. No obstante, “el fenómeno de la «filialización», puede ser un mecanismo lícito, aunque algo inquietante para los afectados, al servicio de la empresa flexible y de la construcción de la red”⁴⁹⁶, al considerarse como una manifestación de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE. En este sentido, se afirma que no se puede mantener un concepto rígido de empresa en que “el empresario deba ser el titular directo de todos los elementos patrimoniales que intervienen en el proceso productivo”; motivo por el cual la creación de una sociedad filial “es una decisión plenamente lícita que corresponde a la esfera propia del principio de libertad de empresa y de la autonomía privada”⁴⁹⁷.

Llama la atención que las nuevas tecnologías, que son las que ponen en crisis los indicios tradicionales de la subordinación, sean a su vez las que contribuyen a perfilar otros indicios acordes con la nueva realidad del trabajo. En el teletrabajo, el criterio de la «inserción material en la unidad productiva» se compensa “atendiendo a la modalidad de inserción del trabajo en el sistema informático y telemático de la empresa”. La relevancia tradicionalmente atribuida al sometimiento del trabajador a las directrices y al control del empresario, “puede atribuirse ahora al análisis del programa que determina, encauza y controla la prestación de trabajo. La atenuación de la presencia del empresario en el seguimiento de la prestación queda compensada por su papel más significativo en la determinación del modo con el que el trabajador se integra en la empresa tecnológicamente innovada”. La dependencia tecnológica se configura como

formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS; Madrid, 2000, pp. 630 a 637.

⁴⁹⁴ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El trabajo atípico en la Jurisprudencia más reciente: notas más destacadas”, *RL*, Tomo I, 1989, p. 419.

⁴⁹⁵ SELMA PENALVA, Alejandra, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, obra cit., 2007, pp. 177 a 182. Ahora bien, nada impide que una relación laboral, se extinga y nazca una nueva relación jurídica entre los mismos sujetos y con el mismo objeto, pero con distinta causa, “por lo que el intérprete no se puede dejar confundir por la apariencia de simulación que suele llevar aparejada esta forma concreta de novación” (arts. 35 y 38 CE); p. 181.

⁴⁹⁶ SSTs 27 de octubre 1994 (RJ 8531), 21 de marzo 1997 (RJ 2625); en DESDENTADO BONETE, Aurelio, “¿Qué hacer con el derecho del trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial”, obra cit., p. 38.

⁴⁹⁷ STS 27 de octubre 1994 (RJ 8531) en DESDENTADO BONETE, Aurelio, “¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial”, obra cit., p. 38. Un análisis de la normativa comunitaria sobre empresarios complejos en el plano del Derecho Social y la aproximación judicial a la figura en el derecho español, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el derecho del trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave» (1), *RL*, núm. 4, 2009, pp. 13 a 40.

un indicio más relevante de subordinación, “en detrimento de la significación atribuida a la propiedad de los instrumentos y medios de trabajo”⁴⁹⁸.

Así mismo, podemos añadir entre otros el control del resultado como rasgo de laboralidad cuando el trabajador necesita un alto grado de independencia para realizar la prestación, concentrándose el poder de dirección en el momento inicial y en el momento final para “valorar la adecuación del resultado del trabajo humano a los intereses empresariales”⁴⁹⁹; la dirección de correo electrónico; la comunicación constante; el reconocimiento tácito por el empresario de la laboralidad haciendo frente a pólizas de seguro donde aparece como tomador y de beneficiario el prestador de servicios que actúa por cuenta propia coincidiendo las contingencias protegidas con las que corren a cargo del Régimen General de la Seguridad Social, o bien cuando es la misma empresa la que se hace cargo de las cotizaciones al Régimen Especial de Autónomos; y la satisfacción puntual de los intereses del empresario como nuevos indicios de laboralidad⁵⁰⁰.

En definitiva, habrá que atender a la variedad de rasgos y de situaciones muy diversas que presenta el teletrabajo (como el lugar de la prestación, tipo y grado de conexión, órdenes y control del trabajo, grado de autonomía), y a la circunstancia de que existan teletrabajadores que presten servicios de idéntico o similar contenido para varias organizaciones empresariales o varios clientes al mismo tiempo, siendo unas de índole laboral y otras de distinta naturaleza. En este sentido, la «zona gris» o la frontera del Derecho del Trabajo “probablemente” sea más amplia “en el caso del teletrabajo que en los comparables provocados por otras situaciones (arrendamiento de servicios, contrato de obra, contrato de sociedad, agencia, etc.)”⁵⁰¹. A nuestro entender, el sistema de indicios es el que va a llevarnos a adoptar una de las tres calificaciones jurídicas de entre las siguientes⁵⁰²: a) *trabajador subordinado en régimen común*, cuando sea posible detectar la existencia de un control continuo y directo sobre su actividad⁵⁰³, en cuyo caso, “el poder directivo se determinará, en líneas generales, por la facultad, reservada contractualmente al empresario, de escoger y sustituir discrecionalmente y en cualquier momento el *software* aplicativo (programa operativo específico)”⁵⁰⁴; b) *trabajador a domicilio*, cuando el poder de dirección empresarial se manifieste

⁴⁹⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, obra cit., p. 41.

⁴⁹⁹ SELMA PENALVA, Alejandra, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, obra cit., p. 186.

⁵⁰⁰ SELMA PENALVA, Alejandra, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, obra cit., pp. 189 a 212.

⁵⁰¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús (edit.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación del Derecho del Trabajo: estudios homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 110 y 111.

⁵⁰² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, obra cit., pp. 64 y 65. En PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, *RL*, Tomo I, 2005, p. 1321, el teletrabajo “puede presentarse de forma autónomo o subordinada y, en este último caso, como trabajo a domicilio o como relación laboral común”.

⁵⁰³ LUJÁN ALCARAZ, José, “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, *AS*, Tomo V, 2000, p. 269, “la falta de control directo sobre los trabajadores es un dato indicario de extralaboralidad”; SSTS 22 de abril 1996 (RJ 1996/3334); 29 de diciembre 1999 (RJ 2000/1427).

⁵⁰⁴ GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento jurídico italiano”, *Revista Gallega de Empleo*, p. 201.

exclusivamente a través de la especificación inicial del trabajo a desarrollar y el control de su resultado que, a diferencia del anterior, en relación al *software* aplicativo "sería suficiente su imposición definitiva desde el principio de la relación o sin posibilidad de modificación unilateral durante la prestación"⁵⁰⁵; y c) *trabajador autónomo*, cuando ninguna de estas notas comparezca en la realidad, con una especial consideración al *teletrabajador autónomo económicamente dependiente*, recurriendo para su estudio a la reciente regulación en nuestro país sobre el trabajo autónomo. Así mismo, en esta clasificación añadiremos una referencia al *teletrabajo en la Administración General de Estado y sus Organismos Autónomos* (en adelante AGE), ante la posible aprobación del Proyecto de Real Decreto, por el que se regula el Teletrabajo en la AGE, acordado en la Mesa de Diálogo Social de la Administración del Estado el 7 de mayo de 2007.

2.2. El teletrabajo autónomo. Especial consideración al teletrabajador económicamente dependiente

En la delimitación del trabajo autónomo habrá que atender a la noción de empresario y a la de trabajador autónomo, porque desde una perspectiva contractual será empresario autónomo el que reciba la prestación de los teletrabajadores asalariados o autónomos, pero sin constituir una sociedad mercantil⁵⁰⁶. La noción de trabajo autónomo se identifica -en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, (en adelante LETA)⁵⁰⁷- con la persona física que presta los servicios para otro sujeto⁵⁰⁸. El teletrabajador autónomo es una persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena (art. 1.1 LETA), mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación⁵⁰⁹.

De este modo, no cabe confundir la «cualidad emprendedora» que hay en todo trabajo autónomo y que lo diferencia del asalariado, con la «condición

⁵⁰⁵ GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Paolo, "El teletrabajo en el ordenamiento jurídico italiano", obra cit., p. 198; DESSI, Ombretta, "Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo" en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 186.

⁵⁰⁶ DÍAZ-ARIAS, José Manuel (dir.), *El Estatuto del trabajador autónomo*, Deusto, Barcelona, 2008, p. 17. En general, sobre la necesidad de reconstruir una noción actualizada y efectiva del empresario, DESDENTADO DAROCA, Elena, *La personificación del empresario laboral. problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 31 a 115.

⁵⁰⁷ BOE 12 de julio 2007, núm. 166. VALDÉS DAL RÉ, Fernando, "El marco jurídico general de la LETA", en CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (dirs.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, p. 59, la LETA es una ley marco que cede su aplicación frente a las leyes especiales contrarias y "es complementada tanto por la legislación especial como por la legislación común de la contratación, a las que a su vez integra".

⁵⁰⁸ GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz; LAHERA FORTEZA, Jesús, "Ámbito y funciones de regulación del trabajo autónomo", en CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL RE, Fernando, *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, p. 67.

⁵⁰⁹ LUJÁN ALCARAZ, José, "Ámbito subjetivo", en LUJÁN ALCARAZ, José, *El estatuto del trabajo autónomo: análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007, p. 38, se adopta una definición contraria al del trabajador asalariado.

empresarial» en sentido estricto⁵¹⁰. En el momento en que el trabajador por cuenta propia pone en marcha una actividad productiva es un emprendedor que se aproxima a la figura de empresario. No obstante, a diferencia de lo que ocurre para el empresario en su sentido estricto o clásico, el trabajador autónomo y por cuenta propia debe añadir a esta primera «faceta empresarial» «una segunda «faceta laboral», en cuanto se trata de una persona que no se limita a poner en marcha una iniciativa o actividad productiva sino que participa en su desarrollo de forma personal y directa»⁵¹¹. El trabajo autónomo no sólo tiene que ser «habitual», sino también un trabajo «personal y directo» que, sin embargo, admite la presencia de terceros en la satisfacción del interés del acreedor en el momento en que el trabajador autónomo dé ocupación a trabajadores por cuenta ajena⁵¹². En estos casos, observamos que la normativa otorga al autónomo un poder de dirección, «que le permite mantener bajo su control el trabajo que él se ha comprometido a prestar»⁵¹³.

En la sociedad de la información es frecuente que la persona aporte los medios o herramientas informáticas para la prestación de servicios en el mercado de trabajo, entendiéndose entonces que «la propiedad de *Know-how* se convierte en el gran elemento de contraste, porque si éste pertenece al trabajador será expresión de independencia, mientras quien opera sobre *Know-how* ajeno lo hará mediante su integración en la unidad productiva del titular»⁵¹⁴. Este es el criterio seguido tradicionalmente por la jurisprudencia para atribuir el carácter laboral de la prestación de servicios cuando se constate que en la realización del trabajo el trabajador utilice un programa informático propiedad de la empresa o bien que sea facilitado por ésta⁵¹⁵ ya que, en el caso de que se constate lo contrario, constituye un indicio relevante de empresarialidad⁵¹⁶.

⁵¹⁰ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo», *RTYSS*, núm. 295, 2007, p. 60. En DÍAZ-ARIAS, José Manuel (dir.), *El Estatuto del trabajador autónomo*, obra cit., p. 62, ««el nuevo trabajador autónomo» de la economía actual aparece así como forma híbrida de auto-ocupación laboral y de actuación emprendedora en el mercado».

⁵¹¹ GARCÍA MURCIA, Joaquín, «La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente», *REDT*, núm. 126, 2005, p. 28. En SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo derecho del trabajo*, obra cit., p. 74, dentro de los trabajadores por cuenta propia cabe encuadrar, por su semejanza, a los pequeños empresarios que, según el autor, «tienen la diferencia sustancial respecto del autónomo puro, de que tienen trabajadores a su cargo». En MERCADER UGUINA, Jesús R.; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, «Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo», *RL*, núm. 20, 2007, p. 69, que la actividad sea personal y directa implica la necesidad de que exista un trabajo propio del trabajador autónomo, una participación con su propio esfuerzo en la actividad productiva, aun cuando en dicha tarea pueda auxiliarse de otros colaboradores.

⁵¹² O bien contrate o subcontrate parte o toda la actividad con terceros (art. 11.2 a) LETA). En DÍAZ-ARIAS, José, *El Estatuto del trabajador autónomo*, obra cit., p. 76, «el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que el trabajador desempeñe», para señalar más adelante que «el trabajador debe realizar la actividad con su propio esfuerzo», p. 80.

⁵¹³ GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz; LAHERA FORTEZA, Jesús, «Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo», en CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, p. 77.

⁵¹⁴ LUJÁN ALCARAZ, José, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo*, obra cit., pp. 605 y 606. Igualmente GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 72; MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, «Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma», obra cit., p. 101.

⁵¹⁵ Véase la STS 22 de abril de 1996 (RJ 1996/3334). Entre otros, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica», obra cit., p. 1325; SELMA PENALVA, Alejandra, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, obra cit., p. 193.

⁵¹⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica», obra cit., p. 1325, algo que adelantó en su obra cit., de 1990, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, p. 27.

Por lo tanto, cuando la prestación telemática no se realiza asumiendo el riesgo y con medios y gestiones propias, la persona se puede definir como teletrabajador y no como tele-empresario. No obstante, como la doctrina italiana ha mantenido, se puede dar la paradoja de que tenga la consideración de teletrabajador el “que trabaja con la aportación no accesoria de una herramienta electrónica, pero el que trabaja con la aportación prevalente de ésta no está protegido por el Derecho del Trabajo”⁵¹⁷. En este sentido, identificamos al teletrabajador en el caso de que desempeñe el trabajo con sus propios medios y en su domicilio cuando estas aportaciones no tengan la virtualidad suficiente para convertir la actividad del teletrabajador en titular de una explotación o empresa en la que el objeto de lucrar un rendimiento por el capital invertido prevalece sobre la obtención de una renta por el trabajo realizado⁵¹⁸. Por todo ello, el “trabajador autónomo puede ser un pequeño empresario cuando precise para su actividad de la aportación de herramientas electrónicas propias que tengan la entidad suficiente para ser consideradas como un capital afecto a la prestación de servicios informáticos, así como una elemental organización personal”⁵¹⁹.

En la delimitación del ámbito de la LETA el dato de que el trabajador autónomo pueda reunir al mismo tiempo la condición formal de empleador es irrelevante a los efectos de la inclusión en el régimen profesional común del trabajador autónomo, pero no es así en el caso de la inclusión en el régimen especial de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante TRADE), donde se exige expresamente que no pueden reunir esa condición de forma simultánea con la de empleador⁵²⁰, porque entendemos que de alguna manera quedan insertos en el círculo rector de otra persona⁵²¹. Éste es

⁵¹⁷ GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 194, añadiendo que el supuesto más evidente es el “del teletrabajador que para poderse situar competitivamente en el mercado está obligado a dotarse de infraestructuras de su propiedad que prevalecen absolutamente con respecto a la aportación del trabajo personal”.

⁵¹⁸ STSJ Cataluña 11 de febrero 2000 (Recurso núm. 1261/2000), o bien cuando llegue a constituir una actuación auxiliar o complementaria o “un aprovechamiento añadido y secundario de la utilidad” que el trabajador proporciona a la empresa, STSJ Asturias 16 de marzo 2001 (AS 2001/335) y, por lo tanto, su aportación no invalida la existencia de un trabajo por cuenta ajena, STS 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/3578) y STSJ Canarias 16 de marzo de 2006 (AS 2006/1671). En contra, como indicio de autonomía por aportación de medios o útiles de trabajo, STSJ Asturias 25 de abril 2003 (JUR 2003/204342).

⁵¹⁹ En este sentido, RIVERO LAMAS, Juan, “El teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado”, obra cit., p. 310.

⁵²⁰ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., p. 64; GARCÍA NINET, José Ignacio, “Acerca de la Ley del estatuto del trabajo autónomo (LETA)”, *TS*, núm. 199, 2007, p. 6; DÍAZ-ARIAS, José Manuel, *El Estatuto del trabajador autónomo*, obra cit., p. 80; MERCADER UGUINA, Jesús R.; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., p. 69. En DEL REY GUANTER, Salvador, “Algunas consideraciones esenciales del proyecto de estatuto del Trabajador Autónomo”, *DL*, 77, 2006, p. 11, prevé que el papel del autónomo como empleador sea objeto de regulación en “otra norma de corte netamente organizativo empresarial relacionado con las empresas de menor dimensión”.

⁵²¹ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente”, *REDT*, núm. 126, 2005, p. 24. Véase el art. 11.3 LETA estableciendo que no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes, “los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho”. SELMA PENALVA, Alejandra, “El trabajador autónomo económicamente dependiente”, en LUJÁN ALCARAZ, José, (dir.) *El estatuto del trabajo autónomo: análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, obra cit., p. 136, se trata de un trabajo personal cuya característica se exige igualmente al trabajador asalariado, pero que el TRADE puede realizar bien a través de un contrato de actividad o de resultado.

uno de los datos objetivos que se exigen a esta modalidad de trabajo autónomo. El TRADE es un trabajador autónomo con una regulación específica, no un híbrido entre el trabajador por cuenta propia y el trabajador por cuenta ajena⁵²², ni tampoco un asalariado puro ni un autónomo puro “cuyos ejemplos más acabados se encuentran en el ámbito del teletrabajo”⁵²³.

En efecto, el régimen jurídico de vinculación entre el teletrabajador y el tele-empleador puede dar lugar a una contratación civil, mercantil o laboral. Entre estas posibilidades, y dependiendo de la forma en que se manifieste el teletrabajo, consideramos que se encuentra “a caballo entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo”, teniendo en cuenta el dato de que la prestación de servicios se realiza a distancia y que los poderes empresariales estén debilitados y el ejercicio de los mismos sea poco fuerte⁵²⁴. En este sentido, el teletrabajo se podrá identificar con los “*trabajadores autónomos económicamente dependientes*”, cuando éstos realicen una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales⁵²⁵.

La LETA reconoce la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente con la finalidad de dar cobertura social a un colectivo de autónomos que, a pesar de su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata, y que por lo tanto demandan un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena⁵²⁶. Los nuevos desarrollos organizativos y el

⁵²² GARCÍA NINET, José Ignacio, “Acerca de la Ley del estatuto del trabajo autónomo (LETA)”, obra cit., p. 9. En otro sentido, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., pp. 67 y 102, donde mantiene que se trata de una figura híbrida, entre el autónomo común y el asalariado. En CGPJ, Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, (TOL 1016501 DJJA — 3685, en www.tirantonline.com), p. 12, la figura del TRADE no forma un tertium genus situado entre las categorías de trabajadores del ET y del Estatuto del trabajo autónomo, sino que constituye una modalidad de trabajador autónomo, ordenada por el régimen de fuentes previsto en el art. 3 LETA.

⁵²³ LUJÁN ALCARAZ, José, “Introducción”, en LUJÁN ALCARAZ, José, *El Estatuto del trabajo autónomo: análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, obra cit., p. 23.

⁵²⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, *DL*, núm. 73, 2005, pp. 27 y 28; o en el elenco de “zonas grises”, en MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia actual (1980-2001)”, en *RMTAS*, núm. 38, p. 36.

⁵²⁵ Art. 11.1 Ley 20/2007. Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, la ley exige que reúna una serie de condiciones: a) no tener trabajadores por cuenta ajena a su cargo, ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; b) no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; c) disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; d) desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla (art. 11.2).

⁵²⁶ Exposición de motivos III de la Ley 20/2007. GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos”, obra cit., p. 2157, critica este paralelismo falso y engañoso en lo que se refiere a los aspectos laborales. Esta regulación fue reclamada por la doctrina, entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La función y la refundición del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 13, 2000, p. 29, justificada “en el despliegue de la propia función integradora (y de legitimación social) del Derecho del Trabajo. En ACKERMAN, Mario E., “El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo”, *RL*, núm. 3, 2004, p. 29, en la necesidad de protección de aquellas situaciones de trabajo que normalmente se califica de autónomo, mediante la exportación de algunas de las reglas del Derecho del trabajo y mecanismos de protección.

uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación son los desencadenantes de una serie de modalidades diversas de trabajo autónomo que la Ley menciona y que coexisten con la figura del autónomo clásico. No obstante, llama la atención que la LETA no haga referencia a los teletrabajadores autónomos, ya que el sector servicios es uno de los que más auge tiene en la prestación en régimen de teletrabajo, y no plantee “cuándo estamos en presencia de una relación laboral y cuándo no”⁵²⁷.

Esta figura nos recuerda a una categoría jurídica denominada parasubordinación contemplada en la normativa italiana que, manteniendo la relevancia entre la tradicional distinción entre trabajo autónomo y subordinado, sirve para diferenciar el bloque de normativa aplicable, y no para decidir sobre el criterio de aplicación del ordenamiento laboral⁵²⁸. En el ordenamiento italiano esta figura se caracteriza por la presencia de una serie de elementos como son la coordinación, la continuidad y el carácter prevalentemente personal de la relación⁵²⁹. En nuestra opinión, el peligro de esta figura del teletrabajador «parasubordinado» es que, sin coincidir con lo que viene a conocerse con el nombre de «falso autónomo», se encuentra “en la franja de intersección entre trabajo asalariado y el trabajo autónomo”, necesitada de una adecuada delimitación difícil de obtener cuando “el TRADE trabaje en exclusiva para un solo cliente y obtenga del mismo todos sus ingresos”⁵³⁰. En este caso lo más probable es que tras la aprobación de la LETA se experimente un proceso de ralentización a la laboralización de estas figuras cercanas a las del ET en el momento en que se incluyan, a pesar de teletrabajar para un sólo cliente, bajo la figura del TRADE⁵³¹.

En definitiva, los trabajadores autónomos dependientes son aquéllos en los que concurren las notas de realización del trabajo de forma personal y directa, en régimen de dependencia económica y con plena autonomía de organización de su

⁵²⁷ En MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., p. 68. Sin embargo, esto no es óbice para que en un futuro se tenga en cuenta, dada la previsión contenida en la DA decimocuarta de que el Gobierno elabora un estudio sobre los sectores de actividad que tienen especial incidencia en el colectivo de trabajadores autónomos.

⁵²⁸ En RUIZ DEL CASTILLO, María del Mar, “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el «trabajo parasubordinado»”, *RL*, Tomo II, 1991, pp. 162 y 163. En CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, obra cit., p. 18, se planteó que la futura intervención protectora del trabajo parasubordinado en algunos casos aconsejaba “resituar las fronteras del trabajo asalariado” para acoger en la nueva regulación aquéllos que forzosamente habían sido incluidos en el ámbito de aplicación del trabajo subordinado, y con ello introducir elementos de flexibilidad hasta entonces inexistentes.

⁵²⁹ En este sentido, RUIZ DEL CASTILLO, María del Mar, “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado»”, obra cit., pp. 170 a 173; VALDÉS ALONSO, Alberto, “El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente”, en VALDÉS DAL RÉ, Fernando; CRUZ VILLALÓN, Jesús (dirs), *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 200 a 203.

⁵³⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos”, obra cit., p. 2158. En parecidos términos, ORELLANA CANO, Ana María, “El régimen jurídico del trabajador autónomo en el nuevo estatuto”, *Diario La Ley*, núm. 6827, 23 de noviembre de 2007.

⁵³¹ En parecidos términos, DEL REY GUANTER, Salvador, “Algunas características esenciales del proyecto de estatuto del trabajo autónomo”, obra cit., p. 11. Sobre el desplazamiento del Derecho laboral hacia formas civiles o mercantiles en el teletrabajo, GALLARDO MOYA, Rosario, *Viejo y nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 67; BAYLOS GRAU, Antonio, “La «huida» del derecho del trabajo: tendencias y límites”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; MIRÓN, M^a del Mar (coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 42.

actividad -autonomía jurídica- pero sin integración en la organización productiva del cliente⁵³². El sistema de fuentes en la configuración del régimen profesional del TRADE se rige por el que se establece para los trabajadores autónomos (art. 3.1 LETA), es decir, las normas jurídicas aplicables a los trabajadores autónomos, los acuerdos colectivos de interés profesional de eficacia limitada aplicables sólo para los TRADE (art. 3.2 y 13 LETA), y por último los contratos individuales concertados entre el trabajador autónomo y su cliente⁵³³. Si nos detenemos en los acuerdos de interés profesional, observamos que en materia de teletrabajo se abre una posibilidad de regulación colectiva para el colectivo de los TRADE en el momento en que sean concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para que las que teletrabajen, estableciéndose las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales⁵³⁴.

La LETA deja un amplio margen de libertad a las partes en el establecimiento del contenido del acuerdo, otorgando de esta manera primacía a la libertad de negociación de las partes no sujetas a ninguna imposición o, en su caso, a un contenido mínimo imprescindible en sus cláusulas⁵³⁵. Esto significa que los sujetos pueden además suscribir en el acuerdo de interés profesional aquellos aspectos de la relación profesional de los TRADE como, por ejemplo, la imposición de ciertos deberes informativos a las empresas-cliente sobre la evolución o creación del teletrabajo autónomo, o la identificación de las actividades reservadas a los autónomos en el ámbito del teletrabajo, entre muchas otras⁵³⁶.

Estos acuerdos dotados de “plena eficacia vinculante”⁵³⁷ limitada a las partes firmantes, o a las que éstos representan por la concurrencia de una relación

⁵³² MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al estatuto del trabajo autónomo”, obra cit., p. 102.

⁵³³ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz; LAHERA FORTEZA, Jesús, “Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo”, obra cit., p. 100. El art. 3.1 de la LETA contempla que el régimen profesional del trabajador autónomo se regirá por: a) las disposiciones contempladas en la propia LETA, “en lo que no se opongan a las legislaciones específicas aplicables a su actividad así como al resto de las normas legales y reglamentarias complementarias que sean de aplicación”; b) la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo; c) los pactos establecidos individualmente mediante contrato entre trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional. Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas establecidas en el contrato individual contrarias a las disposiciones legales de derecho necesario; d) los usos y costumbres locales y profesionales.

⁵³⁴ Art. 13.1 LETA “Los acuerdos de interés profesional (...), concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad podrán establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de la contratación (...).”

⁵³⁵ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los acuerdos de interés profesional”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 399 y 400.

⁵³⁶ Estas materias son las que sugiere, entre otras, pero sin referencia al teletrabajo, SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy, “Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *RGDTSS*, núm. 15, 2007, p. 19.

⁵³⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, obra cit., p. 408, “la norma llega a otorgar una eficacia vinculante al acuerdo de interés profesional superior al derivado del pacto individual, superior en el sentido de que sus previsiones no pueden ser contradichas anterior o posteriormente por ese pacto individual”. En contra, GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz; LAHERA FORTEZA, Jesús “Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo”, obra cit., p. 110; OJEDA AVILÉS, Antonio, “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del Autónomo”, *AS*, núm. 4, 2009, p. 26, le atribuye un cometido “orientativo e interpretativo”.

afiliativa o asociativa⁵³⁸ y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para su aplicación individual, pueden servir como instrumento de acercamiento entre los TRADE y los teletrabajadores subordinados, de manera que las diferencias entre ambas figuras pierdan su significación y justificación⁵³⁹. En nuestra opinión, pese a la eficacia limitada de estos acuerdos, no existe inconveniente para que se pueda producir una extensión subjetiva y, por lo tanto, la adhesión al acuerdo de los no afiliados o a los afiliados a otras asociaciones o sindicatos, bien por vía individual mediante el consentimiento expreso del trabajador, o bien por vía colectiva mediante la adhesión de otros sindicatos o asociaciones inicialmente no firmantes del acuerdo⁵⁴⁰. Esta posibilidad no es óbice para que los acuerdos colectivos laborales sobre teletrabajo contengan regulaciones que afecten a los TRADE, teniendo en cuenta que éstos tienen reconocidos el derecho de afiliación⁵⁴¹.

No obstante, aunque esta fuente pueda proporcionar fórmulas de acercamiento al teletrabajo asalariado, no es incompatible con “una intervención en paralelo por parte de los poderes públicos”⁵⁴². Es decir, mantenemos la necesidad de regular un tratamiento unitario del teletrabajo con la finalidad de obtener el establecimiento de unos mínimos uniformes que respondan a unas exigencias fundamentales, como por ejemplo la salud, tiempo de trabajo, remuneración, respeto de derechos fundamentales, todas ellas dirigidas a todos los teletrabajadores con una relación de dependencia socioeconómica, no necesariamente formal, atendiendo también al incipiente trabajo autónomo, al menos en régimen de dependencia⁵⁴³. En definitiva, una ley de “mínimos” con vocación universal para todos los teletrabajadores como prevé nuestro ordenamiento jurídico laboral en la Disposición Final 1ª del ET⁵⁴⁴, un derecho

⁵³⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los acuerdos de interés profesional”, obra cit., p. 409, “la regulación se sitúa en el sentido estricto en el ámbito de la lógica del mandato representativo civil, apartándose claramente de la lógica laboral en nuestro ordenamiento que establece la eficacia general de los convenios colectivos”; igualmente GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz; LAHERA FORTEZA, Jesús “Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo”, obra cit., p. 109.

⁵³⁹ En ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, obra cit., p. 242, en relación con la probabilidad de que el proceso de limitación del empleador no se quede estancado en la LETA, “sino que prosiga su andadura, entre otras cosas por la introducción de los acuerdos de interés profesional”.

⁵⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los acuerdos de interés profesional”, obra cit., pp. 409 y 410.

⁵⁴¹ Sobre la negociación colectiva laboral de cuestiones que afecten a los TRADE, SEPÚLVEDA GÓMEZ, María, “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *TL*, núm. 81, 2005, p. 200; SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy, “Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, obra cit., p. 4. En MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Trabajadores en la frontera: comentario al estatuto del trabajo autónomo”, pp. 108 y 109, se localizan una decena de convenios colectivos, en diversas modalidades de cláusulas, que recogen bajo su ámbito contratos civiles de servicios profesionales. Según este autor, la línea mayoritaria se inclina por las cláusulas excluyentes del ámbito aplicativo del convenio, y las incluyentes lo son “a los efectos de evitar que produzca un recurso «desleal» a estas formas de empleo”. En el Derecho alemán se prevé la negociación de convenios colectivos para trabajadores que no siendo jurídicamente dependientes, lo son económicamente, en ZACHERT, U., “Trabajo atípico: el ejemplo alemán”, *RDS*, núm. 22, 2003, p. 12.

⁵⁴² En este sentido, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, obra cit., p. 29, “el impulso que puede desempeñar la negociación colectiva no se contradice con la conveniencia de una intervención en paralelo por parte de los poderes públicos, por cuanto que la actuación de la negociación colectiva se vislumbra como insuficiente en este terreno”. Entre las razones, por mínimas que sean, sostiene la conveniencia de que existan ciertas reglas comunes de garantía del teletrabajo autónomo prestado personalmente y sin empleados a su servicio.

⁵⁴³ En iguales términos, GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., pp. 228 y 229.

⁵⁴⁴ DF 1ª del ET, “El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos

común del teletrabajo, sin perjuicio de que algunas de las ramas se adapten a diversas situaciones (teletrabajo subordinado, teletrabajo económicamente dependiente)⁵⁴⁵.

Los TRADE constituyen una categoría de trabajo autónomo cuyo encuadramiento “gira sobre el elemento de la inserción en una organización productiva externa”⁵⁴⁶ que, aunque no sirve para la delimitación del teletrabajo entre una relación laboral y relación civil o mercantil, puede ser un “incentivo para la declaración de no laboralidad de un buen número de prestaciones de servicios en las que, existiendo dependencia económica, la subordinación funcional no es tan evidente”⁵⁴⁷. En este sentido, el elemento o nota esencial para decantarnos por el carácter laboral o no de la prestación de servicios en el teletrabajo es el de la dependencia interpretada en sentido amplio⁵⁴⁸. Los rasgos que caracterizan al teletrabajo han transformado el concepto clásico de dependencia, ya que la deslocalización y la falta de control directo hacen que la nota de la dependencia se traslade del interior de la relación laboral a su exterior, es decir, a su conexión con la organización empresarial, “lo que, dada la definición tradicional de dependencia, supone una evidente contradicción, y a la postre una radical mutación en su concepción clásica”⁵⁴⁹.

Como ocurre en todas las figuras laborales nuevas, el problema del encuadramiento jurídico del teletrabajo es en sí mismo un problema de calificación. Mientras no contemos con una ley específica sobre el teletrabajo, tendremos que atender a si la relación de teletrabajo coincide realmente con la calificación formal atribuida por las partes, o si por el contrario se puede reconducir a otro esquema

aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”. En nuestro ordenamiento, esta posibilidad queda reducida a la regulación contemplada en los arts. 108 y 110 de la Ley 84/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, garantizando el salario y ordenando la aplicación de la legislación laboral en cuanto sea compatible con la legislación arrendaticia a aquellos aparceros que aporten exclusivamente trabajo personal o el valor de su aportación material sea inferior al 10% del total de los medios utilizados, así como a los que se dediquen por tiempo inferior a un año al cultivo de tierras labradas por su propietario; Ley 27/1999, de 16 julio, de Cooperativas establece, al igual que su predecesora, un régimen especial de trabajo para los “socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajo asociado y para los socios trabajadores de las Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra”; art. 3.1 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en lo relativo a la afiliación de los trabajadores por cuenta propia a sindicatos siempre que no tengan trabajadores a su servicio; arts. 3.1 y 24.5 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en relación a ciertos derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos en esa materia; y la aplicación de los deberes de cooperación, información e instrucción en el supuesto de que en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas. También RD 1627/1997, de 24 octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

⁵⁴⁵ SUPLOT, Alan, “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, *RIT*, vol. 118 (1999), núm. 1, p. 39, propugna la extensión del campo de aplicación del derecho laboral y de “un derecho común del trabajo, sin perjuicio de que algunas de sus ramas se adapten a las diversas situaciones (trabajo subordinado, trabajo «cuasi subordinado», es decir, económicamente dependiente, etc.)”.

⁵⁴⁶ GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, obra cit., p. 41.

⁵⁴⁷ MERCADER UGUINA, Jesús R.; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., p. 98.

⁵⁴⁸ MERCADER UGUINA, Jesús R.; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”, obra cit., p. 97.

⁵⁴⁹ MERCADER UGUINA, Jesús R., *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, obra cit., p. 84. En ROMÁN DE LA TORRE, Dolores, *El poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, p. 65, se concreta en el ejercicio del poder de dirección y a las formas en que los trabajadores quedan vinculados tanto a la dirección como al control.

contractual⁵⁵⁰. Al respecto, es un dato constatado la revalorización de la voluntad de las partes en la propia caracterización jurídica del vínculo entre las mismas, en donde prevalece la calificación jurídica del vínculo que las partes hayan previsto⁵⁵¹. Por lo tanto, los problemas de calificación se resolverán atendiendo a la voluntad de las partes dado que son libres de elegir la forma contractual que deseen siempre que no exista una falta de concordancia entre la realidad de las prestaciones de la relación obligatoria y el *nomen iuris*⁵⁵². Existirá contrato de trabajo cuando la prestación de servicios se desempeñe en régimen de ajenidad y dependencia y, por lo tanto, confluyan los rasgos que caracterizan la relación laboral (art. 1.1 ET). Así mismo, si las partes deciden excluir el elemento de la subordinación, no se puede obtener otra calificación salvo si se demuestra que ese elemento está presente en la relación contractual⁵⁵³.

2.3. Teletrabajadores de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos

La experiencia de la prueba piloto de teletrabajo realizada en la Administración Pública desembocó en un Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre un Proyecto de Real Decreto que regula el teletrabajo en la misma. La importancia de la implantación del teletrabajo en la Administración Pública y el desarrollo del reciente Estatuto Básico del Empleado Público, nos obliga a detenernos en el estudio del Proyecto como posible fuente de producción normativa con vocación de aplicación a otras Administraciones, y como ejemplo normativo extensible al sector privado. Es de destacar la necesidad de modernización y de un cambio en la cultura del trabajo en la Administración Pública, y en este sentido consideramos que la implantación del teletrabajo puede contribuir a alcanzar estos objetivos, ya que permite establecer sistemas de evaluación del trabajo relacionados con el desempeño de las tareas, como contempla el art. 20 del Estatuto Básico de la Empleado Público.

En el ámbito de las Administraciones Públicas, y en el marco de la política presupuestaria, en nuestro país se planteó la necesidad de impulsar la mejora de la calidad en la prestación de los servicios públicos, el incremento de la productividad, la mejora de las condiciones de trabajo y la optimización del funcionamiento de las

⁵⁵⁰ En iguales términos, GAETA, Lorenzo, "Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana", obra cit., p. 39.

⁵⁵¹ En este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, José Luis, *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 97.

⁵⁵² GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz; LAHARA FORTEZA, Jesús, "Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo", obra cit., pp. 84 a 93.

⁵⁵³ En GAETA, Lorenzo, "Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana", obra cit., p. 39; GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 69. En este sentido, no se parte de la presunción del art. 8.1 del ET, sino de la presencia de las notas presentes en el art. 1.1 ET, entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 238; LUJÁN ALCARAZ, José, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, obra cit., pp. 263 a 315.

Administraciones Públicas⁵⁵⁴. El 4 de marzo de 2005 el Consejo de Ministros aprobó el denominado Plan Concilia, estableciendo una serie de medidas para hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar en el ámbito público⁵⁵⁵. En este marco, el Ministerio de Administraciones Públicas desarrolló con éxito un Plan Piloto para la Aplicación de Técnicas de Teletrabajo para los empleados públicos⁵⁵⁶. La Comisión de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar del Ministerio de Administraciones Públicas (en adelante MAP) encargó el desarrollo del plan de aplicación de las tareas de teletrabajo y su supervisión a un comité de técnicos independientes del MAP, Grupo de Expertos, que se constituyó en otoño de 2004⁵⁵⁷.

En la primavera de 2005 se inició el proceso de inscripción de voluntarios para la experiencia, bajo la supervisión y guía de los Responsables de Área. En octubre de 2005, una vez dotados los trabajadores de los medios técnicos, comienza la experiencia que, tras tres meses de duración, demuestra que el teletrabajo es una herramienta “excelente” para lograr la conciliación de la vida familiar y laboral⁵⁵⁸. Se pone especial énfasis en que el uso del teletrabajo en el ámbito de la Administración Pública constituye una herramienta eficaz para favorecer la conciliación entre la vida profesional y la personal, así como para incrementar la calidad del trabajo realizado. La experiencia se realiza en los Servicios Centrales de la Administración General del Estado y, como paso previo a una posterior regulación, se pretende hacerla extensiva a otros Departamentos con la idea de crear un modelo que pudiera ser seguido por otras instancias de la Administración Autonómica y Local⁵⁵⁹. De este modo, se publica la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales⁵⁶⁰. Sin embargo, esta normativa

⁵⁵⁴ Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas, firmada por la Administración y las organizaciones sindicales UGT, CCOO y CSI-CSIF el 21 de septiembre de 2004.

⁵⁵⁵ Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo en la Administración General del Estado, Sesión ordinaria del Pleno de 21 de marzo de 2007, pp. 2 a 4.

⁵⁵⁶ Vid. Informe del Grupo de Expertos, SAMPEDRO GALLEGU, Rosario; SÁEZ SORO, Emilio; ÁLVAREZ RUIZ, Antón, “Informe técnico plan piloto para la aplicación de técnicas de teletrabajo en la función pública”, en Libro Electrónico sobre el Plan Concilia. Horarios y teletrabajo, IMAP, gobierna, mayo 2006, www.map.es.

⁵⁵⁷ La implantación del Plan Piloto se desarrolló en las siguientes etapas sucesivas: 1) diseño de la experiencia por parte del Grupo de Expertos y del MAP; 2) fase de convocatoria de voluntarios; 3) comprobación de su perfil mediante cuestionarios y entrevistas, así como a través del criterio de sus superiores; 4) fase formativa en el uso de los medios técnicos, así como de nociones respecto a la organización del teletrabajo; 5) petición a los Responsables de criterios de supervisión y evaluación del teletrabajo. En SAMPEDRO GALLEGU, Rosario; SÁEZ SORO, Emilio; ÁLVAREZ RUIZ, Antón, “Informe técnico plan piloto para la aplicación de técnicas de teletrabajo en la función pública”, obra cit., p. 100.

⁵⁵⁸ Informe técnico plan piloto para la aplicación de técnicas de teletrabajo en la función pública, obra cit., pp. 161 y ss.

⁵⁵⁹ En el ámbito local, art. 33 Ayuntamiento de Vallgorriana (DOGC 26 de junio 2003, núm. 3912), como medida para evitar la excedencia del trabajador ante circunstancias personales. Al respecto, véase la previsión en el art. 21 de la Ley 12/2006, de 20 de septiembre para la mujer de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOE 17 de octubre 2006, núm. 248), estableciendo que las “administraciones públicas deben incentivar a las empresas que faciliten la inclusión, en los convenios colectivos de empresa, de acuerdos sobre la flexibilidad de horarios y modalidades de prestación de servicios a distancia a la presencial según las necesidades familiares del personal a su servicio; e igualmente en Andalucía, CONSEJERÍA DE INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPRESA, Plan de Andalucía Sociedad de la Información (2007-2010), Diciembre 2006, en www.juntadeandalucia.es.

⁵⁶⁰ BOE 23 de junio 2006 (BOE núm. 149). La Resolución de la Subsecretaría de Administraciones Públicas de 14 de noviembre de 2006 aprueba el Programa Piloto de Teletrabajo a desarrollar en el ámbito del Departamento durante seis meses, y finalización en junio de 2007.

no contempla una regulación general del teletrabajo en las Administraciones Públicas que pueda servir como modelo para una ley general del teletrabajo sino que, al contrario, sólo hace referencia a algunos aspectos como la definición del teletrabajo; la puesta en marcha y extremos que deben contener los programas piloto de teletrabajo; y por último, una referencia a la no aplicación de los criterios generales sobre jornada y horario a los teleempleados públicos.

La Orden establece una definición del teletrabajo limitada y reducida al ámbito del domicilio, que no ha prosperado posteriormente en la negociación colectiva del MAP con las organizaciones sindicales del Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo en la Administración General del Estado⁵⁶¹. No obstante, ese acercamiento del Ministerio de Administraciones Públicas a la regulación del teletrabajo en la Orden APU/1981/2006 no responde al papel que tiene como regulador general de la materia, sino al de un “mero empleador”⁵⁶², bastante alejado de la experiencia normativa en la Administración Pública Italiana⁵⁶³ y de los compromisos adquiridos por el MAP en la regulación de las condiciones del teletrabajo en la AGE⁵⁶⁴.

Posteriormente, en abril de 2007 el gobierno elabora un Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo en la Administración General del Estado⁵⁶⁵, pero sin someterlo a las fases previas de consulta y negociación con las organizaciones sindicales, que eleva al Consejo Económico y Social para la elaboración del Dictamen preceptivo, manifestando éste la carencia de dicho trámite legal⁵⁶⁶.

Como consecuencia del Dictamen del CES, el Ministerio de Administraciones Públicas inicia un proceso negociador en el marco de la Mesa General de la Administración General del Estado relativo al Proyecto de Real Decreto que

⁵⁶¹ Art. 1 Orden APU/1981/2006, entiende por teletrabajo “toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos”.

⁵⁶² CALVO GALLEGÓ, Javier, “Nuevas tecnologías, relación de trabajo y técnicas de regulación”, en *Boletín Informativo CARL*, núm. 10, 2008, p. 4.

⁵⁶³ La Ley del 16 de junio de 1998, núm. 191, (Ley “Bassanini”); el Reglamento aprobado mediante Decreto del Presidente de la República del 8 de marzo de 1999, núm. 70 y el Acuerdo colectivo marco firmado el 23 de marzo 2000.

⁵⁶⁴ En la Disposición Final Sexta de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE 23 junio de 2007, núm. 150), se establece que “el Ministerio de Administraciones Públicas, en colaboración con los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Trabajo y Asuntos Sociales, regularán antes del 1 de marzo de 2008 las condiciones del teletrabajo en la Administración General del Estado”.

⁵⁶⁵ El Proyecto brinda la posibilidad a trabajadores y funcionarios de alternar su presencia en el centro de trabajo con algunas de las modalidades de jornada de carácter no presencial desde su domicilio establecidas en los programas de teletrabajo aprobados anualmente por los departamentos ministeriales o sus organismos autónomos. También la limitación de la jornada en régimen de teletrabajo que no podrá exceder del 40%, el carácter voluntario, y la no disminución de retribuciones por la condición de teletrabajador, con respecto a las que correspondan ordinariamente al puesto de trabajo; los programas de teletrabajo que se impondrán anualmente por los departamentos ministeriales oídas las organizaciones sindicales; requisitos y condiciones que deben reunir los empleados de la AGE, y otros relacionados con aspectos organizativos, evaluación del trabajo, confidencialidad de datos, seguridad y salud, y seguimiento y evaluación de los programas de teletrabajo.

⁵⁶⁶ Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el teletrabajo en la Administración General del Estado, Sesión ordinaria del Pleno de 21 de marzo de 2007.

concluye, en el tiempo “record” de tres semanas en un Acuerdo, de 7 de mayo de 2007, y en una Declaración Administración-Sindicatos de Ratificación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo, el 8 de mayo de 2007 (en adelante el Proyecto). Este Acuerdo manifiesta la necesidad de promover una regulación uniforme del teletrabajo que afecte a todos los empleados por igual, al tratarse de una forma de trabajo que incrementará la calidad del servicio prestado a la ciudadanía, y potenciará el servicio público en general. Esta regulación de las condiciones de trabajo, en que los empleados públicos serán teletrabajadores exige, como apoyo y garantía a este sistema, la negociación con las Centrales Sindicales para incorporar una serie de aportaciones al texto del proyecto.

Entre las reivindicaciones conseguidas se encuentran, entre otras, las siguientes: la relativa a que la prestación de teletrabajo no se limite exclusivamente al domicilio, el retorno al trabajo presencial, la adaptación de los sistemas de evaluación a las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público, la necesidad de que los planes de teletrabajo se negocien con las organizaciones sindicales: el aumento del porcentaje de jornada susceptible de ser prestada a través del teletrabajo con un límite máximo del 50% de la jornada prestada fuera del lugar de trabajo⁵⁶⁷.

En la actualidad, razones de política legislativa hacen que el Real Decreto esté aún pendiente de aprobación “sine die”. Sin embargo, no por ello vamos a abandonar su estudio, teniendo en cuenta la existencia del Acuerdo de 7 de mayo de la Mesa General de Negociación en la AGE, por medio del cual Administración y Sindicatos aprueban la regulación de un régimen común del teletrabajo, aplicable a funcionarios y personal laboral, y por lo tanto de un instrumento que identifica y diferencia la prestación de servicios en el sector público. En definitiva, se trata de un texto que representa un “paso más” dentro de un amplio y complejo proceso de reforma del empleo público, cuyo último exponente se encuentra en el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), donde el papel de las organizaciones sindicales y de la negociación colectiva han sido relevantes⁵⁶⁸.

2.3.1. El proyecto de regulación y su contenido

El objeto del Proyecto es la regulación del teletrabajo en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos mediante el uso de las nuevas

⁵⁶⁷ Véase la nota informativa de 26 de abril 2007, de la Federación de Servicios Públicos de UGT. Secretaria del Sector de la Administración General del Estado, www.fspugt.es.

⁵⁶⁸ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 13 de abril 2007, núm. 89). Vid. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, “El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo”, *RL*, núm. 18, 2007, p. 56, en relación con una serie de consideraciones generales que previamente realiza. En MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Aspectos laborales del estatuto básico del empleado público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos”, *RTYSS, CEF*, núms., 293-294, 2007, p. 119, uno de los grandes protagonistas del cambio en la Administración Pública “es la negociación colectiva, en virtud del reforzamiento dado por el EBEP a la autonomía colectiva como nueva fuente reguladora del Derecho del Empleo Público”.

tecnologías para la prestación del servicio público no presencial. La finalidad que se persigue no es sólo obtener una mayor satisfacción laboral por su contribución a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal a su servicio⁵⁶⁹, como se configuraba exclusivamente en el Plan Concilia sino que, siguiendo el Dictamen del Consejo Económico y Social, se amplía en concordancia con el AMET 2002, a la idea de la modernización de la organización del trabajo, la potenciación del servicio público en general y la calidad del desempeño del mismo (art. 1)⁵⁷⁰.

El Proyecto incorpora unas definiciones de teletrabajo y de teletrabajador respecto de las que cabe realizar una serie de observaciones. Por un lado, no se reduce a la modalidad de teletrabajo a domicilio, sino que se amplía a todas las modalidades de teletrabajo “técnicamente posible” en consonancia con las sugerencias de los sindicatos y con la regulación italiana⁵⁷¹. Y por otro lado, dado que el teleempleado sigue adscrito a su unidad productiva «originaria», el centro de teletrabajo o la específica localización del teletrabajo (como el domicilio, lugar itinerante, telecentro) no constituye una unidad productiva autónoma⁵⁷². El Proyecto entiende por teletrabajo “toda modalidad de prestación de servicios en la que se desarrolla una parte de la jornada laboral en un sistema no presencial y desde un puesto de trabajo en que se garanticen las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, de seguridad social, de privacidad y de protección y confidencialidad de los datos mediante el uso de los medios electrónicos⁵⁷³, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en la forma y condiciones previstas en el presente Real Decreto y en las normas que lo desarrollen”.

La prueba piloto intentó extender la experiencia al mayor número de tareas posibles (de dirección y organización, técnicas, administrativas o de atención al público), siendo consciente de la dificultad que presenta la introducción de cambios organizativos en una estructura burocrática como la Administración del Estado, al incorporar cambios profundos en la cultura del trabajo⁵⁷⁴. En principio, todos los puestos son susceptibles de teletrabajo, excepto aquéllos cuyo desempeño requiera contactos personales frecuentes o sean de atención directa

⁵⁶⁹ En IVANCEVICH, John M.; KONOPASKE, Robert; MATTESON, Michael, *Comportamiento organizacional*, McGrawHill, México, 2006, p. 561, unos estudios recientes canadienses indican que el trabajo en casa o en su cercanía ayuda a los padres a equilibrar las demandas del trabajo y de la familia.

⁵⁷⁰ LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Permisos y licencias de los funcionarios públicos: adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto básico del empleado público*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 67, señala otras ventajas como menores gastos en bienes raíces, mayor productividad, mayores utilidades en satisfacción del cliente y en servicio, o beneficios ambientales.

⁵⁷¹ Art. 2.1 b) D.P.R. de 8 de marzo de 1999, núm. 70, Reglamento de desarrollo de la disciplina del teletrabajo en las Administraciones Públicas, considerando como “teletrabajo” la prestación de trabajo ejecutada por el personal dependiente de una de las Administraciones Públicas (...), donde la prestación sea técnicamente posible, con el prevalente soporte de tecnologías de la información y de la comunicación, que permitan la conexión con la Administración con la que la propia prestación se encuentra relacionada.

⁵⁷² GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “Teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 187.

⁵⁷³ En este sentido, nada se dice sobre el tipo de conexión que debe utilizar el teleempleado, ya que en estos casos lo importante es que el teleempleado dirija su prestación hacia la Administración que es la que “podrá decidir mejor como dirigir y utilizar la prestación de su propio empleado”, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 191.

⁵⁷⁴ MAP, *Libro Electrónico. Plan Concilia. Horarios y Teletrabajo*, obra cit., p. 83.

al público (subdirectores generales, registro, información presencial al ciudadano, secretarías, ordenanzas y, en general, todos aquellos puestos cuyo desempeño requiera la presencia del empleado en el centro de trabajo)⁵⁷⁵. En cualquier caso, estas nuevas formas de dispensar servicios tienen difícil acomodación “en una entidad en donde el horario se convierte en algo principal y no secundario, relegando por ello la calidad del servicio a un tema tan irrelevante”, por lo que coincidimos con la doctrina en que el cambio en la cultura del trabajo es algo necesario y esencial para obtener la optimización de la gestión y del servicio dentro de la Administración Pública⁵⁷⁶.

En cuanto a la definición de teletrabajador, el Proyecto extiende el ámbito subjetivo a “aquel empleado público, funcionario o laboral que, en el desempeño de su puesto de trabajo, alterna su presencia en el centro de trabajo en el que desarrolle sus funciones con alguna de las modalidades de distribución de la jornada establecidas en los programas de teletrabajo aprobados anualmente por los Departamentos Ministeriales o sus Organismos Públicos”. De esta definición destacamos las siguientes características: 1) que el teletrabajo es una modalidad que se aplica en la AGE indistintamente tanto al personal laboral como al funcionario (empleado público); 2) que se opta por la modalidad del teletrabajo pendular o alternativo como medida para favorecer la adaptación⁵⁷⁷; 3) y que el establecimiento de las modalidades de distribución de la jornada compete a los Departamentos Ministeriales o sus Organismos Autónomos mediante la aprobación anual de los programas de teletrabajo.

Así, con respecto a la primera característica relacionada con el ámbito subjetivo de aplicación del teletrabajo se debe significar que en la función pública tienen la consideración de «empleados públicos» “quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (art. 8 Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP). Por lo tanto, cabe incluir dentro de este término al que trabaja en las Administraciones Públicas como personal integrado en la organización administrativa y que desempeña un puesto de trabajo propio de algunas de ellas, quedando al margen los que trabajan *para* o al *servicio de* una Administración Pública (autónomos o contratados por una empresa de servicios)⁵⁷⁸. El proyecto contempla el teletrabajo en la relación de empleo en el sector público, que está

⁵⁷⁵ MAP, Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado, septiembre 2006, p. 4, www.map.es.

⁵⁷⁶ LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Permisos y licencias de los funcionarios públicos: adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto básico del empleado público*, obra cit., p. 67. Entre los teletrabajadores y los compañeros que no participaban en el Plan Piloto se generó “cierta tensión, con una relación de envidia solapada: los compañeros no teletrabajadores consideraban que el teletrabajador vivía una situación de favor y veían las jornadas de teletrabajo como «días de vacaciones»”, en MAP, *Libro Electrónico. Plan Concilia. Horarios y Teletrabajo*, obra cit., p. 174.

⁵⁷⁷ En el *Libro Electrónico sobre el Plan Concilia. Horarios y teletrabajo*, obra cit., p. 124, se hace referencia a la necesidad de la introducción del teletrabajo de forma parcial “para no romper con las formas de trabajo establecidas ya que se trataba de generar adaptaciones que permitiesen una mejor Conciliación, algo que no tenía que chocar con la dinámica natural de los distintos trabajos”.

⁵⁷⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Clases de personal”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 85.

integrado por distintos prestadores de actividad –trabajadores y funcionarios- que no tienen “los mismos derechos y obligaciones unos respecto de otros”, ni se encuentran en situaciones idénticas, “aunque progresivamente está produciéndose un doble fenómeno de interinfluencia”⁵⁷⁹.

El concepto de “empleado público” se desglosa en cuatro categorías de personas: los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos⁵⁸⁰, el personal laboral y el personal eventual⁵⁸¹ que, a su vez, se reconducen en dos grupos, el personal funcionario y asimilado, y el personal laboral (arts. 8 a 12 EBEP)⁵⁸². El EBEP parte de un sistema dual consolidado de empleo público, y apuesta por la integración de los dos regímenes de funcionarios públicos y de contratados laborales, pero no acaba con la dualidad de regímenes jurídicos ni configura el régimen de la función pública sobre la base de un único modelo dadas las singularidades que cada régimen presenta⁵⁸³.

En la Constitución no existe un principio unitario del régimen laboral y funcional (STC 99/1987, RTC 1987/99). Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia han asumido plenamente el criterio de la diferenciación entre el colectivo de los trabajadores que entronca con el art. 35 CE, y el funcional con el art. 103 CE, “por lo que no cabe la aplicación automática de la normativa laboral al ámbito de la función pública”⁵⁸⁴.

En materia de teletrabajo, en la AGE nos encontramos con una regulación unitaria para el empleado público, pero con un régimen jurídico diferenciado en función de la prestación de servicios. La naturaleza laboral o funcional del puesto de trabajo que se teletrabaja es diferente teniendo en cuenta que “el ejercicio de

⁵⁷⁹ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *REGDTSS*, núm. 14, 2007, pp. 2 y 3, por el cual instituciones clásicas de la relación funcional se aplican a los trabajadores (principios de mérito y capacidad, ciertas normas de derecho público, como el régimen de incompatibilidades), e instituciones clásicas de la relación laboral se aplican a los funcionarios (negociación colectiva).

⁵⁸⁰ Son funcionarios de carrera “quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”, y funcionarios interinos “los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de carrera” cuando se den una serie de circunstancias (plazas vacantes, sustitución, ejecución programas temporales, exceso o acumulación de tareas por un plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses”, (arts. 9.1 y 10.1 EBEP).

⁵⁸¹ “Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin” (art. 12.1 EBEP).

⁵⁸² Sobre las categorías de personas incluidas en el concepto de empleado público, entre otros, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, obra cit., p. 2.

⁵⁸³ GOÑI SEIN, José Luis, “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AAVV, *El estatuto básico del empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, *Laborum*, Murcia, 2008, p. 141. OJEDA AVILÉS, Antonio, “Los límites del paradigma laboral en la función pública”, *RL*, 1991-I, pp. 114 a 120, señalaba tres rasgos tendenciales del modelo público: a) la fascinación por el modelo empresarial como motor dominante; b) reducción de las ramas especiales en la normativa sobre trabajo humano; y c) un «divario» natural: democracia política vs. democracia económica.

⁵⁸⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio V., QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda, “El personal laboral del sector público”, *AS*, núm. 14, 2007, pp. 14 y 15.

las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca" (art. 9.2 EBEP). Es decir, serán la leyes de la función pública que se dicten en desarrollo del EBEP las que deberán establecer los criterios para determinar qué puestos de trabajo puede desempeñar el personal laboral, pero vinculados por la cláusula de salvaguarda de poder público e intereses generales del art. 9.2 EBEP⁵⁸⁵, que posteriormente van a aparecer en los programas de teletrabajo como susceptibles de ser desempeñados en régimen de teletrabajo.

Con todo, la condición de teletrabajador –trabajadores y funcionarios- se adquiere voluntariamente y por tiempo determinado mediante una resolución de la Subsecretaría del Ministerio u órgano responsable en materia de personal del organismo público correspondiente, que son los que autorizan la incorporación del empleado público a un programa de teletrabajo⁵⁸⁶. El proyecto contempla un período de prueba de tres meses que, una vez concluido, pueden suspender cualquiera de las partes⁵⁸⁷, y así mismo la reversibilidad del teletrabajo. En este caso, cuando surjan "causas sobrevenidas que alteren sustancialmente las condiciones que motivaron la Resolución que concede la condición de teletrabajador", como por ejemplo falta de adaptación del empleado público al teletrabajo, el trabajador vuelve a recuperar la jornada que tenía asignada antes de asumir la prestación del servicio bajo la modalidad de teletrabajador⁵⁸⁸.

En relación con la segunda característica, relativa a la modalidad de trabajo parcial que permite el Proyecto, se contempla que la prestación de servicios no puede superar con carácter general el 50% de la jornada semanal, y en ningún caso puede suponer una merma o disminución de las retribuciones que correspondan ordinariamente al puesto de trabajo, incluidas las que remuneren el rendimiento o especial dedicación (art. 3)⁵⁸⁹. Consideramos que la reducción de la jornada destinada al teletrabajo implica una modernización de los hábitos

⁵⁸⁵ SANDE PÉREZ-BEDMAR, María, "El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo", obra cit., p. 59.

⁵⁸⁶ La voluntariedad no va acompañada de la necesidad del consentimiento del trabajador, salvo que la modalidad por la que se opte sea el teletrabajo a domicilio. No obstante, la autorización de la Administración hace referencia a "un acto de gestión a través del cual la administración, después de haber decidido recurrir al teletrabajo, ejercita el propio poder empresarial de organización, modificando las formas de realización de la prestación de aquellos empleados que figuran afectos a la realización del proyecto, en GAETA, Lorenzo, PASUCCI, Paolo, "El teletrabajo en el ordenamiento italiano", obra cit., p. 205.

⁵⁸⁷ Igualmente, art. 4.3 D.P.R. de 8 de marzo de 1999, núm. 70, Reglamento de desarrollo de la disciplina del teletrabajo en las Administraciones Públicas, aunque sin la concreción del plazo.

⁵⁸⁸ En el AMET 2002 no se contempla causa de la reversibilidad o del retorno a las instalaciones, sino que éste se remite a un acuerdo individual y/o colectivo, como también las modalidades de la misma. En definitiva, de lo que se trata es de no legitimar el poder de la propia administración de disponer unilateralmente el destino del empleado, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, "El teletrabajo en el ordenamiento italiano", obra cit., p. 207.

⁵⁸⁹ En la redacción originaria del Proyecto se incluía "las que remuneren el rendimiento o especial dedicación o el desempeño cuando el teletrabajador cumpla los objetivos o tareas que le hayan sido asignados por el responsable de la unidad". En este sentido, los agentes sociales lo que pretenden es vincular el sistema de evaluación al contemplado, en general, en el EBEP, que habrá de ser desarrollado. Véase nota informativa Federación de Servicios Públicos de UGT, de 13 de marzo 2007, en www.fspugt.es.

y de las relaciones laborales en la función pública, en cuanto que incorpora el trabajo por objetivos que, según el informe del Grupo de Expertos, supuso en el proyecto piloto unas mejoras personales y productivas altamente significativas, con la consecuente rentabilidad económica en este tipo de experiencias⁵⁹⁰. Así mismo, conlleva un cambio profundo en las tareas y en las responsabilidades de los Responsables de Áreas, obligados a evolucionar desde métodos de evaluación convencionales, basados en criterios presenciales (asistencia, puntualidad, horas de trabajo...), a otros basados exclusivamente en el cumplimiento de objetivos establecidos previamente⁵⁹¹.

En cuanto a la tercera característica, relacionada con el establecimiento de las modalidades de distribución de la jornada, los Departamentos Ministeriales y sus Organismos Públicos (en adelante DP y OP), son los órganos encargados de poner en marcha, previa negociación con las organizaciones sindicales en el ámbito de representación, los programas de teletrabajo (art. 4.1)⁵⁹². Éstos se aprueban anualmente por Resolución de la Subsecretaría o de la Presidencia o Dirección de dichos organismos, dando cuenta de los mismos a la Dirección General de Organización e Inspección de los Servicios del Ministerio de Administraciones Públicas (art. 4.3)⁵⁹³. Ahora bien, con carácter previo, los DM y OP deben implantar una plataforma que permita la conexión electrónica entre los teletrabajadores y la unidad a la que se encuentren adscritos, así como entre todo el personal que desarrolle funciones, actividades o tareas correspondientes al mismo proceso de trabajo.

Al respecto, deben facilitar a cada teletrabajador el equipamiento y las líneas de comunicación necesarias para el desarrollo de sus funciones, financiando los costes derivados de su utilización. Si el teletrabajador dispusiese de equipamiento y de ADSL se podrán sustituir los equipos y el tipo de conexión por otros más adecuados para el teletrabajo, siempre que dicha sustitución no suponga perjuicio alguno para el empleado (art. 6.1 y 2)⁵⁹⁴. La implantación de una plataforma informática ha de ser lo más adecuada posible a las tareas del teletrabajo en la función pública. En la experiencia piloto se recurrió a sistemas alternativos más convencionales (fotocopias, escaneados, *pendrives*, CDs o autoenvíos por correo

⁵⁹⁰ Libro electrónico sobre el Plan Concilia. Horarios y teletrabajo, obra cit., p. 179.

⁵⁹¹ Libro electrónico sobre el Plan Concilia. Horarios y teletrabajo, obra cit., p. 111.

⁵⁹² La Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales contemplaba el trámite de la consulta sustituido posteriormente por la negociación con la firma del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la AGE, 7 de mayo de 2007. Estos programas de teletrabajo no pueden ser utilizados en ningún caso como sistema para la deslocalización de los centros de trabajo o de las oficinas administrativas (art 4.2).

⁵⁹³ En la implantación del Programa Piloto de teletrabajo, se designó a un equipo coordinador del Programa, formado por personas que pudieran mantener relaciones fluidas con los responsables directos de las Unidades del Departamento u Organismo. Hay que tener en cuenta que buena parte del éxito o del fracaso del Programa depende de que las personas sean adecuadas o no. Por eso se sugirió que el director del equipo tuviera la categoría de Subdirector General, asesor del Gabinete o Director General, y que las personas que formaran parte del equipo pudieran atender aspectos como los relacionados con las comunicaciones, las relaciones laborales, las tecnologías o la prevención de riesgos laborales, en *MAP, Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado*, obra cit., p. 2.

⁵⁹⁴ En este sentido, antes del inicio del teletrabajo, y en consonancia con lo estipulado en el AMET 2002, será necesario definir con claridad todas las cuestiones relativas al equipo de trabajo, responsabilidad y costes por su utilización. Costes como las comunicaciones, luz, teléfono, etc., que corren a cargo de la Administración.

electrónico en los casos en que la documentación no tenía carácter confidencial), cuando por las características del puesto de trabajo, los teleempleados públicos no necesitan en realidad ningún tipo de método informático con conexión *on-line* para realizar sus tareas de teletrabajo. En otros casos, la nueva plataforma informática provocó “sensaciones de incomodidad”⁵⁹⁵. En todo caso, hay que tener en cuenta que la plataforma que se aplicó en la experiencia piloto que incluía un medidor estadístico automático del número de veces que el teletrabajador utilizaba el sistema, las horas empleadas y la cantidad de trabajo realizada en cada ocasión, fue implantado para que los Responsables de Área, los Jefes de Área y los miembros del Grupo de Expertos pudieran “supervisar debidamente la experiencia”, algo que entiendo innecesario en un sistema de implantación por objetivos, salvo que expresamente se quieran controlar “todos los pasos” realizados por el teleempleado⁵⁹⁶.

Por lo demás, en los programas de teletrabajo se ha de determinar un contenido mínimo donde deben constar los objetivos y duración del programa; número y tipo de puestos de trabajo teletrabajables; modalidad o modalidades de distribución de la jornada de teletrabajo, número máximo de horas diarias o de jornadas a la semana en la que los empleados habrán de desempeñar su puesto de trabajo de modo presencial y las que pueden ser teletrabajables; condiciones específicas que debe reunir el personal, procedimiento de selección y composición de las comisiones de valoración que deban informar las mismas, debiendo ajustarse al principio de representación equilibrada entre mujeres y hombres; criterios de valoración de las solicitudes cuando existan más solicitudes que puestos susceptibles de ser desempeñados mediante teletrabajo, con la finalidad de favorecer la integración y conciliación del personal de la Administración; criterios y órganos de seguimiento del trabajo desarrollado por los teletrabajadores (art. 4.1).

En relación a las condiciones para teletrabajar es necesario que el empleado se encuentre en situación de servicio activo⁵⁹⁷, que tenga conocimientos de informática y que haya realizado previamente un curso de formación sobre

⁵⁹⁵ Sobre la operatividad de la plataforma informática, MAP, *Libro Electrónico. Plan Concilia. Horarios y Teletrabajo*, obra cit., pp. 170 a 173. Unos de los problemas que presentó la plataforma es que incorporó un entorno completamente nuevo y diferente al habitual con recursos nuevos. Esto es algo totalmente necesario, dado que hay que crear un entorno específico para articular el teletrabajo, y así garantizar la seguridad y confidencialidad de las materias sometidas al teletrabajo.

⁵⁹⁶ De todas maneras, no fue posible utilizar esa importante fuente estadística que se obtuvo con la implantación de la experiencia, porque sólo se realizó a través de la plataforma una pequeña parte de las tareas de teletrabajo, MAP, *Libro Electrónico. Plan Concilia. Horarios y Teletrabajo*, obra cit., pp. 171 y 172.

⁵⁹⁷ El Título VI -arts. 85 a 91- del EBEP contempla las distintas situaciones administrativas en que se pueden encontrar los funcionarios de carrera (servicio activo, servicios especiales, servicio en otras administraciones, excedencia y suspensión de funciones). Las situaciones del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas son las reguladas en el ET y en los convenios colectivos. Sin embargo, éstos pueden determinar “la aplicación de algunos de los criterios establecidos en los arts. 85 a 91 EBEP para los funcionarios activos, en los que no resulten incompatibles con las soluciones específicas de la ley laboral” (art. 92 EBEP), en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, obra cit., p. 16. En relación a la situación de servicio activo del funcionario de carrera (art. 86 EBEP), ésta se configura de modo residual “si no concurren los presupuestos de hecho para declarar otra situación administrativa, será esta en la que haya de encuadrarse el funcionario”, en CASTILLO BLANCO, Federico A., “Las situaciones administrativas de los empleados públicos”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 512.

teletrabajo⁵⁹⁸, así como tener al menos dos años de antigüedad, ocupar un puesto de trabajo incluido en el programa de teletrabajo y reunir cualesquiera otras condiciones establecidas en el correspondiente programa (art. 5). En la prestación de servicios en régimen de teletrabajo corresponde al superior jerárquico la determinación de las tareas concretas y la realización del seguimiento del trabajo desarrollado, bajo la supervisión del responsable del órgano directivo, de acuerdo con los objetivos, criterios y mecanismos del programa del teletrabajo (art. 6). La supervisión del cumplimiento de las modalidades de distribución de la jornada de teletrabajo que pudieran autorizarse en los programas de teletrabajo corresponde a los órganos competentes para el control de efectivos de cada DM y OP (art. 7.2). En cambio, el seguimiento de los programas de teletrabajo, el grado de implantación, la evaluación de los resultados alcanzados (satisfacción de teletrabajadores y el rendimiento de las unidades), los criterios conforme a los cuales debe realizarse el seguimiento y la evaluación de los programas de teletrabajo corresponde a la Comisión Coordinadora de Inspecciones de Servicios (art. 10)⁵⁹⁹.

En este proceso de control y seguimiento del teletrabajo en la AGE, es importante señalar que los sistemas de evaluación del trabajo desarrollado en régimen de teletrabajo y sus efectos han de adaptarse de acuerdo con la evaluación del desempeño de las tareas asignadas regulada en el art. 20 EBEP⁶⁰⁰, que figura como uno de los derechos comunes a funcionarios públicos y a trabajadores. La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados (art. 20.1 EBEP). Los sistemas de evaluación del desempeño de la prestación del servicio público en una parte de la jornada laboral en un sistema de teletrabajo tienen que adecuarse conforme a los criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación contemplados en el art. 20.2 EBEP⁶⁰¹, sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos⁶⁰².

⁵⁹⁸ Especial importancia tiene la fase formativa destinada a obtener un aprendizaje de las habilidades técnicas y organizativas que suponen una toma de conciencia de los cambios organizativos, tanto desde la perspectiva laboral como privada. Sin embargo, la formación en cuestiones técnicas con respecto a utilidades básicas de la plataforma es la que recobra mayor importancia, puesto que “la adaptación a un entorno virtual integral supone un cambio profundo en las formas de trabajo y de gestión documental y comunicativa”, en MAP, *Libro Electrónico. Plan Concilia. Horarios y Teletrabajo*, obra cit., p. 139.

⁵⁹⁹ Esta información de los programas de teletrabajo se tiene que presentar en la Mesa de Negociación de la Administración General del Estado (art. 10, p. segundo).

⁶⁰⁰ La redacción originaria del Proyecto de RD por el que se regula el Teletrabajo en la AGE, contemplaba que la realización de la evaluación se realizaría por el superior jerárquico, dando cuenta de los resultados, que deberían ser verificables mediante indicadores previamente establecidos, al órgano directivo del que dependa.

⁶⁰¹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa, “Derechos y deberes de los empleados públicos”, en AAVV, *El estatuto básico del empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Laborum, Murcia, 2008, p. 222, el principio de la transparencia implica que el empleado público individual conozca el cómo, cuándo, por quién y bajo qué criterios va a ser evaluado, así como el resultado y motivos de la evaluación; y el empleado público colectivo, la publicidad del resultado de la evaluación. El de objetividad ha de atender a criterios objetivos, si bien el elemento humano hace que en la valoración intervenga cierta dosis de subjetividad. El de Imparcialidad, significa que ningún elemento extraño a los datos, conductas, resultados u objetivos que se evalúan ha de ser tenido en cuenta para fijar el resultado de la evaluación. No discriminación implica la prohibición de tratamiento diferente a dos situaciones iguales.

⁶⁰² NIETO ROJAS, Patricia, “La evaluación del desempeño. Una herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos”, Comunicación a la Ponencia Temática II, XIX Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *El estatuto básico del empleado público*, Badajoz, 29-30 de mayo 2008, material multicopiado, p. 6, es decir, del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y 10.1 CE.

Entendemos que la regulación del EBEP supone una ruptura con la carencia de tradición en el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño de los puestos de trabajo que, según la doctrina, se debía a la ausencia de parámetros reales para la evaluación, la desconexión con los elementos de la carrera y con la provisión de puestos de trabajo, y con la ausencia de elementos retributivos que se vincularán realmente con la productividad⁶⁰³. No obstante, el trabajo que se desarrolla “en el marco de las Administraciones Públicas no siempre es identificable con un proceso productivo de carácter industrial en el que cantidad y calidad pueden ser elementos extremadamente objetivos en la evaluación”, y por lo tanto va a necesitar de un proceso de adaptación de los esquemas tradicionales de medición y evaluación de los resultados⁶⁰⁴.

En nuestra opinión, la experiencia del teletrabajo en la AGE supone un cambio en la cultura del trabajo que posibilita el cumplimiento de los requisitos del art. 20 EBEP, desde el momento en que la evaluación del desempeño parte de una valoración por objetivos en base al trabajo realizado que se sustituye por una variable más subjetiva, las horas empleadas⁶⁰⁵. Esto es importante ya que la continuidad del puesto en régimen de teletrabajo queda vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, con la debida audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada (art. 20. 4 EBEP) y, en general, con los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el art. 24 (art. 20.3 EBEP)⁶⁰⁶.

En relación a la protección y confidencialidad de datos (art. 8), la confidencialidad de los datos será garantizada por las plataformas que se implanten para la prestación de servicios en régimen de teletrabajo. Conforme a la normativa de protección de datos, el responsable de su protección será el mismo que el de la base de datos⁶⁰⁷. En materia de Seguridad y salud en el trabajo,

⁶⁰³ PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Derecho a la carrera y promoción interna”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, obra cit., p. 224.

⁶⁰⁴ PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Derecho a la carrera y promoción interna”, obra cit., pp. 224 y 225.

⁶⁰⁵ Véase MAP, *Libro Electrónico. Plan Concilia. Horarios y Teletrabajo*, obra cit., p. 161. En SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa, “Derechos y deberes de los empleados públicos”, Ponencia Temática Segunda, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *EL estatuto básico del empleado público*, obra cit., p. 221, “la evaluación del desempeño introduce un factor de motivación personal y de control interno, permitiendo poner en relación las oportunidades de promoción y, en su caso, de compensación económica, con la forma en la que el empleado realiza sus funciones, ya que resulta injusto e ineficaz que se otorgue el mismo trato a todos los empleados públicos, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio”. Así, por ejemplo, el CC del Organismo Autónomo Municipal de Comunicación e Información Ciudadana de Sant Cugat del Vallés (OAMCIC) para los años 2007-20019 (DOGC 14 de febrero 2008, núm. 5070) en el art. 8.4 contempla que la dedicación del teletrabajo se valora según objetivos.

⁶⁰⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Objeto y ámbito de aplicación”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, obra cit., p. 48, la evaluación del desempeño debe establecerse para los empleados públicos sin distinción (art. 20.1 y 2 EBEP), “aunque sólo se establecen sus consecuencias sobre el régimen de los funcionarios”. Por este motivo, opinamos que habrá que estar atentos al papel que la negociación colectiva desarrolla en la materia teniendo en cuenta que es materia de objeto de negociación “las normas que fijen los criterios generales en materia de evaluación del desempeño”, art. 37.1d) EBEP.

⁶⁰⁷ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal (BOE 14 de diciembre); Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las

el Proyecto se remite a la normativa vigente sobre la materia⁶⁰⁸. Cada Ministerio será el responsable de cada una de las obligaciones empresariales previstas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de 1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en especial las de información, formación y elaboración del Plan de prevención de riesgos laborales⁶⁰⁹. Por ello, si de la evaluación de riesgos se deducen situaciones de riesgo será necesaria la planificación de las actividades preventivas adecuadas para eliminar o reducir los riesgos en el teletrabajo. Esto puede traer consigo que se realicen controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los empleados públicos en la prestación de servicios cuando sea necesario⁶¹⁰, algo sumamente delicado cuando el empleado público realice esa prestación de servicios no presencial en un lugar de trabajo que goza de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)⁶¹¹.

Opinamos que es necesario clarificar las actuaciones preventivas en los puestos de trabajo de los empleados públicos que participen en programas de teletrabajo, con la finalidad de conjugar los derechos fundamentales de los trabajadores al realizar el trabajo en su domicilio, con el deber del Departamento de proteger de manera eficaz su seguridad y salud. En primer lugar, estas actuaciones van encaminadas a que el teletrabajador autocompruebe su puesto de trabajo con pantallas de visualización de datos (PVD) y adopte las medidas preventivas adecuadas, y en segundo lugar, a que el teletrabajador autorice al Servicio de Prevención para que evalúe el puesto de trabajo con PVD en su domicilio y adopte las medidas preventivas adecuadas⁶¹². No obstante, sobre estos lugares de trabajo la Administración no tiene un poder de disposición que permita verificar el

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE 19 de enero 2008, núm. 17).

⁶⁰⁸ Directiva del Consejo 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva marco). Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 de noviembre de 1995); Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado (BOE de 17 de julio de 1998); Resolución de 23 de julio de 1998, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de julio de 1998, por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado; Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado (BOE 31 de julio 2002), modificado por el Real Decreto 464/2003, de 25 de abril, por el que se modifica; Resolución de 17 de febrero de 2004, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se aprueba y dispone la publicación del modelo de Sistema de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales para la Administración General del Estado.

⁶⁰⁹ SALA FRANCO, Tomás, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 378, en materia de obligaciones preventivas de las Administraciones Públicas y de los funcionarios públicos se contempla el principio de equiparación de derechos y obligaciones preventivas de los funcionarios públicos y demás personal estatutario con los trabajadores y las empresas, al no establecer peculiaridad alguna en la regulación de las obligaciones empresariales y de los trabajadores en materia preventiva.

⁶¹⁰ CASTILLO BLANCO, Federico A., "Los derechos individuales de los empleados públicos", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, obra cit., pp. 181 a 188.

⁶¹¹ MAP, *Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado*, obra cit., p. 6.

⁶¹² MAP, *Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado*, obra cit., pp. 16 y 17. En el primer caso, el Servicio de Prevención forma al teletrabajador para autocomprobar su puesto de trabajo, y en el segundo caso, mediante la autorización el Servicio de Prevención evalúa el puesto de trabajo del teletrabajador y propone las medidas preventivas que ha de adoptar.

cumplimiento de las medidas preventivas por parte del empleado público, motivo por el cual en la observancia de las normas sobre seguridad y salud laboral (art. 54.9 EBEP⁶¹³) el teleempleado público debe adoptar un papel más activo, de forma que resulte implicado en la materia cuando el empleador cumple con sus obligaciones en materia de seguridad y salud⁶¹⁴.

Por último, en materia de jornada y de horarios el Proyecto establece que los criterios generales establecidos en la normativa de jornada y horarios en la AGE⁶¹⁵ son de aplicación al teletrabajador en todo lo que no se oponga al Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo en la Administración General del Estado (Disposición adicional). Nos encontramos ante una de las materias de más actualidad, puesto que para conciliar la vida familiar y laboral consideramos que las cuestiones que atañen al tiempo de trabajo constituyen una medida decisiva para su consecución, en la que la regulación del teletrabajo en la AGE pretende contribuir, junto con otras relacionadas con el trabajo a tiempo parcial y la flexibilización del horario de trabajo⁶¹⁶.

El Proyecto abre la posibilidad de que el teleempleado público desarrolle una parte de la jornada laboral en un sistema no presencial, y por lo tanto alterne su presencia en el centro de trabajo en el que desarrolle sus funciones con alguna de las modalidades de distribución de la jornada (número máximo de horas diarias o de jornadas a la semana presenciales y en régimen de teletrabajo) establecidas por los DM y sus OP y que, con carácter general, no pueden exceder del 50% de la jornada laboral. El art. 47 EBEP contempla que la jornada de trabajo puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial⁶¹⁷, algo sumamente importante para aquellas áreas de trabajo cuyos medios telemáticos hacen innecesaria la presencia permanente del empleado público, en un intento de modernización y adaptación a la sociedad actual del empleo público⁶¹⁸ máxime cuando estamos en presencia

⁶¹³ El comportamiento que se le exige al empleado público en esta materia forma parte de los "clásicos deberes", que implican obligatoriedad de cumplimiento distintos a los principios éticos en el ejercicio de la función pública, en CASTILLO BLANCO, Federico A., "Los deberes de los funcionarios públicos", obra cit., p. 393.

⁶¹⁴ El art. 95.2 i) EBEP tipifica como falta muy grave "la desobediencia abierta a las órdenes e instrucciones de su superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico"; teniendo en cuenta que los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el EBEP y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de Estatuto (art. 93. 1 EBEP). En MEMBIELA LORENZO, Juan B., "Notas sobre el nuevo régimen disciplinario de los empleados públicos en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, AJA, núm. 745, 2008, p. 10, este "tipo implica un plus de garantía para el cumplimiento de las órdenes dadas por el superior" (...) donde la potestad de mando que se defiende en este artículo potencia la verticalidad gestora.

⁶¹⁵ Art. 47 EBEP, Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General de Estado (BOE 27 de diciembre 2005, núm. 309).

⁶¹⁶ CASTILLO BLANCO, Federico A., "Los derechos individuales de los empleados públicos", obra cit., pp. 177 y 178.

⁶¹⁷ El art. 47 del EBEP - y los restantes del Capítulo V- que regulan el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones hacen referencia a los funcionarios públicos, estableciendo el art. 51 que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en el EBEP y en la legislación laboral correspondiente. No obstante, el legislador no ha optado por una regulación común en esta materia, por lo que coincidimos con la doctrina en que, en relación con el tiempo de trabajo, no tiene sentido mantener diferentes regímenes jurídicos para ambos tipos de personal (funcionario y laboral), entre otros, SALA FRANCO, Tomás, "Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos", AL, núm. 20, 2007, p. 2416.

⁶¹⁸ CASTILLO BLANCO, Federico A., "Jornada, permisos y vacaciones", SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, obra cit., p. 326.

de una materia objeto de negociación⁶¹⁹. Por lo demás, todos aquellos criterios establecidos en la normativa reguladora de jornada y horarios en la AGE serán de aplicación al personal que preste servicio en régimen de teletrabajo en todo lo que no se oponga a lo establecido en el Proyecto, por ejemplo, duración máxima de jornada general de trabajo de treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales, las medidas adicionales de flexibilidad⁶²⁰, o los tiempos para la formación⁶²¹.

Debemos tener en cuenta que el teletrabajo “es un medio para que los trabajadores concilien vida profesional y vida social”, como se afirma en el AMET 2002, donde se acentúa el papel del teletrabajador en la organización del trabajo, puesto que es a él a quien corresponde organizar su tiempo de trabajo⁶²².

2.4. El teletrabajo subordinado en el sector privado. El Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo

La regulación del teletrabajo asalariado no parte de una normativa legal, sino de un Acuerdo adoptado en el seno de la Unión Europea por los agentes sociales que se ha demostrado insuficiente, por lo que consideramos necesaria una normativa de eficacia directa. No obstante, partiremos del estudio del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo y de su recepción por algunas empresas radicadas en España. En nuestra opinión, la configuración del teletrabajo subordinado en el AMET no resuelve los problemas de calificación jurídica que hemos planteado, correspondiendo estas cuestiones a los Tribunales de lo Social, atendiendo a la existencia de las notas clásicas caracterizadoras del trabajo subordinado. Por último, el planteamiento de los problemas del clausulado del AMET y, en concreto, el del ejercicio de los derechos colectivos en el teletrabajo cierran los conflictos analizados en este capítulo.

El teletrabajo en el sector privado es aquél que hace referencia a las relaciones entre trabajador y empresario en el sentido del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, y que se regula por el Derecho del Trabajo. Ahora bien, no

⁶¹⁹ El art. 37.1 EBEP establece que “Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda, las siguientes materias: m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”.

⁶²⁰ En este caso, entiendo que procede la modificación del horario fijo en un máximo de 2 horas por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en los casos de familia monoparentales, aunque estén sujetos al régimen de la jornada no presencial del teletrabajo; posibilidad contemplada en la Resolución del 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, en los casos en que se supere el 50% de la jornada no presencial.

⁶²¹ Así, por ejemplo, se aplicaría la norma relativa a la necesidad de justificación de ausencias o permanencia de personal, y la relativa a jornadas y horarios especiales en oficinas de información y atención al ciudadano y Registros previstas en la Resolución de 20 de diciembre de 2005, que entiendo que no son compatibles con el teletrabajo.

⁶²² CABEZA PEREIRO, Jaime, “La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”, *RDS*, núm. 31, 2005, p. 38.

cuenta con una regulación específica o, al menos, con un proyecto de aplicación como el que hemos visto en el sector público en la AGE. Actualmente, la voluntad de los agentes sociales es el canal de regulación del teletrabajo en las empresas. Como es sabido, entre los interlocutores sociales europeos se suscribió el AMET, por la vía prevista en el art. 138 del Tratado de la Unión Europea (TUE). En este mismo ámbito, al amparo de la declaración conjunta de la Cumbre de Lisboa, se acordaron con anterioridad una serie de directrices de carácter sectorial sobre el teletrabajo. Entre ellas cabe destacar las del Comité de diálogo social del sector de las telecomunicaciones, con la finalidad de desarrollar una organización del trabajo flexible en todas las empresas del sector europeo, proponiendo su adopción voluntaria con arreglo a las legislaciones y prácticas de negociación colectiva de cada país⁶²³; así como las del acuerdo entre los empresarios del sector del comercio EuroCommerce, y el sindicato de trabajadores UNI-Europa Commerce⁶²⁴ indicando para ese sector, que los teletrabajadores deben gozar de los mismos derechos que otros trabajadores asalariados⁶²⁵.

En España, y en general en la mayoría de los países del entorno europeo, uno de los problemas más importantes que presenta el teletrabajo, y objeto de crítica doctrinal, es la falta de regulación jurídico-laboral específica⁶²⁶. Diversos autores han manifestado que el mecanismo idóneo para solventar la insuficiencia de regulación es la negociación colectiva⁶²⁷. El AMET es un acuerdo adoptado por los interlocutores sociales en el ejercicio de la autonomía colectiva, cuya aplicación se remite a la negociación colectiva de cada país miembro. Esto implica que la eficacia del Acuerdo no va a pasar por su incorporación a una Directiva comunitaria sino que, al tratarse de un “acuerdo libre”, serán los sindicatos y organizaciones empresariales pertenecientes a las organizaciones europeas

⁶²³ Firmado en Bruselas el 7 de febrero del 2001. Entre los objetivos a los que puede contribuir al teletrabajo se señalan la flexibilidad, las oportunidades de empleo, mayor responsabilidad de los trabajadores en el trabajo, humanización del trabajo, mejora de la compaginación entre vida privada y vida laboral, de la calidad del trabajo y productividad laboral, y mayor satisfacción laboral y transferencia del trabajo a las personas. La modalidad de teletrabajo por la que se apuesta es el teletrabajo a tiempo completo o desarrollado regularmente en el domicilio.

⁶²⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 907, nota a pie 12, pone en duda la consideración de «acuerdo jurídico» dada la redacción ambigua de sus cláusulas.

⁶²⁵ Acuerdo firmado en Bruselas el 26 de marzo 2001. El acuerdo sólo afecta a los teletrabajadores asalariados del sector y no regula la actividad ocasional de teletrabajo. El lugar desde que se desempeña el teletrabajo lo considera como equivalente a otros lugares de trabajo de la empresa. Así mismo, establece las directrices sobre la notificación de las condiciones reales en las que se desempeña el teletrabajo, la protección de datos, la protección de la vida privada y la seguridad de los equipos utilizados. En relación al equipo señala que la empresa es responsable de todo el equipo necesario, instalación, mantenimiento y adaptación, así como de la formación necesaria para que el teletrabajador pueda desempeñar sus funciones. Por último, en cuanto a los derechos sindicales de los teletrabajadores, el acuerdo reconoce que deben ser iguales a los de otros asalariados de la empresa de la que se trate y que podrán participar en toda actividad sindical o de representación del personal.

⁶²⁶ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral, obra cit., pp. 103 a 122; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., pp. 41 y ss.; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 40.

⁶²⁷ Entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel, *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2001, pp. 223 a 340; CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Negociación colectiva y nuevas actividades y sectores emergentes, en AAVV, *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de estudios sobre la negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2002, pp. 245 a 271.

signatarias del Acuerdo los que incorporen voluntariamente en sus convenios colectivos los principios y directrices estipulados⁶²⁸.

Con todo, el tiempo ha demostrado que este mecanismo utilizado por primera vez como fuente de producción normativa europea⁶²⁹ no es suficiente, por lo que entendemos que es necesaria una regulación en una fuente de producción normativa de eficacia directa⁶³⁰. Esta idea la corrobora la Comisión Europea, en el momento en que advierte que si no se llegan a alcanzar los objetivos comunitarios con la aplicación de los acuerdos «autónomos», básicamente por el escaso desarrollo a través de los sistemas nacionales de negociación colectiva, podría considerarse la oportunidad de presentar iniciativas legislativas⁶³¹.

En nuestro país los convenios colectivos que contemplan la implantación del teletrabajo en las empresas o sectores de actividad no son muy numerosos, y aunque han aumentado mediante la aplicación del AMET⁶³², no creemos que se generalice su implantación, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del Acuerdo y el mecanismo por el que han optado los interlocutores sociales nacionales para su introducción⁶³³. El AMET ha sido incorporado en un anexo al Acuerdo

⁶²⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", obra cit., p. 1328.

⁶²⁹ Con posterioridad, el Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Ligado al Trabajo suscrito por UNICE, UEAPME, CEEP y la Confederación Europea de Sindicatos (incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros), incorporado como Anexo en el ANEC 2005; el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo suscrito por Business Europe, UEAPME, CEEP y la Confederación Europea de Sindicatos (incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros), el 26 de abril de 2007, incorporado como Anexo en el acta de Prórroga para el año 2008 del ANEC 2007.

⁶³⁰ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, "La negociación colectiva europea y los acuerdos «libres»: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo", en BAYLOS GRAU, Antonio, *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 102.

⁶³¹ THIBAUT ARANDA, Javier, "Teletrabajo forzado a domicilio", *AL*, núm. 3, 2006, p. 392.

⁶³² Vid. por ejemplo, III CC de Repsol YPF S.A. (BOE 12 de agosto 2009, núm. 194); V Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE 30 de junio 2009, núm. 157); VIII CC. de Unidad Editorial, S.A. (BOE 29 de marzo 2009, núm. 130); CC Consultoría Tecnológica para el Comercio, S.L. (BOE 6 de enero 2009, núm. 5); CC de Petroquímica España, S.A.-PETRESA (BOE 28 de noviembre 2008, núm. 287); CC de Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA), (BOE 27 de noviembre 2008, núm. 286); I CC Interprovincial para la empresa Thales Rail Signalling Solutionis, S.L.U. (BOE 24 de septiembre 2008, núm. 231); XVIII CC de Alcatel-Lucent España, S.A. (BOE 17 de septiembre 2008, núm. 225); III CC marco del Grupo Endesa (BOE 26 de junio 2008, núm. 154); Cláusula 5^a, I CC del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, (BOE 16 de junio 2008, núm. 146); II CC de Nutricia, S.R.L. (BOE 16 de abril 2008, núm. 92); II CC Numil Nutrición, S.R.L. (BOE 15 de abril 2008, núm. 91); VI CC de Siemens, S.A. (BOE 11 de abril 2008, núm. 88); CC de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. (BOE 28 de marzo 2008, núm. 76); CC del Organismo Autónomo Municipal de Comunicación e Información Ciudadana de Sant Cugat del Vallès (OAMCIC) (BOGC 14 de febrero 2008, núm. 5070); CC del Banco de España (BOE 28 de enero 2008, núm. 24); CC de Ibermática, S.A. (BOE 18 de mayo 2007, núm. 119); CC del sector "Oficinas y despachos", de Navarra (BON 15 de agosto 2007, núm. 101); XV CC de la Industria Química (BOE 29 de agosto de 2007, núm. 207); Art. 15 CC de Perfumería y afines (BOE 23 agosto 2007, núm. 202); IV CC de la Empresa Telefónica Móviles España, S.A. (Resolución de 18 de enero de 2007, de la DGT, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación de la prórroga y publicación del IV CC de Telefónica Móviles España, S.A.U.; (BOE 31 de enero 2007, núm. 27), art. 67); CC 2003-2005 de la Empresa Telefónica de España, S.A.U. (BOE 16 de octubre de 2003, núm. 248), actual CC de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248); CC de Euskaltel, S.A. (BOPV 2 de abril 2007, núm. 65); CC Oficinas y despachos de Valencia (BOV 7 octubre 2007, núm. 238-Suplemento 3); V CC de la empresa BP Oil España, S.A.U. (BOE 10 de julio 2006, núm. 163); CC estatal de sector de prensa diaria (BOE 18 de diciembre 2008, núm. 304); CC Ayuntamiento de Vallgorriña (BOGC 26 de junio 2003, núm. 3912); CC Ibermática, S.A. años 2003, 2004, 2005 y 2006 (BOE 25 de junio de 2004, núm. 153. De entre los primeros, cabe mencionar CC Siemens Nixdorf Sistemas de Información, Sociedad Anónima 1997/1998 (BOE 25 de noviembre 1997, núm. 282); CC DHL Internacional, Sociedad Anónima (BOE 25 de marzo 1998, núm. 72).

⁶³³ CRUZ VILLALÓN, Jesús, "El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 desde la perspectiva jurídica", *RL*, núm. 21, 2003, pp. 30 y 31; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, "El teletrabajo (Acuerdo marco de

Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, sin que formalmente se hayan asumido apenas compromisos, y prácticamente se reduce a un acuerdo de contenido obligacional entre las partes “sin el rango de Acuerdo Interprofesional estatutario vinculante jurídicamente”⁶³⁴.

Esto no es óbice para que la normativa comunitaria relativa a la aplicación del AMET 2002 haya sido una prioridad de los agentes sociales en ciertas empresas como, por ejemplo, Telefónica de España, SAU⁶³⁵, SHS Polar Sistemas Informáticos, SL⁶³⁶ y el Grupo Repsol YPF⁶³⁷, que han llegado a firmar sendos acuerdos de implantación del teletrabajo asumiendo los términos del AMET. Y es que el AMET, “pese a carecer de eficacia vinculante directa, en espera de ser negociado en cada uno de los Estados, disfruta de los rasgos esenciales propios del procedimiento de autoorganización de las relaciones laborales”, es decir, autonomía o autorregulación, bilateralidad y transaccionalidad, éste último “en cuanto se sustenta en un acuerdo de concesiones recíprocas y no en la imposición o en la decisión unilateral”⁶³⁸.

El Acuerdo de la empresa Telefónica de España, SAU implanta la modalidad de teletrabajo a domicilio por un tiempo mínimo fijado con carácter general de dos días por semana, en aquellas actividades que son susceptibles de esta modalidad de teletrabajo, de acuerdo con unas condiciones que toman como referencia las del AMET (voluntariedad, reversibilidad, tiempo de teletrabajo, formación, protección y confidencialidad de datos). En cambio, la empresa no asume la responsabilidad en el suministro de medios en los mismos términos del AMET, sino que se compromete a fijar los términos en que se facilitarán los medios de comunicación con la participación de la representación social, y a establecer un programa de dotación progresiva de los medios necesarios a los teletrabajadores. Por ello, las partes se comprometen a desarrollar fórmulas que permitan que

16 de julio de 2002), en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el siglo XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea*, obra cit., p. 333.

⁶³⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 desde la perspectiva jurídica”, obra cit., pp. 30 y 31; HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo”, *RL*, núm. 21, 2003, p. 87; SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “La negociación colectiva europea y los acuerdos “libres”: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 112; e igualmente en “Los acuerdos colectivos libres ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica?”, *RDS*, núm. 19, p. 197. En THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo”, en *TL*, p. 43, 2004, la naturaleza se asimila a un “pacto entre caballeros”. Vid. STS 11 de abril de 2005 (RJ 2005/4060), Fj 6^o.

⁶³⁵ Acuerdo de Implantación Teletrabajo. (Desarrollo Cláusula 12.1 Convenio Colectivo 2003/2007). Grupo de trabajo de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades del mercado para su elevación a la comisión de negociación permanente, 14 de febrero de 2006. Este Acuerdo se incorpora al Convenio Colectivo mediante Resolución 10 de octubre de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación de diversos Acuerdos que pasan a formar parte del Convenio Colectivo de Telefónica de España, S.A.U. (BOE 3 de noviembre 2006, núm. 263) y se mantiene en el actual Convenio Colectivo para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248).

⁶³⁶ Acuerdo de condiciones generales del teletrabajo en SHS Polar, 21 de marzo de 2007 en <http://www.comfia.net/archs/acuerdo-teletrabajo.pdf>.

⁶³⁷ Resolución de 17 de junio de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo marco del Grupo Repsol YPF (BOE 30 de junio 2009, núm. 157).

⁶³⁸ SERRANO GARCÍA, Juana M^a “La negociación colectiva europea y los acuerdos “libres”: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 104.

durante el contrato de teletrabajo las comunicaciones no supongan costes para el teletrabajador. Sin embargo, llama la atención que el apartado de otros gastos como agua, luz, calefacción corra por cuenta del teletrabajador.

En el Acuerdo de SHS Polar se recogen unas condiciones generales que, en cada caso, será necesario concretar entre los trabajadores que soliciten acceder a la modalidad de teletrabajo o los que sean propuestos por la empresa, con la aceptación de los trabajadores⁶³⁹. El Acuerdo contempla dos modalidades posibles de teletrabajo: el total y el parcial (unos días de la semana desde casa y otros desde la oficina del cliente o de la empresa), y que siempre que se requiera la presencia del trabajador éste debe personarse en las dependencias de la empresa. Llama la atención que se pueda optar por una modalidad total cuando, en principio, otras empresas de comunicaciones como Telefónica no la recoge directamente⁶⁴⁰. Resulta también curioso que se mantenga la percepción de “la ayuda a comida”, con la finalidad de “evitar la posible discriminación con otros trabajadores”⁶⁴¹. El resto de las cláusulas, como suministros de medios necesarios para desarrollar el teletrabajo, gastos de líneas de ADSL, teléfono y equipo, derechos colectivos, reversibilidad y mecanismos de control de trabajo se establecen en los mismos términos del AMET, adaptadas a las características particulares de una empresa de Sistemas Informáticos.

Por último, el Acuerdo de implantación progresiva de teletrabajo en el Grupo Repsol YPF⁶⁴² opta por asumir el teletrabajo parcial, que es “el que se viene ordenando en la mayor parte de los convenios colectivos”⁶⁴³, incorporando en sus cláusulas una serie de requisitos básicos para poder realizar teletrabajo, las obligaciones y derechos del teletrabajador, las relacionadas con los medios para la prestación del trabajo, la protección de datos y el uso de Internet en los términos recogidos en el AMET.

Por ello, en nuestro estudio vamos a hacer referencia a las cláusulas recogidas en el Acuerdo Marco Europeo, dado que es el instrumento con el que

⁶³⁹ En este sentido, hay un CC que excluye expresamente al personal que no tiene una relación de carácter laboral por cuenta ajena y, que son expresamente excluidos del ámbito de aplicación del CC. (Consejeros, Personal de Alta Dirección y Directivo; profesionales liberales; asesores; corresponsales y colaboradores con una relación civil; los colaboradores a la pieza, que no tengan una relación basada en los principios de jerarquía, ajenidad y dependencia, ni estén sometidos a control de jornada (...); los agentes comerciales o publicitarios con libertad de representar a otras empresas dedicadas a igual o diferente actividad; el personal perteneciente a empresas que tengan formalizado un contrato civil o mercantil; en II CC estatal del sector de prensa diaria (BOE 22 de julio de 2005, núm. 174).

⁶⁴⁰ Por ejemplo, entre otros, art. 33 del CC de Oficinas y Despachos de Navarra (BOE 15 de agosto, núm. 101), en cambio, el art. 51 del VI CC BP OIL España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190) sólo contempla la modalidad a tiempo completo desde el domicilio del trabajador.

⁶⁴¹ Cláusula séptima. Entiendo que en el caso de que el teletrabajo no sea desempeñado en el propio domicilio está plenamente justificado el mantenimiento de esta “ayuda”. En el caso contrario, se incorporaría como una condición más beneficiosa con “algún componente” discriminatorio.

⁶⁴² Este acuerdo que desarrolla una segunda fase de teletrabajo entre el 1 de enero de 2009 y el 30 de junio de 2010, opta por una serie de condicionantes básicos relacionadas con el carácter temporal de la implantación a fin de ponderar las posibilidades para una futura implantación más general. Igualmente se reserva la posibilidad de extinguir el teletrabajo a la finalización de la segunda fase.

⁶⁴³ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “ El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, obra cit., p. 211.

cuentan como referencia los acuerdos de empresa o los convenios colectivos para la implantación del teletrabajo. No obstante, previamente vamos a detenernos en la definición de teletrabajo subordinado que, incluso antes de su aparición en el AMET, es objeto de recepción por los tribunales sociales al encontrarse con la problemática de la calificación jurídica a la que hicimos referencia con anterioridad.

2.4.1. La definición del teletrabajo subordinado y su recepción por los tribunales sociales

En el ámbito europeo, la definición del teletrabajo subordinado que tiene relevancia es la incorporada por el AMET. El Acuerdo entiende por teletrabajo una “forma de organización y ejecución del trabajo, que utiliza la tecnología de la información, en el contexto de un contrato de trabajo, donde el trabajo que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados”. El AMET contempla el campo de actuación del teletrabajo exclusivamente en el contexto de un contrato o relación de trabajo, al margen de toda consideración extralaboral⁶⁴⁴. Esta definición, que ha sido asumida por los tribunales sociales españoles⁶⁴⁵, se aparta de otras más amplias aportadas por la doctrina clásica⁶⁴⁶.

De esta definición interesa subrayar los dos presupuestos señalados con anterioridad en la identificación del teletrabajo: el lugar de trabajo y el uso de las tecnologías, a los que los tribunales también han atendido en la delimitación jurídica del teletrabajo. De este modo, se ha señalado la existencia de “una relación laboral, propiciada por las nuevas tecnologías, (...) siendo claro que igual prestación ha recibido la empresa de los trabajadores a través de Internet que si los mismos hubieran estado físicamente en sus propias instalaciones, debiéndose asimilar a la presencia física la presencia virtual⁶⁴⁷ (...), porque en fin el resultado para ambas partes de la relación laboral es idéntico (...), pero en todo caso la forma de la prestación del servicio no es sino una condición más del contrato de trabajo, (...) que constituye un pacto libremente aceptado por trabajadores

⁶⁴⁴ PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, obra cit., p. 1329, critica el precepto y lo califica como confuso máxime cuando “no resuelve los problemas de calificación jurídica” que, en última instancia, corresponderá resolver a los jueces de acuerdo con el sistema indiciario.

⁶⁴⁵ STS de abril 2005 (RJ 2005/4060), SAN de 31 de mayo de 2004 (AS 2004/2637). En STSJ Cataluña (Sala de lo Social), de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2002/255330), la evolución de la identificación de la nota dependencia (donde basta que se aprecie la existencia de la inserción en un orden organizativo y la prestación del trabajo bajo la disciplina del empresario, en su círculo rector) permite incluir dentro del concepto de relación laboral al teletrabajo, en el que no existe presencia física en el círculo rector del empresario.

⁶⁴⁶ DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: Un nuevo modelo de trabajo y vida”, *RIT*, obra cit., p. 471, considera al teletrabajo como el “trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicar con ellos por medio de las nuevas tecnologías”; GAETA, Lorenzo, “Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana”, obra cit., núm. 49, p. 36 “prestación de quien trabaje, con un viodeterminado, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación está dirigida”.

⁶⁴⁷ Lo cual significa que la posibilidad de mantener un contacto permanente entre el trabajador y la empresa, hace innecesaria la presencia física del trabajador y facilita un mejor cumplimiento del encargo genérico recibido, vid. STSJ Asturias de 16 de marzo 2001 (AS 2001/335).

y empresa y desde luego no implica la inexistencia del contrato de trabajo, sino una de las condiciones del mismo, no pudiéndose admitir que los avances de la ciencia, (...) lleguen a suponer, como pretende la empresa, un retroceso social favoreciendo la precariedad del empleo o el trabajo sumergido, por lo que en todo caso la legislación laboral debe ser aplicada" [STSJ Madrid 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/3321)]. Por lo tanto, el hecho de que el trabajador pudiera elegir el lugar de trabajo, junto a la jornada y el horario "son elementos que no desvirtúan el carácter laboral del vínculo"⁶⁴⁸ porque, en definitiva, realizan sus funciones en iguales condiciones que cualquiera de los empleados en la sede central, reflejando el alto grado de dependencia y escasa autonomía al realizar su actividad⁶⁴⁹.

Estos presupuestos que identifican la forma de la prestación con el teletrabajo se incluyen en el ámbito de aplicación de la normativa laboral, cuando la prestación de servicios del teletrabajador se realiza de acuerdo con las notas caracterizadoras del trabajo asalariado (voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución, art. 1.1 ET). La voluntariedad significa el compromiso libremente asumido por los sujetos del contrato de trabajo que se obligan a cumplir lo pactado, siempre que lo convenido no sea contrario a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 del Código Civil)⁶⁵⁰.

Según la doctrina tradicional, la ajenidad se manifiesta en los frutos (quien trabaja no se apropia de los frutos del trabajo), en los riesgos (quien trabaja no asume los riesgos del trabajo), en el mercado (es el empleador el que ofrece al mercado el resultado del trabajo), o bien en la utilidad patrimonial del trabajo (el trabajador no traslada frutos o productos sino "utilidades patrimoniales de valoración económica")⁶⁵¹. La dependencia no sólo se concibe como la inserción en el ámbito de organización y dirección empresarial, sino también como "el sometimiento del trabajador a los poderes de empresario"⁶⁵². Por último, la retribución significa que el trabajo realizado tiene una contraprestación económica denominada salario (art. 26 ET), quedando al margen todos los trabajos "realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad" (art. 1.3 d ET).

⁶⁴⁸ Entre otras, SSTSJ Cataluña 11 de febrero de 2000 (AS 2000/1243); 16 de mayo de 2000 (AS 2000/1928); Asturias 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335); de 14 de abril de 2000 (AS 2000/1003) con respecto a los colaboradores periodísticos que teletrabajan.

⁶⁴⁹ STS de 23 de mayo de 2001 (AL 2001/1194) y STSJ Madrid 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/3321), STSJ País Vasco 15 de julio 2008 (IUR 2009/253497).

⁶⁵⁰ A su vez, la prestación a la que se comprometen las partes es de carácter personal, entendida como actividad desarrollada por un trabajador asalariado, sujeto plenamente identificado en la relación contractual a diferencia de otras modalidades contractuales civilistas (contrato de obra o mandato). La excepción la encontramos en el denominado contrato de grupo (art. 10 ET) o las sustituciones cubiertas con el contrato de interinidad (art. 15.1 c ET).

⁶⁵¹ Vid. ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 23 y ss., (ajenidad en los frutos); G. BAYÓN CHACÓN y E. PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del trabajo*, 12^a edic., I, pp. 23 y ss. (ajenidad en los riesgos); ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo", obra cit., pp. 495 y ss. (ajenidad en el mercado) y, sobre la evolución de estas posturas en MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, p. 28 (utilidad patrimonial del trabajo).

⁶⁵² MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 72.

La importancia de estas notas nos lleva a la necesidad de identificar cada una en el contexto del contrato o la relación de trabajo, objeto de presunción "*iuris tantum*" de existencia (art. 8.1 ET)⁶⁵³. Sin embargo, la configuración del teletrabajo subordinado en el AMET no resuelve los problemas de calificación jurídica que más arriba hemos señalado. Esto significa que la calificación jurídica va a corresponder a los Tribunales de lo Social atendiendo para ello a las notas clásicas caracterizadoras del trabajo subordinado, la dependencia y la ajenidad. Todo ello siempre que en los casos dudosos que se planteen, los tribunales no recurran a la figura del TRADE, algo que creemos muy probable, como anteriormente advertimos.

Actualmente, en la gran mayoría de los asuntos planteados en los tribunales, la controversia gira en torno a la identificación de la naturaleza de la relación y la distinción entre el arrendamiento de servicios, la ejecución de obra, el contrato de comisión y otros de naturaleza análoga regulados por la legislación civil, mercantil o laboral. La línea divisoria entre el contrato de trabajo y aquellos otros "no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación y ni siquiera en la realidad social", imperando "un casuismo en la materia que obliga a atender a las específicas circunstancias concurrentes en cada caso concreto"⁶⁵⁴. Ello obliga a los jueces y tribunales a atender a los criterios generales relativos a la concurrencia de los presupuestos materiales contemplados en el art. 1.1 del ET⁶⁵⁵. En este sentido, es unánime la doctrina jurisdiccional que considera que la línea divisoria entre uno u otro vínculo se encuentra en la nota de la dependencia o subordinación, entendida por la jurisprudencia como "integración en el círculo rector y disciplinario del empresario" [STS de 19 de enero de 1987 (RJ 1987, 59)]⁶⁵⁶ y decisiva en la relación laboral⁶⁵⁷.

Siendo así, en un primer momento la jurisprudencia identificaba la dependencia con la presencia de ciertas características, como la existencia de una jornada u horario de trabajo, la exclusividad en la prestación de servicios, la presencia física del trabajador en las dependencias del centro de trabajo, etc. Con posterioridad, estos criterios se sustituyen por otro, consistente en la aplicación del

⁶⁵³ Entre otras, SSTS 10 de abril de 1990 (RJ 1990, 2832); de 6 de noviembre de 1989 (RJ 1990, 1828); de 3 de abril de 1992 (RJ 1992, 2593) y de 26 de enero de 1994 (RJ 1994, 380).

⁶⁵⁴ En STSJ Cataluña 10 de julio 2006 (JUR 2007/47812).

⁶⁵⁵ Vid. STS de 23 de mayo de 2001 (AS 2001/1194) con respecto a las actividades de dos corresponsales de prensa: uno con horario, órdenes instrucciones de trabajo, etc., y otro con libertad de actuación, sin ajenidad, remitiendo las crónicas a través de módem. En la STSJ Cataluña de 11 de febrero de 2000 (AS 2000/1243), la del dibujante de un diario local que realiza el trabajo en su propio estudio, con sus medios materiales y libertad de criterio intelectual y artístico, pero sobre el personaje que diariamente le indica la empresa por vía telefónica. Por el contrario, niegan la existencia del vínculo laboral las SSTSJ Madrid de 8 de marzo de 2002 (AS 2002/1544) respecto la prestación de un tutor en un programa de educación a distancia; y la de Cataluña de 27 de mayo de 1998 (AS 1998/3068) por tratarse de un profesional libre.

⁶⁵⁶ También SSTS de 7 julio 1988 (RJ 1998, 55774); 25 de enero de 2000 (RJ 2000, 1312); STSJ Cataluña 10 de julio 2006 (JUR 2007/ 47812).

⁶⁵⁷ SSTS de 9 y 14 de mayo de 1990 (RJ 1990/4154 y AS 1990/4314). La STC 3/1983, de 25 de enero de 1983 (RTC 1983/3) acentúa el papel de esta nota, así "la desigualdad originaria entre trabajador y empresario, tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación".

sometimiento del trabajador a las órdenes del empresario [SSTS de 4 de julio de 1949 (RJ 1949, 1062); y de 18 de octubre de 1951 (RJ 1951, 2137)]; y éste por un criterio más flexible como es que el trabajador esté a disposición del empleador. Así, podemos encontrar relaciones de trabajo en las que, debido a la existencia de un mayor margen de iniciativa del trabajador, la sujeción a las órdenes del empresario esté debilitada [STS de 16 de febrero de 1966 (RJ 1966, 1277)].

La evolución del concepto de dependencia permite que los indicios tradicionales no sean determinantes y excluyentes de una relación laboral, sino criterios orientativos [STS de 22 de abril de 1996 (RJ 1996/3334)]⁶⁵⁸. Todo ello permite incluir dentro del concepto de relación laboral diversas manifestaciones “atípicas” como el teletrabajo en el que no existe presencia física en el círculo rector del empresario [STSJ Cataluña de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2002/255330)], sino una presencia virtual mediante conexiones informáticas y otros medios de comunicación [SSTSJ Asturias de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335); de 14 de abril (AS 2000/1003)]; Cataluña de 10 de marzo de 2000 (AS 2000/940); 10 de julio de 2006 (JUR 2007/47812)].

La inexistencia de un horario estricto deja de constituir un dato trascendente, toda vez que su fijación es innecesaria para ejercer un control sobre la tarea del trabajador, cuya ejecución puede conocer el empresario mediante la conexión informática. Así, por ejemplo, las características de la labor informativa encomendada impiden el cumplimiento de un horario rígido y el control para comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales, que se garantiza no sólo por el uso del medio indicado, sino también mediante la vigilancia de los artículos periodísticos remitidos con regularidad⁶⁵⁹.

Junto a esta nota de la dependencia caracterizadora del contrato de trabajo se encuentra la ajenidad o la realización del trabajo por cuenta ajena. En principio, no cabe identificarla con la alteridad (trabajar para otro), puesto que tanto el trabajador autónomo como el subordinado trabajan para otro destinatario del servicio. Sin embargo, “cuando uno trabaja para otro pero entre ellos se interpone el empresario, en realidad lo que ocurre es que el trabajador presta sus servicios para el empresario, que es quien proporciona el producto al cliente”⁶⁶⁰. Por regla general, los tribunales niegan la presencia de la nota

⁶⁵⁸ En el caso de los trabajos informativos a través de un programa informático confeccionado por la empresa, que los controlaba mediante comunicación directa con los trabajadores, no comporta una libertad de actuación profesional propia del arrendamiento de servicios, ya que “no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”. Vid. STSS 10 de julio de 2000 (RJ 2000/8326), 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3040).

⁶⁵⁹ STSJ Asturias 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335), colaborador periodístico que presta los servicios desde su propio domicilio; igualmente existe concurrencia de relación laboral y teletrabajo entre el que presta sus servicios para una caja de Ahorros en su propio domicilio sin sujeción a horarios y realiza mediante instalación informática las operaciones propias de una sucursal inexistente en el pueblo, sin asumir riesgo, inserto en el organigrama y bajo el control de la entidad, en STSJ Extremadura de 16 de febrero 2006 (Rec. 795/2005).

⁶⁶⁰ STSJ Cataluña (Sala de lo Social), de 14 de mayo de 2002 (AS 2002/2130) donde además reproduce las distintas

de la ajenidad a las profesiones liberales, porque permiten al trabajador prestar los servicios con autonomía. Sin embargo, esta apreciación no es posible en los casos de titulaciones de formación profesional que impiden la realización de la actividad de manera autónoma por necesitar una supervisión total, lo cual implica la existencia de la nota de la dependencia junto a la de ajenidad [STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002 (AS 2002/2130)].

Respecto a la nota de la ajenidad para un supuesto de reportero gráfico tele-colaborador, la doctrina jurisprudencial afirma que, si bien el trabajo puede realizarse también por cuenta propia, con elección de reportajes o trabajos por parte del colaborador y posterior ofrecimiento de los mismos a las empresas, esta calificación no puede ser válida cuando el intercambio del trabajo, realizado por una retribución, está determinado de antemano en sus elementos principales mediante encargo o intervención de la empresa periodística⁶⁶¹. Esta interpretación también es extensible al supuesto de que el trabajo se desempeñe en el propio domicilio, incluso con los medios del trabajador, puesto que estas aportaciones no tienen la virtualidad suficiente para convertir la actividad del trabajador en titular de una explotación o empresa, en la que el objetivo de lucrar un rendimiento por el capital invertido prevalece sobre la obtención de una renta por el trabajo realizado⁶⁶². Por último, la ajenidad aparece también en el supuesto de los tele-maquetadores de revistas al ser los trabajos realizados tan esenciales en la empresa como lo son las portadas de las revistas, sin los cuales no podía cumplirse el objeto de la empresa, siendo la misma la que corría con el riesgo y ventura, ya que los trabajadores percibían idéntica cantidad, con independencia del número de ejemplares vendidos y de la mayor o menor complejidad de cada portada, viviendo exclusivamente del fruto de su trabajo para la empresa⁶⁶³. Igualmente, la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca cuando la empresa aporta los enseres, utensilios y material para el desarrollo del trabajo, por cuanto es la que incorpora los frutos del trabajo del trabajador, obteniendo directamente los beneficios sin que éste sea titular de una organización empresarial propia, sin infraestructura propia y “sin que sean datos transcendentales al efecto, y sí sólo formales, la facturación por sus servicios”⁶⁶⁴.

Desde un punto de vista jurídico-laboral, esto último entronca con la nota de la retribución, que no podemos obviar aun cuando no sea tan importante como las anteriores. En efecto, si bien es cierto que lo relevante para calificar una

interpretaciones doctrinales de la ajenidad: 1) ajenidad en los frutos; 2) dependencia como nota definitoria del contrato de trabajo por tratarse de trabajos que no consisten en elaborar un producto; 3) la ajenidad en la titularidad de los medios de producción; 4) la ajenidad en los riesgos; 5) la ajenidad en la utilidad patrimonial y 6) la ajenidad en el mercado.

⁶⁶¹ STS 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/3578).

⁶⁶² STSJ Cataluña de 11 de febrero 2000 (AS 2000/1243). Interpretación extensible también a la labor fotográfica y de captación de publicidad realizada además de las tareas periodísticas, por constituir en el primer caso (labor fotográfica), una actuación auxiliar o complementaria, y en el segundo caso, un aprovechamiento añadido y secundario de la utilidad que el periodista proporciona a la empresa por cubrir con sus artículos de prensa la información de la zona determinada asignada, [STSJ Asturias (Sala de lo Social), de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335)].

⁶⁶³ STSJ Madrid de 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321).

⁶⁶⁴ STSJ Cataluña de 10 de julio 2006 (JUR 2007/47812).

relación jurídica como laboral o mercantil no está en la forma de la retribución ni en su cuantía, sino en la concurrencia de las notas de la dependencia y ajenidad, las cantidades variables recibidas por un trabajador no son incompatibles con el carácter laboral del vínculo entre las partes⁶⁶⁵, ya que el art. 26 del ET considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma de remuneración⁶⁶⁶. Por ejemplo, el caso de un tele-trabajador, profesional liberal, que enviaba las noticias conforme a su propio criterio, con retribuciones fijas mensuales, de las que una parte fueron a porcentaje por reportaje⁶⁶⁷. O el sistema de retribución a la pieza, en el que se abona una cantidad determinada por dibujo confeccionado, en el caso del tele-dibujante⁶⁶⁸, aunque dicho sistema a destajo por resultado no se encuentra entre los más típicos del contrato de trabajo, que suele ser por tiempo o rendimiento, porque tampoco es incompatible con el carácter laboral del vínculo existente entre las partes, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 26 ET⁶⁶⁹ como anteriormente señalamos.

2.4.2. El Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo (AMET): contenido de las cláusulas.

Entre las cláusulas que contempla el AMET, en la primera se recoge la necesidad de establecer por acuerdo la voluntariedad y la reversibilidad del teletrabajo, si bien esta última en acuerdo individual y/o colectivo⁶⁷⁰. El principio de voluntariedad responde a una de las preocupaciones de los agentes sociales en las empresas que pretendan llevar a cabo el tránsito a esta nueva forma de organización del trabajo, en los casos en que el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo⁶⁷¹. Con ello se pretende que la renuncia a optar por él no

⁶⁶⁵ STSJ Baleares de 30 de mayo 1995 (AS 1995/1790) en el caso de los trabajos informativos.

⁶⁶⁶ STSJ Cataluña de 16 de mayo 2000 (AS 2000/1928). En los casos de teletrabajo a domicilio retribución por unidad de obra en STSJ Cataluña 10 de julio 2006 (JUR 2007/47812); STSJ Extremadura 16 de febrero 2006 (La Ley Juris 2235941/2006).

⁶⁶⁷ STS 23 de mayo de 2001 (AL 2001/1194).

⁶⁶⁸ STSJ Cataluña de 11 de febrero 2000 (AS 2000/1243). En algunos casos, el cobro del salario por pieza asegura la plena disponibilidad del derecho de autor o afín que le corresponda al trabajador, al respecto vid. SOLER MASOTA, Paz; LUQUE PARRA, Manuel, "Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos, en *RL*, núm. 21, 1999, pp. 7 a 47.

⁶⁶⁹ STS 31 de marzo de 1997, (RJ 1997/3578), Fj 4º.

⁶⁷⁰ Sobre el carácter voluntario, STS 11 de abril 2005 (RJ 2005/4060), SAN de 31 mayo 2004 (AS 2004/2637) a propósito de la impugnación de un Acuerdo, estableciendo las bases para iniciar la implantación de un modelo de Oficina Virtual, que deriva de una modificación de las condiciones de trabajo; y la STSJ Cataluña de 8 enero 2003 (JUR 2003/54294) en que la adaptación a las técnicas de teletrabajo no conlleva perjuicio en la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador.

⁶⁷¹ La cláusula 3 del Acuerdo establece que "el teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empleador afectados. El teletrabajo puede ser incluido como parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede ser concertado posteriormente como un acuerdo voluntario. En ambos casos, el empleador proporcionará al teletrabajador la información escrita pertinente de acuerdo con la Directiva 91/533/CEE, que incluya información sobre los convenios colectivos aplicables, descripción del trabajo a realizar, etc. (...). Si el teletrabajo no es parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, y el empresario realiza una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptar o rechazar esta oferta. Si un trabajador expresa su deseo de optar por el teletrabajo, el empleador puede aceptar o rehusar esta solicitud. El paso al teletrabajo como tal no afecta al status laboral del teletrabajador, porque sólo modifica la forma de realización del trabajo. (...) Si el teletrabajo no es parte de la descripción inicial del trabajo, la decisión de pasar es reversible por acuerdo individual

sea una razón para extinguir la relación laboral o para modificar los términos y condiciones de trabajo del trabajador⁶⁷², por lo que debemos entender que las decisiones de extinción o modificación, en base o como consecuencia de esa negativa, serían nulas⁶⁷³.

Si queremos dotar de una protección plena al teletrabajador, la afirmación anterior nos plantea dudas razonables⁶⁷⁴. Por un lado, porque el Acuerdo no la contempla expresamente; y por otro, por la regulación contenida en el art. 41 del ET, que permite considerar el tránsito al teletrabajo como una modificación sustancial cuando esa medida contribuya a mejorar la situación de la empresa⁶⁷⁵. En la mayoría de los casos, la introducción de esta nueva forma organizativa traerá consigo cambios en la jornada y en el horario de trabajo y, particularmente, en la distribución del tiempo de trabajo (art. 41.1 b ET)⁶⁷⁶, o en otros aspectos de las condiciones de trabajo, como el sistema de retribución⁶⁷⁷. Cuando la implantación del teletrabajo suponga además la modificación sustancial de una condición de trabajo regulada en un convenio colectivo, será necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores⁶⁷⁸. En la empresa en la que no exista representación legal de los trabajadores, éstos “podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados [...] que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”. En cualquier momento las partes pueden acordar la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje (arts. 41.4 y 6 ET)⁶⁷⁹.

y/o colectivo. La reversibilidad puede implicar el retorno al trabajo a las instalaciones del empleador a solicitud de éste o del trabajador. Las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo individual y/o colectivo.”

⁶⁷² En Francia, la Sentencia de la Corte de Casación Francesa (Sala de lo Social), de 2 de octubre de 2001, anula la Resolución de la Corte de Apelación que consideró legítimo el despido de un trabajador por negarse a trasladar su actividad a su propio domicilio, (vid. en la Revista *Droit Social*, núm. 12, 2001, pp. 1039 y ss., la publicación de la sentencia y el comentario de J.E. RAY, “La légitime censure des télé-travaux forcés”).

⁶⁷³ HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”, *RL*, núm. 21, 2003, p. 81; PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, en obra cit., p. 82; en MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, en *RL*, núm. 1, 2003, p. 29, se afirma que se “desvirtuaría el principio general de la voluntariedad en el acceso al teletrabajo”.

⁶⁷⁴ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, en *RL*, núm. 20, 2002, p. 24.

⁶⁷⁵ Entre otros, FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto, “Dependencia y voluntariedad en el teletrabajo: elementos a debate a propósito de recientes materiales normativos y jurisprudenciales”, en <http://www.comfia.net>; 2004 también ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 816 ateniéndose a las causas y procedimientos específicos del art. 41 ET.

⁶⁷⁶ Nueva redacción según el RD Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 17 de junio de 2010, núm. 147) y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18 de septiembre de 2010, núm. 227).

⁶⁷⁷ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 115; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 213; SOLÁ I MONELLS, Xavier, “La introducción del teletrabajo en la empresa: régimen jurídico”, *DL*, núm. 72, 2004, p. 105.

⁶⁷⁸ THIBAUT ARANDA, Javier “Teletrabajo forzado a domicilio”, obra cit., p. 395.

⁶⁷⁹ Nueva redacción Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18 de septiembre de 2010, núm. 227).

En definitiva, consideramos que aunque el AMET establezca que el paso al teletrabajo no afecta al status laboral del teletrabajador, porque sólo modifica la forma de realización del trabajo⁶⁸⁰, la garantía del mantenimiento de las condiciones laborales del trabajador puede quedarse vacía de contenido en el momento en que no se ha calificado como nula cualquier decisión empresarial incumplidora de la norma convencionalmente establecida⁶⁸¹.

Por otra parte, atendiendo a las últimas modificaciones legislativas del ET, y a pesar de que el AMET contempla la imposibilidad de extinguir la relación laboral en el caso que el trabajador no acepte el cambio al teletrabajo propuesto por la empresa, el empleador puede extinguirla cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 del ET (art. 52 c ET), especialmente por causas organizativas (“cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal), siempre y cuando justifique la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma”. En este caso, se trataría de una decisión estrictamente organizativa lejos de la represalia a la que parece aludir el AMET cuando establece que “la negativa del empleado a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo del trabajador”⁶⁸².

Ahora bien, cuando el tránsito sea al domicilio del trabajador no estamos ante una modificación de condiciones de trabajo, sino ante un cambio de vínculo o de la modalidad de contrato de trabajo común a domicilio⁶⁸³. Esto conduciría a la necesidad de llegar a un acuerdo con el trabajador (novación contractual) porque afecta al lugar concreto en que se efectúa el trabajo⁶⁸⁴. Sin embargo, para producirse esta novación del contrato de trabajo es necesario que concurren dos condiciones: que la nueva actividad responda al concepto legal de trabajo a domicilio que hemos tratado, y que la parte de actividad que se realiza desde el domicilio sea la prevalente⁶⁸⁵. El domicilio no puede convertirse en un lugar de trabajo mediante una modificación unilateral del empleador o por decisiones de la autonomía colectiva, dado que “el trabajo a domicilio no sólo invade

⁶⁸⁰ En el AMET se contempla que “el paso al teletrabajo como tal no afecta al status laboral del teletrabajador, porque sólo modifica la forma de realización del trabajo. La renuncia del trabajador a optar por el teletrabajo no es como tal una razón para extinguir la relación laboral o para modificar los términos y condiciones de trabajo de dicho trabajador”.

⁶⁸¹ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 24.

⁶⁸² En este sentido, THIBAUT ARANDA, Javier, “Teletrabajo forzado a domicilio”, obra cit., pp. 395 y 396. El art. 52 c) ET contempla la extinción del contrato por causa objetivas “cuando alguna de las causas previstas e el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo”.

⁶⁸³ STS de 11 abril 2005 (RJ 2005/4060). En THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 52, además se argumenta que en el domicilio el empleador no tiene disponibilidad sobre el ámbito de trabajo, requisito que se presupone en el art. 41 ET.

⁶⁸⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 830. Vid. STS 11 de abril 2005 (RJ 2005/4060); GALLARDO MOYA, Rosario, “Sobre la decisión unilateral del empresario y los acuerdos en el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo para imponer el teletrabajo a domicilio”, en RDS, núm. 33, 2006, p. 168; THIBAUT ARANDA, Javier, “Teletrabajo forzado a domicilio”, obra cit., p. 391.

⁶⁸⁵ GALLARDO MOYA, Rosario, “Sobre la decisión unilateral del empresario y los acuerdos en el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo para imponer el teletrabajo a domicilio”, obra cit., p. 169.

inoslajablemente el ámbito privado del trabajador sino que incide en la familia, la cual no tiene por qué soportar que el espacio físico donde convive se convierta por imposición en el lugar de desarrollo de la prestación" (art. 18.1 CE)⁶⁸⁶. En cambio, el tránsito a un telecentro o al teletrabajo móvil puede llevarse a cabo por el mecanismo de las modificaciones de condiciones de trabajo (art. 41 ET), sin necesidad del mencionado pacto entre trabajador y empresario al que hace mención el Acuerdo.

En definitiva, el principio de voluntariedad proclamado en el Acuerdo puede quedar vacío de contenido en el momento en que el empresario imponga esta modalidad de trabajo en los casos de crisis o reestructuración de empresas⁶⁸⁷, o en aquellos casos en que el AMET no haya sido incorporado o transpuesto por los representantes de los trabajadores y del empresario en la empresa o en un determinado ámbito sectorial⁶⁸⁸ "mediante un acto de recepción por los convenios colectivos de los que adquirirá la eficacia que le corresponda"⁶⁸⁹.

En cuando a la solicitud de retorno a las instalaciones del empleador, ya sea por parte del trabajador o del empleador, el Acuerdo contempla que éste es posible si se acuerdan individual y/o colectivamente las modalidades de reversibilidad⁶⁹⁰. Es decir, salvo que se pacte lo contrario, se trata de una "condición laboral permanente"⁶⁹¹ que se puede prever al inicio de la relación de teletrabajo o ser negociada con posterioridad⁶⁹².

⁶⁸⁶ GALLARDO MOYA, Rosario, "Sobre la decisión unilateral del empresario y los acuerdos en el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo para imponer el teletrabajo a domicilio", obra cit., p. 173; STS 11 de abril 2005 (RJ 2005/4060), Fj 5º.

⁶⁸⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 816. En contra, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", obra cit., p. 1330, "no va a caber, (...), un teletrabajo impuesto por decisión unilateral del empresario, ni siquiera en el eventual supuesto de que concurren las causas «económicas, técnicas, organizativas o productivas» a las que aluden los arts. 40 y 41 ET para justificar una modificación sustancial de condiciones de trabajo y un traslado".

⁶⁸⁸ Entre otros, Acuerdo implantación teletrabajo en Telefónica de España, S.A.U. (BOE 3 de noviembre 2006, núm. 263). Y por un convenio colectivo sectorial, XV CC de la Industria Química (BOE 29 de agosto de 2007, núm. 207).

⁶⁸⁹ GALLARDO MOYA, Rosario, "Sobre la decisión unilateral del empresario y los acuerdos en el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo para imponer el teletrabajo a domicilio", obra cit., p. 161. En este sentido, un supuesto de extinción de la relación laboral cuando el trabajador se niega adoptar la técnica del teletrabajo, antes de la firma del Acuerdo en STSJ Cataluña de 8 de enero de 2003 (JUR 2003/54294).

⁶⁹⁰ En estos mismos términos, art. 10. bis XIV Convenio General de la Industria Química, (BOE 6 de agosto de 2004, núm. 189); art. 12. 1 CC 2003-2005 de Telefónica de España, S.A.U. (BOE 16 de octubre de 2003, núm. 248); art. 67 IV CC de la Empresa Telefónica Móviles, España, S.A., (BOE 30 de septiembre de 2004, núm. 236) incorporando los principios del Acuerdo Europeo. Así, por ejemplo, se puede pactar la preferencia o prioridad para ocupar un puesto vacante o de nueva creación en los locales de la empresa, vid. THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, "Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo", obra cit., p. 52.

⁶⁹¹ HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, "Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo", obra cit., p. 81.

⁶⁹² MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco europeo sobre el teletrabajo", obra cit., p. 29. En el Acuerdo implantación teletrabajo de la empresa Telefónica España, S.A.U., se especifican las causas de reversibilidad, tanto a iniciativa del trabajador (durante los dos primeros meses o, en su caso, al finalizar el período del año, salvo que concurren circunstancias excepcionales que serán convenientemente valoradas por RRHH en coordinación con su Unidad de pertenencia), como de la empresa (razones de organización del trabajo o causas productivas o tecnológicas, cambio de actividad del teletrabajador, cambio de puesto de trabajo y cuando no se adecúa al perfil requerido para el teletrabajo). De estas situaciones se informará a la Representación de los trabajadores, cuyo seguimiento corresponde al Grupo de Adaptación del Tiempo de Trabajo. En el Acuerdo en materia de teletrabajo de SHS Polar, Sistemas Informáticos, S.L. se contempla la reversibilidad a petición del trabajador (en cualquier momento cabe su notificación a la empresa) y a petición de la empresa (a la finalización del proyecto de teletrabajo sin posibilidad de continuidad en esta modalidad y la

En virtud del Acuerdo, este derecho –igual que el principio de voluntariedad– sólo es predicable si el teletrabajo no es parte de la descripción inicial del trabajo. Por lo tanto, en caso contrario, no sólo es posible sino incluso conveniente –pese al silencio del Acuerdo– que el empresario lleve a cabo unilateralmente esa reversibilidad mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo⁶⁹³. En este primer caso el ejercicio de este derecho implica la existencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo en materias esenciales del contrato de trabajo, cuyo procedimiento y límites se rigen por el acuerdo individual o colectivo y, por lo tanto, al margen de las previsiones contenidas en el propio art. 41 ET. De este modo, el ejercicio del derecho a la reversibilidad contribuye a una “reinterpretación del aquel instituto”. Por el contrario, si el teletrabajo forma parte de la descripción inicial del trabajo la modificación sustancial de condiciones de trabajo se rige por el procedimiento y reglas previstas en el art. 41 del ET⁶⁹⁴.

Finalmente, tanto si el teletrabajo es originario como sobrevenido por pacto novatorio, el empresario debe informar al trabajador por escrito sobre sus condiciones de trabajo, conforme a los términos contemplados en la normativa comunitaria⁶⁹⁵, teniendo en cuenta que las particularidades del teletrabajo normalmente requerirán información escrita adicional sobre aspectos como el departamento a cuya responsabilidad el teletrabajador esté vinculado, su inmediato superior u otras personas a las que él o ella puedan plantear cuestiones de naturaleza profesional o personal, presentar informes, etc⁶⁹⁶.

Otro aspecto al que el Acuerdo alude en la cláusula segunda está en relación con las condiciones de empleo, reconociendo el principio de igualdad de trato de los teletrabajadores con respecto a los trabajadores presenciales. Se establece que los teletrabajadores se beneficiarán de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables en los locales del empresario. No obstante, se abre la posibilidad de elaborar acuerdos complementarios específicos de carácter individual y/o colectivo, a fin de tener en cuenta las particularidades del teletrabajo⁶⁹⁷. Este principio se reitera

forzosa “cuando se vea la imposibilidad operativa o capacidad del trabajador de continuar en la modalidad de teletrabajo, volviendo a las oficinas del cliente o de SHS Polar (...)” de acuerdo con unos plazos estipulados en el mencionado Acuerdo (15, 30 ó 45 días a petición del trabajador, según se encuentre en la misma Comunidad Autónoma, o fuera de ella o de España, el centro de trabajo al que esté adscrito). En los casos de reversibilidad forzosa y de las denegaciones frente a la solicitud de teletrabajo el Comité de empresa recibirá información sobre los motivos de todas las que se produzcan y podrá elevar para ser tratado con el máximo nivel en el Comité de Dirección de aquellos casos en que el trabajador así lo solicite.

⁶⁹³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”, obra cit., p. 30.

⁶⁹⁴ FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto, “Dependencia y voluntariedad en el teletrabajo: elementos a debate a propósito de recientes materiales normativos y jurisprudenciales”, en <http://www.comfia.net>.

⁶⁹⁵ Directiva 91/533/CEE, sobre obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DOCE de 18 de octubre), transpuesta al ordenamiento español RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8º, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE de 12 de agosto).

⁶⁹⁶ Cláusula tercera del AMET.

⁶⁹⁷ Este mismo principio se reitera en otras cláusulas del Acuerdo en materias relacionadas con la formación y promoción profesional, diligencia y resultados del trabajo, y derechos colectivos, en GONZÁLEZ DEL REY RODRIGUEZ, Ignacio, “El teletrabajo (Acuerdo Marco de 16 de julio de 2002)”, obra cit., p. 329.

de nuevo en otras cláusulas en materia de formación y promoción profesional, diligencia y resultados del trabajo, y derechos colectivos⁶⁹⁸.

En realidad, el principio de igualdad en las condiciones de empleo configura un tratamiento igual a quienes se encuentran en igual situación, que tiene que manifestarse entre el teletrabajador y un trabajador presencial comparable en el sentido de que no se exige el principio de igualdad de forma absoluta y rígida⁶⁹⁹. El trabajador comparable debe ser aquél de la empresa que presente el mayor número de analogías con el teletrabajador (mismo tipo de contrato, tarea o actividad laboral, grupo y categoría profesional, antigüedad y otros aspectos laborales similares)⁷⁰⁰. Con todo, “la regla de igualdad de trato es perfectamente compatible con la diferencia, siempre que ésta se sustente en razones objetivas y justificadas, y que se despliegue en su justa medida, esto es, en términos proporcionados; lejos de pretender una situación de paridad o equivalencia total (...),” en definitiva, que “se sustenten en una justa causa”⁷⁰¹.

Por este motivo, como el teletrabajo sólo es una modalidad de prestación de trabajo, no deben existir diferencias en las condiciones de trabajo de un teletrabajador en relación con las de un trabajador común que desempeñe las mismas funciones, tareas o cometidos en el centro o en los establecimientos de la empresa, porque ambos son titulares de los mismos derechos contemplados en los convenios colectivos o en la Ley⁷⁰². Sin embargo, esto no es óbice para que los acuerdos colectivos o individuales puedan establecer diferencias basadas en las particularidades del teletrabajo⁷⁰³ en relación, por ejemplo, con la fijación de los gastos y responsabilidades de la herramienta de trabajo principal, el ordenador; con la necesidad de dar formación específica; provisión de determinados pluses de disponibilidad, y otros aspectos similares. Estas particularidades y diferencias propias del teletrabajo no pueden ser causa de alegación de discriminación por parte de los demás trabajadores, en cuanto que responden a situaciones objetivamente diferentes, tendentes precisamente a tratar por igual a toda la plantilla de la empresa⁷⁰⁴.

⁶⁹⁸ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio, “El teletrabajo (Acuerdo Marco de 16 de julio de 2002)”, obra cit., p. 329. En THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 53, se trata de una declaración de principios que el AMET concreta respecto a determinadas condiciones laborales en otras cláusulas.

⁶⁹⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 32.

⁷⁰⁰ En este sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 33.

⁷⁰¹ En relación a las diferencias entre el principio de igualdad y no discriminación, GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en CASAS BAAMONDE, M^a Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la constitución española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 392 y 393.

⁷⁰² HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”, obra cit., p. 82.

⁷⁰³ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 25, donde el objetivo de la norma se encuentra en la prohibición de discriminación de los teletrabajadores.

⁷⁰⁴ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 33.

Según el AMET, en materia de protección de datos el empresario es responsable de las medidas adecuadas, especialmente en relación al software, para asegurar la protección de los datos utilizados y procesados por el trabajador para usos profesionales⁷⁰⁵. Esto significa que debe informar al teletrabajador de toda la legislación relevante y de las normas de la empresa relativas a la protección de datos⁷⁰⁶. En particular, debe informar sobre cualesquiera restricciones en el uso del equipo de tratamiento de la información o de herramientas como Internet, así como de las sanciones establecidas para los supuestos de incumplimiento⁷⁰⁷. Se parte de la consideración de que los equipos y útiles informáticos son instrumentos de trabajo sobre los que la empresa puede libremente establecer su régimen de utilización, que el trabajador deberá necesariamente observar de acuerdo con un deber de diligencia que le hace responsable una vez que haya recibido las particulares informaciones⁷⁰⁸, que deberían canalizarse convenientemente a través de la negociación colectiva⁷⁰⁹.

En este sentido, son cada vez más frecuente los convenios colectivos que contemplan estos aspectos estableciendo, por ejemplo, la obligación del empleado de utilizar los programas y software que determinen los procedimientos y normas de la empresa, así como la utilización de los mismos por cuestiones profesionales de la actividad de la propia empresa y en beneficio de la misma. También se prohíbe la utilización de aquéllos no autorizados por la empresa, o programas propios o de uso particular del empleado, así como introducir contraseñas privadas o autorizadas por el administrador del sistema de la empresa para fines privados, y la utilización de cualquier medio de comunicación vía Intranet-Internet, correo electrónico o cualquier otra modalidad que exista o pueda existir para uso particular o privado⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ Las medidas concretas que puede adoptar el empresario en orden a la protección de datos, pueden ser positivas (instalación de programas específicos con claves o envío de datos codificados) o negativas (restricción del uso del equipo informático o de algunas de las herramientas que éste ofrece, como Internet), en MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", obra cit., p. 35.

⁷⁰⁶ Art. 18.4 CE; LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, de 23 de noviembre); Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO L 201, de 31 de julio).

⁷⁰⁷ Entre otras, STS 26 de septiembre 2007 (Rec. núm. 966/2006), Fj 4º "lo que debe de hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios –con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones".

⁷⁰⁸ Por otro lado, cuando la información queda desprotegida, haciendo uso de ella personas no autorizadas, y el teletrabajador actúa diligentemente y conforme a derecho, el teletrabajador no tendrá responsabilidad alguna. Esto sucedería en el casode que las medidas protectoras sean insuficientes o inadecuadas o sobrepongan hechos fortuitos (averías) o ajenos a la voluntad de las partes (intrusos), en MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", obra cit., p. 34.

⁷⁰⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", obra cit., p. 1331. En SERRANO GARCÍA, Juana Mª, "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002", obra cit., p. 26, esta disposición no tiene como finalidad delimitar las actuaciones no permitidas a los teletrabajadores (...), su finalidad es co-responsabilizar al empresario y al trabajador en la protección de los datos.

⁷¹⁰ Art. 33 VII CC de ECA, Entidad Colaboradora de la Administración, S.A.U. (BOE 25 de junio 2008, núm. 153).

En su cláusula sexta, el AMET contempla la materia relacionada con la obligación empresarial del respeto de la privacidad del teletrabajador. Cuando el empresario instale cualquier tipo de sistema de control éste debe ser proporcionado a su finalidad y presentado de acuerdo con la Directiva 90/270 sobre pantallas de visualización, que establece que “no deberá utilizarse ningún dispositivo mínimo de control cuantitativo o cualitativo sin que los trabajadores hayan sido informados y previa consulta con sus representantes”. Como ha advertido la doctrina, una actividad laboral que se ejecuta fuera del centro de trabajo puede ser supervisada como si el trabajador estuviera en los locales de la empresa⁷¹¹. En realidad, lo que se pretende con esta cláusula es conciliar el derecho del empresario al control de la actividad laboral (art. 20.3 ET), y por lo tanto a ejecutar estos controles a distancia, con otros derechos fundamentales de los trabajadores. No obstante, la finalidad de esta cláusula no es garantizar el control empresarial, sino el respeto a la vida privada del trabajador en la actividad del teletrabajo⁷¹².

En todo caso, la admisibilidad del control informático de la prestación ha de conjugarse con dos principios: el del conocimiento previo por parte de los trabajadores, y el principio de proporcionalidad, que requerirá ponderar las características del control, los riesgos inherentes a la actividad laboral, el hecho que se consienta o no la utilización del sistema informático para fines personales, etc.⁷¹³.

Al respecto, cabe destacar la doctrina unificadora de la STS de 26 de septiembre de 2007⁷¹⁴, en relación con los límites del control empresarial sobre el uso del ordenador por parte del trabajador. En primer lugar, contempla la posibilidad de que el empresario pueda controlar, en principio, el uso por el trabajador del ordenador en razón de lo estipulado en el art. 20.3 del ET y no en el art. 18.3 ET. Y en segundo lugar, establece la necesidad de que el empresario deba definir previamente las reglas de uso del ordenador e informar a los trabajadores tanto de la existencia del control como de las medidas aplicables, al estar en juego el derecho a la intimidad e incluso el derecho al secreto de las comunicaciones⁷¹⁵. Esta materia en la que entran en juego los derechos fundamentales a la intimidad, secreto de las

⁷¹¹ THIBAUT ARANDA, Javier, JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, obra cit., p. 54.

⁷¹² SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo –Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 27.

⁷¹³ En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, obra cit., p. 1332, apostando por la negociación colectiva como el instrumento idóneo para la ponderación de bienes, definiendo el ámbito de privacidad y la participación de los representantes de los trabajadores en el funcionamiento de los sistemas de control.

⁷¹⁴ Recurso Unificación Doctrina 966/2006, enjuiciamiento del despido disciplinario de un trabajador que durante la jornada laboral, y desde el ordenador de la empresa, visitaba páginas pornográficas en Internet, en la que la sentencia no trata de la valoración de la conducta del trabajador a efectos disciplinarios.

⁷¹⁵ GARCÍA-PERROTE, Ignacio, “El control empresarial del uso por el trabajador del ordenador”, *IL. Jurisprudencia*, núm. 11, 2008, pp. LN 2 a LN 9; MANTECA VALDELANDE, Víctor, “Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites”, *AJA*, núm. 749, 2008, pp. 1, 8 a 10; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en el era tecnológica”, *AS*, núm. 17, 2008, pp. 49 a 69. En contra de este pronunciamiento, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, “El uso laboral del ordenador y la buena fe. (A propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, Rec. 966/2006)”, *RL*, núm. 6/, 2008, pp. 51 a 59.

comunicaciones y la autodeterminación informática las trataremos con detenimiento más adelante en el capítulo relativo al poder de control del empresario.

En su cláusula quinta el AMET contempla una de las cuestiones controvertidas del teletrabajo, relacionadas con el equipo de trabajo, la responsabilidad y los costes por su utilización, remitiéndose para ello a la necesidad de que sean claramente definidas antes del inicio del teletrabajo. Así, por regla general, se establece que el empleador será el responsable de proveer, instalar y mantener el equipo necesario para el teletrabajo habitual, salvo que el teletrabajador utilice su propio equipo⁷¹⁶. Las experiencias en el teletrabajo cuentan con la posibilidad de que el equipo sea proporcionado por el trabajador, como por ejemplo, la llevada a cabo en la AGE, o en la empresa Telefónica de España, SAU, o en la empresa SHS, Polar⁷¹⁷. No obstante, que el equipo utilizado sea propiedad del trabajador no afecta a la calificación de la relación, al no constituir en sí mismo un indicio de laboralidad o extralaboralidad⁷¹⁸. Ahora bien, si el equipo es proporcionado por el trabajador y no se alcanza un acuerdo individual, la instalación y mantenimiento serán responsabilidad del trabajador, que es el obligado a su mantenimiento (daño, avería o pérdida), recayendo la responsabilidad de los gastos de comunicaciones (luz o teléfono) o los que origine la pérdida de los datos o daños en éstos en el empresario⁷¹⁹.

Esta cláusula establece además que el empleador compensará o cubrirá los costes directamente causados por el trabajo, y en particular los relativos a la comunicación, cuando el teletrabajo se ejecute con carácter habitual y proveerá al teletrabajador de un adecuado servicio técnico de apoyo⁷²⁰. La responsabilidad de los costes por pérdida o daño del equipo y los datos empleados por el teletrabajador corresponderá al empresario, de conformidad con la legislación nacional y los convenios colectivos. En algunos casos se suele pactar un seguro

⁷¹⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", obra cit., p. 1332, "no se entiende muy bien el sentido de esta previsión convencional, que en última instancia va a redundar en perjuicio del teletrabajador".

⁷¹⁷ En el *Acuerdo Implantación Teletrabajo* en Telefónica de España, S.A.U., 14 de febrero de 2006, la empresa se comprometió a establecer un programa de dotación progresiva de los medios necesarios a los teletrabajadores, en donde el suministro de equipos para teletrabajo se debe articular de manera que no exista duplicidad de equipos propiedad de la empresa. En la experiencia piloto en la AGE, a los que no tenían equipamiento informático (un tercio disponía de él y una quinta parte de conexión ADSL suficiente para teletrabajar) se les dotó de ordenadores portátiles preparados con los programas necesarios, así como económicamente para que los participantes pagasen una conexión ADSL durante el tiempo de la experiencia, en MAP, *Libro electrónico. Plan Concilia. Horarios y teletrabajo*, obra cit., p. 139. En el *Acuerdo de SHS Polar*, 21 de marzo 2007 se pacta que la empresa proporcionará al trabajador los medios necesarios para desarrollar su trabajo, salvo que el trabajador manifieste su deseo expreso de utilizar su propio equipo.

⁷¹⁸ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002", obra cit., p. 29.

⁷¹⁹ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002", obra cit., p. 30.

⁷²⁰ En este sentido, llama la atención que en el *Acuerdo Implantación Teletrabajo* de la empresa Telefónica de España, S.A.U. contempla el compromiso de las partes para desarrollar las fórmulas que permitan que durante el contrato de trabajo, éste no suponga para el teletrabajador coste en sus comunicaciones. Sin embargo, en el apartado de otros gastos menciona expresamente que los de agua, luz, calefacción corren a cargo del teletrabajador. En cambio, en el *Acuerdo de SHS Polar*, se estipula que los gastos generados por la realización del teletrabajo (pago de la línea, teléfono, altas, etc.) serán abonados al trabajador en un periodo como máximo de 2 meses desde la correcta cumplimentación de la liquidación de gasto y aportación documental de justificantes por parte del teletrabajador.

que cubra esos daños o sustracciones del equipo, lo que no excluye totalmente la responsabilidad personal de quien hace uso de dichas herramientas de trabajo⁷²¹. Según el AMET, esto implica que al trabajador le corresponde el deber de cuidado diligente del equipo que le ha sido proporcionado⁷²², cuyo cumplimiento se facilita cuando el lugar dedicado en el teletrabajo a domicilio está separado del resto de la vivienda y es de acceso restringido. Al teletrabajador le corresponde un uso correcto del equipo, que se materializa en la obligación de no almacenamiento o distribución de materiales ilegales a través de Internet, incluso en los casos en que se haya pactado el uso del equipo para fines personales⁷²³.

En materia de seguridad y salud, la cláusula octava señala la responsabilidad del empleador, de acuerdo con la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y demás directivas aplicables, la legislación nacional y los convenios colectivos. Y así, entre las obligaciones empresariales, se señala la de información de la normativa de la empresa y, en particular, aquélla relacionada con los requisitos de las pantallas de visualización que el teletrabajador debe aplicar correctamente⁷²⁴. La verificación del cumplimiento de las previsiones en materia de seguridad y salud es posible si el empleador, los representantes de los trabajadores y/o autoridades competentes tienen acceso al lugar de teletrabajo dentro de los límites de la legislación nacional y los convenios colectivos. En el caso del teletrabajo a domicilio, este acceso debe ser objeto de previa notificación y acuerdo para salvaguardar el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio. En todo caso, el teletrabajador está legitimado para solicitar visitas de inspección. La importancia y la trascendencia de esta materia así como la problemática de su aplicación en el teletrabajo es objeto de estudio en su capítulo correspondiente.

En su cláusula novena, en materia de organización del trabajo el AMET señala clara y rotundamente que el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo⁷²⁵. No obstante, sólo se trata de un principio inspirador en la regulación convencional y contractual de la jornada y el horario, “a la que en última instancia habrá que estar”⁷²⁶. Así mismo, para evitar un tratamiento

⁷²¹ Art. 49 CC Numil Nutrición, S.R.L.

⁷²² Estas obligaciones se concretan en el deber de secreto, deber de no concurrencia y pacto de exclusividad, deber de permanencia, deber de custodia y conservación en THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., pp. 191 a 197. El Acuerdo implantación Telefónica España, S.A.U. establece que “los teletrabajadores seguirán vinculados a los derechos y obligaciones establecidos por Telefónica de España en relación con la protección y confidencialidad de los datos y el acceso a datos de carácter personal, que figurarán incorporados en el acuerdo individual. Por otra parte, la empresa adoptará las medidas oportunas para asegurar la protección de los datos utilizados y tratados por el teletrabajador para fines profesionales”.

⁷²³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 41.

⁷²⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, obra cit., p. 1333, critica la falta de previsión en relación a un deber de formación específico en materia preventiva.

⁷²⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 45, esta flexibilidad será mayor o menor en función de la modalidad de teletrabajo y del tipo de comunicación pactado.

⁷²⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, obra cit., p. 1334.

peyorativo, afirma que “la carga de trabajo y los promedios de rendimiento del teletrabajador serán equivalentes a aquellos de los trabajadores comparables en el local del empresario”. En este aspecto, los negociadores acuden, de nuevo, al término de trabajador comparable cuya identificación ya realizamos con anteriormente⁷²⁷.

El teletrabajo origina una serie de inconvenientes para el teletrabajador, de los que el aislamiento es el que puede afectar en mayor medida a la prestación de servicios a distancia. El empresario debe realizar una labor de prevención del mismo, sustentada básicamente en el derecho del teletrabajador a relacionarse con sus compañeros de trabajo mediante correo electrónico y, en general, “a través de las mismas herramientas que permiten realizar la prestación a distancia”⁷²⁸. Igualmente, se le debe dar la oportunidad de reunirse regularmente con sus compañeros, así como acceder a información de la empresa, sobre todo de los aspectos relevantes de la misma (derechos de promoción, cambio de puesto de trabajo o empresa), cuyo desconocimiento pueda suponer menoscabo de los derechos laborales del teletrabajador⁷²⁹.

La materia de la formación en el teletrabajo se trata en la cláusula décima, fundamentada en el principio de igualdad y en el destino específico de la misma en relación al equipo técnico y a las características del teletrabajo⁷³⁰. El destinatario no es únicamente el teletrabajador porque “el supervisor del teletrabajador y sus compañeros directos pueden también necesitar formación sobre esta forma de trabajo y su gestión”. El principio de igualdad responde a la necesidad de dotar de igual formación a todos los trabajadores de la empresa, comparables o no. Sin embargo, esto no es óbice para que la formación e información a los teletrabajadores sea “específica y exclusiva” en relación al equipo técnico puesto a su disposición y a las características de esta forma de organización (sobre sistemas de intercomunicación que existan con la empresa, los medios de control utilizados por ésta, el *software* que se instale, riesgos laborales concretos y las medidas preventivas)⁷³¹.

⁷²⁷ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 45, entiende por trabajador comparable “aquél que reúna el mayor número de analogías con el teletrabajador, por compartir un mismo tipo de contrato –temporal o indefinido–, tarea o actividad laboral, grupo y categoría profesional, antigüedad y otros aspectos laborales similares”.

⁷²⁸ THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre teletrabajo”, obra cit., p. 62. Sin embargo, estos autores señalan que la utilización de estas herramientas estará en función de lo que disponga el empresario, negando cualquier uso social del correo electrónico en el trabajo.

⁷²⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 46.

⁷³⁰ “Los teletrabajadores tendrán el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de promoción profesional que los trabajadores comparables en el local del empresario y estarán sujetos a las mismas normas de evaluación que estos otros trabajadores”. Esta cláusula reconoce las mismas reglas de acceso a los cursos que para el resto de los trabajadores de la empresa y el mismo sometimiento a las mismas políticas de evaluación (ascensos), tanto a unos como a otros, en SERRANO GARCÍA, Juana, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 39.

⁷³¹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 47. En THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre teletrabajo”, obra cit., p. 63, se han de incluir “tanto las necesidades materiales de conocimientos informáticos y experiencia básica con el *hardware*” y el *software* (...), como las necesidades inmateriales asociadas al teletrabajo que no están tan claramente definidas y son de fácil acceso” (todos aquellos aspectos relacionados con la eficacia personal, la autonomía, la flexibilidad, la capacidad de relacionarse, la creatividad, la organización, la gestión, el trabajo en equipo y la capacidad de dirección).

Por ejemplo, el *Acuerdo Implantación Teletrabajo* en Telefónica de España, SAU contempla la necesidad de potenciar una formación específica en esta materia que será facilitada por la empresa, tanto para los teletrabajadores como para sus responsables directos. Este plan tiene como objetivo garantizar una formación adecuada y de calidad que capacite al empleado para el uso de las herramientas básicas del teletrabajador (correo electrónico) en los entornos de trabajo “corporativos” y de cara a las cuestiones psico-sociales precisas para una correcta adecuación al nuevo entorno laboral)⁷³².

Por último, un aspecto muy importante de la formación es que la finalidad de la misma no es formar a técnicos o especialistas en Internet, sino dotar al teletrabajador de los conocimientos necesarios para poder desarrollar la actividad laboral a distancia. Una vez alcanzado este objetivo, la formación continua juega un papel primordial canalizable mediante el mecanismo de la teleformación, dado que el desarrollo del teletrabajo fomenta la teleformación y viceversa⁷³³.

2.4.2.1. Especial referencia a los derechos colectivos de los teletrabajadores

Si atendemos a las importantes insuficiencias que pueden presentarse en el tratamiento que la empresa dé al uso sindical de los medios informáticos, uno de los aspectos con mayor incidencia en el teletrabajo es el ejercicio de los derechos colectivos por parte de los teletrabajadores⁷³⁴. Pese a contemplar la rúbrica “derechos colectivos” de los teletrabajadores, el AMET sólo hace mención a algunas cuestiones de los derechos de representación, guardando silencio respecto al resto de los derechos colectivos. La regulación y desarrollo de los otros derechos colectivos así como aquellos aspectos no previstos relacionados con la representación “es responsabilidad que, una vez más, deberán asumir los interlocutores sociales de los distintos Estados miembros”⁷³⁵.

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. Estos problemas se deben principalmente a la deslocalización del trabajo que, como sabemos, es uno de los rasgos que caracteriza al teletrabajo y que requiere una adaptación de la normativa existente en materia de derechos colectivos a las peculiaridades y particularidades de esta forma de prestación de servicios por cuenta

⁷³² La teleformación se integraría en un primer módulo básico que estaría formado por: a) Teletrabajo. Componentes y herramientas, que tiene como contenido: teletrabajador tipo. Requisitos; herramientas del teletrabajador: hardware/software; entorno de trabajo; b) Habilidades (optimización de los recursos; gestión del tiempo y control del estrés; tiempo de trabajo. Organización; técnicas antiestrés.

⁷³³ DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la Sociedad de la Información*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 81 y 82.

⁷³⁴ En este sentido, BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LEJARRETA, Ricardo, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 141.

⁷³⁵ En MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 48.

ajena y dependiente⁷³⁶. La deslocalización y el trabajo prestado a distancia con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación por el teletrabajador no favorecen el ejercicio de representación de los trabajadores, al menos como venía desarrollándose en el modelo fordista⁷³⁷. Por ello, los sujetos negociadores del AMET, conscientes de estas dificultades en el teletrabajo, plantean algunas pautas en la cláusula undécima⁷³⁸, pero sin entrar a concretar cuáles pueden ser las medidas destinadas a facilitar la efectividad de los derechos colectivos en el teletrabajo⁷³⁹. Se establece que los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores en el local del empresario, aunque el silencio del AMET sobre la forma en que el teletrabajador puede desempeñar esa función de representación, en el caso de resultar elegido, plantea serias dudas sobre la igualdad proclamada, salvo que la negociación colectiva expresamente la establezca⁷⁴⁰.

Los teletrabajadores tienen las mismas condiciones de participación y elegibilidad establecida en el ET para las elecciones a los órganos de representación unitaria en la empresa, motivo por el cual será necesario que desde el inicio del teletrabajo se haga constar la adscripción del teletrabajador al centro de trabajo a los efectos del ejercicio de los derechos colectivos. El problema se plantea en la forma de computar los teletrabajadores y el tipo de órgano a constituir, de acuerdo con lo establecido en los arts. 62.1, 63.1 y 3 ET para el caso de la representación unitaria y en los arts. 10.1 y 2 LOLS para la representación sindical, teniendo en cuenta que la prestación de servicios en el teletrabajo no se realiza en el centro de trabajo o empresa.

⁷³⁶ BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, "El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo", obra cit., p. 141. Sobre la incidencia de la actividad sindical en la empresa ante las transformaciones económicas y sociales, CRUZ VILLALÓN, Jesús, "La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas", *RL*, núm. 27, 2007, pp. 15 a 39; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "El sindicato ante las transformaciones económicas y sociales", *REDT*, núm. 134, 2007, pp. 289 a 306.

⁷³⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 841, señala la "*desindicalización* de quienes lo realizan" motivada, por un lado, por la "*dispersión geográfica* de los teletrabajadores que conduce a su *atomización*", y por otro, por la "*creciente diversificación de los intereses* de los trabajadores (...) que no siempre son conciliables entre sí". En ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "La informatización y las nuevas formas de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LEJARRETA, Ricardo, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho de trabajo*, obra cit., p. 18, plantea la necesidad de "repensar continuamente" las categorías conceptuales y los equilibrios internos del Derecho del Trabajo "para adaptarlo a una realidad en constante evolución (...)"; igualmente, pero refiriéndose específicamente al teletrabajo ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, "Teletrabajo y derecho colectivo del trabajo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, p. 1.011.

⁷³⁸ Cláusula 11. Derechos Colectivos.- Los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores en el local del empresario. No se pondrán obstáculos a su comunicación con los representantes de los trabajadores. Se les aplicarán las mismas condiciones para participar y ser elegidos en elecciones para órganos de representación de los trabajadores o que prevean representación de los trabajadores. Los teletrabajadores serán incluidos en el cálculo para la determinación del censo de colectivos con representación de los trabajadores de acuerdo con las leyes europeas o nacionales, convenios colectivos o la práctica habitual. El centro de trabajo al que pertenecerá el trabajador a los efectos de ejercer sus derechos colectivos estará especificado desde el principio. Los representantes de los trabajadores serán informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo de acuerdo con las legislaciones europeas y nacionales, los convenios colectivos y la práctica habitual.

⁷³⁹ En este sentido, SERRANO GARCÍA, Juana María, "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco de 16 de julio de 2002", obra cit., p. 34; BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, "El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo", obra cit., p. 142.

⁷⁴⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", obra cit., p. 1335.

En el caso del teletrabajo habrá que adscribir al teletrabajador a la unidad técnica productiva de la que dependa⁷⁴¹ en cuanto a la prestación de trabajo, computándose conjuntamente tanto los trabajadores presenciales como los teletrabajadores⁷⁴². Ciertamente, si el teletrabajador está conectado y realiza su prestación exclusivamente para un centro de trabajo de la empresa con el que existe una comunicación continuada, no cabe duda de la adscripción de ese teletrabajador. Pero si la conexión es con la “red” informática de la empresa, sin una localización material en un centro de trabajo concreto, se plantea dudas que habrá que resolver atendiendo al “criterio de razonable adscripción”, por medio del cual se acudirá “entre otros elementos al contenido del trabajo prestado y a su relación con, o integración en, la parte correspondiente de la estructura organizativa de la empresa”⁷⁴³.

En todo caso, los acuerdos o convenios colectivos son los que deben determinar en qué centro serán electores y elegibles los teletrabajadores⁷⁴⁴ pero, en su defecto, debería atenderse a un sistema subsidiario de asignación del puesto de trabajo en una futura regulación nacional⁷⁴⁵. Por lo tanto, generalmente la determinación expresa debería constar bien en el convenio o acuerdo colectivo, o bien en el contrato individual, siguiendo para ello los lógicos criterios de la dependencia jerárquica y tecnológica (atendiendo al lugar desde donde se imparten las órdenes e instrucciones y al que va destinado el resultado de la actividad laboral, que incluso puede enviarse por vía tecnológica una vez finalizada aquélla) o la cercanía (al centro de trabajo más cercano al lugar de trabajo del teletrabajador)⁷⁴⁶.

En cuanto a la participación del teletrabajador como elector en las elecciones a representantes de los trabajadores, sugerimos la existencia de una representación específica de los teletrabajadores que atienda la particularidad de sus problemas y de sus reivindicaciones. Sin embargo, esta posibilidad no se ha contemplado en el AMET, por lo que sólo es posible si en convenio colectivo se pacta la posibilidad de crear un nuevo colegio electoral de teletrabajadores en los términos contemplados en el art. 71 ET⁷⁴⁷.

⁷⁴¹ GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 92, “parece que en principio pertenecerán al mismo centro de trabajo todo el personal que preste sus servicios en el interior, así como los que los presten en el exterior cuando lo hagan bajo la dependencia de la misma unidad técnica productiva (...)”.

⁷⁴² BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, obra cit., p. 143.

⁷⁴³ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 119.

⁷⁴⁴ THIBAULT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, obra cit., p. 64.

⁷⁴⁵ HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”, obra cit., p. 85.

⁷⁴⁶ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 50.

⁷⁴⁷ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 49; THIBAULT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, obra cit., p. 64.

En otro orden, uno de los aspectos que hemos señalado *supra* que tiene una mayor incidencia en el ejercicio de los derechos colectivos en el teletrabajo es el tratamiento que la empresa dé al uso sindical de los medios informáticos. En este sentido, es necesario que el empresario facilite la comunicación de los teletrabajadores con sus representantes para el ejercicio de sus funciones, de tal forma que si el teletrabajador está conectado con la empresa por vía tecnológica, lo lógico es que esa comunicación se realice por esas vías (correo electrónico, tablón de anuncios virtual, foros telemáticos, videoconferencias y demás instrumentos similares)⁷⁴⁸.

Sin embargo, no creemos que la mención en el AMET a que “no se pondrán obstáculos a su comunicación con los representantes de los trabajadores”⁷⁴⁹ consagre un derecho al uso de los medios puestos a disposición por la empresa para comunicarse con sus representantes⁷⁵⁰, teniendo en cuenta que los medios tradicionalmente utilizados han quedado obsoletos y carecen de utilidad en un modelo de trabajo a distancia (por ejemplo, el tablón de anuncios o un local – art. 81 ET-)⁷⁵¹. En este sentido, no nos encontramos con una mención expresa como la del Acuerdo-marco europeo en el sector del comercio, donde se establece que los teletrabajadores tendrán derecho a utilizar los equipos y las estructuras exigiéndose a la empresa que no acceda a las comunicaciones que se establezcan entre trabajador y representante⁷⁵².

Al respecto, dado que no contamos con una normativa específica y no hay esa mención expresa en el AMET, es la negociación colectiva la que puede garantizar la utilización de los instrumentos de trabajo para el ejercicio de los derechos colectivos como el de información y comunicación con los representantes de los trabajadores⁷⁵³.

La STC 281/2005, de 7 de noviembre, sobre el uso sindical del correo electrónico, reconoce a los sindicatos el derecho al uso del correo electrónico de la empresa como medio para distribuir información sindical a los trabajadores, siempre y cuando dicho instrumento existiese en la empresa. Por ello, entendemos

⁷⁴⁸ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 50.

⁷⁴⁹ BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, obra cit., p. 145, “el no poner «obstáculos a la comunicación» (...) implicaría adoptar medidas como ampliar el crédito horario de los representantes en empresas con teletrabajadores, en función del tiempo de desplazamiento requerido o/y sustituirlo por parte del crédito horario por «crédito de mensajería electrónica o incluso videoconferencias», garantizar un tablón virtual y en general aquellos medios informáticos que faciliten las labores representativas”.

⁷⁵⁰ Igualmente PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, obra cit., p. 1335.

⁷⁵¹ THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, obra cit., p. 64, se califica de “ambigua” la fórmula empleada en el AMET para reconocer el derecho del trabajador a comunicarse con los representantes de los trabajadores.

⁷⁵² SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 34.

⁷⁵³ Igualmente, en SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 34. En MERCADER UGUINA, Jesús R., *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, obra cit., p. 117, habla de la necesidad de extender al ámbito sindical de “aplicaciones de la tecnología corriente que deben ser derivadas hacia la acción sindical para la utilización plena de los derechos de información de los trabajadores” (telerreferéndums, telerreuniones, telearsambleas, teletableros).

que este derecho se extiende a otras herramientas de trabajo de la empresa, sin embargo, el TC reconoce este derecho sin que ello suponga a la empresa un gravamen adicional, dejando en manos de otros instrumentos como la negociación colectiva, la regulación del uso de los medios técnicos de la empresa para la comunicación e información entre los trabajadores y sus representantes. En relación con este aspecto nos remitimos *infra* al capítulo del poder de control del empresario tratado con mayor detenimiento.

En relación con los derechos de información y consulta, el AMET recoge que los representantes de los trabajadores serán informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo de acuerdo con las legislaciones europea y nacional, los convenios colectivos y la práctica habitual. En realidad nos encontramos con una nueva atribución de competencia que debería ser incorporada al art. 64 ET⁷⁵⁴, donde se regulan los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores⁷⁵⁵. Esto significa que el comité de empresa tiene derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, en este caso, sobre la introducción del teletrabajo (art. 64.1 ET)⁷⁵⁶. Esta información está sujeta a la emisión de informe del comité de empresa, con carácter previo a la ejecución de las decisiones adoptadas por el empresario cuando la introducción del teletrabajo suponga la “implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempo, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo” [art.64.5 f) ET], o el “traslado total o parcial de las instalaciones” [art. 64.5 c) ET]⁷⁵⁷.

Por último, en relación al ejercicio del derecho de huelga, no mencionado en el AMET, habrá que tener en cuenta la especial incidencia de la misma en ciertos sectores con un alto nivel de tecnificación que permite reducir al mínimo la necesidad de la mano de obra en determinados momentos del proceso productivo, en la medida que pueda el empresario mantener su actividad productiva sin necesidad de utilizar mano de obra durante el desarrollo de la huelga (por ejemplo, uso de cajeros automáticos en las entidades bancarias), en sectores relacionados con las telecomunicaciones (telefónicas) o a través de Internet, y en los medios de comunicación no escritos (radio y televisión)⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ En este sentido, HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”, obra cit., p. 85. No obstante, no sería necesario, “pues aquella ya podía entenderse perfectamente incluida en alguno de los apartados del precepto en cuestión”, en MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 51.

⁷⁵⁵ Art. 64 ET modificado por Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 171995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE 17 noviembre de 2007, núm. 276).

⁷⁵⁶ Art. 64. 1 p. 2º “Se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”.

⁷⁵⁷ THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo”, obra cit., p. 65.

⁷⁵⁸ MORALO GALLEGOS, Sebastián, “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, en FALQUERA BARÓ, Miguel Ángel (dir.), Derecho colectivo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, III-2003, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 218 y 219.

En este sentido, la normativa de huelga, el Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo de Relaciones de Trabajo (en adelante RDLT)⁷⁵⁹ no contempla prohibición o limitación en la utilización de los medios tecnológicos por parte del empresario en los supuestos de huelga. La única limitación es la contemplada en el art. 6.5 que prohíbe el esquirolaje o la sustitución de los trabajadores huelguistas. En el teletrabajo esta prohibición plantea serias dificultades en el momento en que no se pueda controlar las situaciones de esquirolaje externo, bien porque el proceso productivo esté fuertemente atomizado o bien por la facilidad con la que cuenta el empleador para sustituir a los huelguistas por otros sujetos⁷⁶⁰.

Por ello, podemos considerar que aquellas actuaciones del empresario en situaciones de huelga que pretendan esconder en realidad “una distinta forma de administrar la fuerza de trabajo” o “sutiles mecanismos de sustitución de los trabajadores huelguistas” no tienen su amparo en la libertad de empresa (art. 38 ET)⁷⁶¹ y, por lo tanto, son ilícitas por contrarias al derecho del huelga (art. 28.2 CE). Así mismo, de los diversos pronunciamientos judiciales existentes podemos afirmar que la utilización de esos medios por parte del empresario “es contraria a derecho cuando se hace un uso de los mismos manifiestamente diferente al que ordinaria y habitualmente se realiza, alterando con ocasión de la huelga y de forma drástica la finalidad, el objeto y el modo de funcionamiento de toda esta infraestructura para vaciar de contenido la huelga, consiguiendo ofrecer una apariencia de normalidad que haga ineficaz el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores”⁷⁶².

Finalmente, “la notable dispersión de la plantilla va a afectar a la publicidad de la huelga (art. 6.6 Real Decreto-Ley 17/1977, para la que el empleador deberá permitir la utilización de los medios telemáticos de su titularidad”⁷⁶³.

⁷⁵⁹ BOE 9 de marzo de 1977.

⁷⁶⁰ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, “Teletrabajo y Derecho colectivo del trabajo”, obra cit., p. 1021.

⁷⁶¹ MORALO GALLEGOS, Sebastián, “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, obra cit., p. 236.

⁷⁶² MORALO GALLEGOS, Sebastián, “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, obra cit., p. 233.

⁷⁶³ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, “Teletrabajo y Derecho colectivo del trabajo”, obra cit., p. 1022.

CAPÍTULO III

EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA RETRIBUCIÓN EN EL TELETRABAJO

El tiempo de trabajo y la retribución en el teletrabajo

3.1. Flexibilidad y principio de libertad de gestión del tiempo de trabajo en las distintas modalidades de teletrabajo

La flexibilidad en la ordenación y distribución del tiempo de trabajo es una de las características más destacadas en el teletrabajo. La incorporación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante NTIC) en la empresa, permite llevar el trabajo a casa, que “el trabajo vaya con nosotros donde vayamos”, como si “lo lleváramos puesto”, superando las limitaciones de espacio y tiempo, y posibilitando una mayor movilidad⁷⁶⁴. De este modo, la actividad la llevan los trabajadores a cualquier lugar y en cualquier momento, de ahí la especial relevancia del factor tiempo en el teletrabajo. En este sentido, el teletrabajo no sólo se va caracterizar por la realización del trabajo en un lugar «atípico», sino también por el factor tiempo de trabajo⁷⁶⁵, ya que el teletrabajador podrá distribuir el tiempo entre el trabajo, el esparcimiento y la familia⁷⁶⁶.

Desde un punto de vista individual, cuando se modifica el contrato de trabajo acordándose la modalidad de teletrabajo a domicilio mediante la novación del contrato de trabajo, las partes están atendiendo principalmente a sus intereses individuales frente a los mecanismos modificadores propios del ordenamiento laboral, en los que la presencia del interés empresarial es mucho más visible⁷⁶⁷. Sin embargo, esta institución, que permite compatibilizar el trabajo y la vida privada porque existe una coincidencia del lugar de trabajo con el domicilio del trabajador, no evita que resulte difícil distinguir entre tiempo de trabajo y de no trabajo y, por lo tanto, determinar la línea que separa los tiempos de trabajo y de interrupción de la prestación de servicios⁷⁶⁸. Por lo tanto, la consecuencia más inmediata en

⁷⁶⁴ POVES PAREDES, Javier; CARRO ESTRADÉ, David, “Teletrabajo e inserción laboral: hacia el cambio de paradigma”, *RMTAS*, núm. 11, 1999, p. 20.

⁷⁶⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *RMTAS*, núm. 11, 1999, p. 99; POVES PAREDES, Javier; CARRO ESTRADÉ, David, “Teletrabajo e inserción laboral: hacia el cambio de paradigma”, obra cit., p. 21.

⁷⁶⁶ DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida”, *RIT*, 1990, p. 482.

⁷⁶⁷ En este sentido, MARTÍNEZ MORENO, Carolina, “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *TS*, núm. 197, 2007, p. 22.

⁷⁶⁸ Entre otros, DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y vida.”, obra cit., p. 482; ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 137; POVES PAREDES, Javier; CARRO ESTRADÉ, David, “Teletrabajo e inserción laboral: hacia el cambio del paradigma”, obra cit., p. 20; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 117; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, *Teletrabajo*, obra cit., p. 822; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 67; PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, obra cit., p. 69.

el teletrabajo es la dificultad de poner el tiempo de trabajo no sólo en conexión con la seguridad y salud en el trabajo, sino también con la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar⁷⁶⁹.

No obstante lo anterior, pensamos que en la determinación de la ordenación del tiempo de trabajo "la actividad laboral en sistema de teletrabajo no afecta tan profundamente" a la variable del tiempo de trabajo⁷⁷⁰ ya que, aunque "la jornada es la primera aproximación para medir la prestación que el trabajador debe", no es la única⁷⁷¹. Esta idea la apoyamos en un estudio realizado en las empresas del sector de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), en el que se ha demostrado que el teletrabajo es un instrumento que está ayudando a flexibilizar la organización de las empresas de este sector, sin que la deslocalización física del trabajador suponga mayores dificultades en la dirección o la comunicación entre supervisor y empleado⁷⁷². Al respecto, más de un tercio de las empresas del sector TIC utilizan habitualmente esta herramienta de organización, siendo la modalidad predominante el teletrabajo a domicilio, seguido del teletrabajo móvil o itinerante. En la mayoría de estas empresas se mantienen los mismos criterios de control que antes de la implantación del teletrabajo⁷⁷³, y los mismos que existen para los compañeros no teletrabajadores, independientemente de la modalidad de que se trate. En el teletrabajo a domicilio, el control del rendimiento suele realizarse una vez finalizado el trabajo, mediante los criterios de objetivos conseguidos y de calidad del trabajo. Igualmente, en el teletrabajo móvil prevalece el control del rendimiento a través de los objetivos conseguidos, realizándose en la mayoría de los casos una vez finalizado el trabajo. En el teletrabajo en telecentros se utiliza principalmente como medida de rendimiento la calidad del trabajo, con tendencia a desarrollarlo periódicamente. Este estudio ha demostrado que "las empresas no suelen cambiar sus criterios de control por el mero hecho de adoptar el teletrabajo y que el criterio que prevalece es el del control por objetivos". Por lo tanto, cualquier empresa que pretenda introducir el teletrabajo "debe previamente cambiar el modo en que controla a sus empleados, tradicionalmente la observación directa o el control de horarios, por la dirección de objetivos"⁷⁷⁴. Prueba de ello es

⁷⁶⁹ En RABANAL CARBAJO, Pedro "Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo", *AL*, núm. 16, 2006, p. 1910, el tiempo de trabajo no es sólo una cuestión de seguridad y salud.

⁷⁷⁰ SELLAS I BENVINGUT, Ramón *El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España*, obra cit., p. 105.

⁷⁷¹ ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, *Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, p. 255, "lo que trabajador debe es trabajo prestado durante un cierto tiempo (...) y en tal sentido, la jornada es la primera aproximación para medir la prestación que el trabajador debe". En PÉREZ AMORÓS, Francisco, "Tiempo de trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos", en APARICIO TOVAR, Joaquín, *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 96, "ni la deuda del trabajador para con el empresario que le liquida el salario es el tiempo (de trabajo), ni mucho menos la deuda del empresario tiene su objeto real en el tiempo de trabajo".

⁷⁷² ROCA PULIDO, Juan Carlos; MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José, RÍOS MARTÍN, Miguel, "Impacto del teletrabajo en la dirección y comunicación de las organizaciones del sector TIC", en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 2006, vol. 16, p. 95.

⁷⁷³ XIX CC de Alcatel-Lucent España, SA (BOE 19 de septiembre 2009, núm. 227) que incluye a todos los empleados de la empresa en el sistema de trabajo por objetivos (art. 1); contemplando el art. 43 las condiciones generales de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo.

⁷⁷⁴ ROCA PULIDO, Juan Carlos; MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José, RÍOS MARTÍN, Miguel "Impacto del teletrabajo en la dirección y comunicación de las organizaciones del sector TIC", en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 2006, obra cit., p. 94.

la existencia de algún convenio que, tras acordar la especificidad de teletrabajo a domicilio, establece la valoración de la dedicación según objetivos⁷⁷⁵.

Esta afirmación es importante teniendo en cuenta que en un análisis más profundo de la “flexibilidad” entre las mayores empresas españolas que desarrollan la responsabilidad corporativa, se aprecia que entre las empresas líderes empiezan a favorecerse otras formas de flexibilidad relacionadas con las nuevas posibilidades que ofrecen las TIC (como trabajo a distancia y teletrabajo), utilizadas por un 37%, frente a la flexibilidad horaria, que es la más extendida. Entendemos por empresas líderes aquéllas que mantienen canales de diálogo con todos sus grupos de interés, al conceder un carácter estratégico a dicho diálogo⁷⁷⁶.

El AMET pretende garantizar esta flexibilidad estableciendo unos límites que permitan salvaguardar tanto la seguridad y salud como la conciliación de la vida laboral y personal en el trabajo. Por ello, proclama la libertad del teletrabajador para gestionar la organización de su tiempo de trabajo dentro del marco de la legislación, los convenios colectivos y las normas de la empresa aplicables. Estos límites van dirigidos al ejercicio del poder de dirección y disciplinario del empresario, ya que es al empleador a quien corresponde indicar la tarea concreta a realizar o el servicio que debe prestar el teletrabajador⁷⁷⁷.

En algunas de las distintas modalidades de teletrabajo, esta flexibilidad del tiempo de trabajo puede venir acompañada de un escaso o nulo control de la actividad laboral y, por lo tanto, de la jornada de trabajo por el empresario (por ejemplo, teletrabajo no interactivo en el domicilio, itinerante u en otro lugar). Este supuesto tiene plena cobertura legal en la normativa comunitaria, en cuanto la Directiva 2003/88/CE contempla una serie de excepciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo (descanso, pausas, duración máxima del tiempo de trabajo semanal, trabajo nocturno y períodos de referencia), que pueden adoptar los Estados Miembros cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente, o cuando sea determinada por los propios trabajadores, en particular ejecutivos directivos u otras personas con poder de decisión autónomo⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Art. 8 CC del Organismo Autónomo Municipal de Comunicación e Información Ciudadana de Sant Cugat del Vallés (OAMCIC) para los años 2007-2010 (BOGC 14 de febrero 2008, núm. 5070); XVIII CC de Alcatel-Lucent España, SA (BOE 17 de septiembre 2008, núm. 225).

⁷⁷⁶ En este sentido, IBISATE, Ángel (dir.), *Estudio multisectorial sobre el estado de la responsabilidad corporativa de la gran empresa en España*, Secretaría General de Empleo, MTAS, 2007, p. 52. El objetivo fundamental de este estudio ha sido realizar una primera valoración sobre el nivel de desarrollo de la responsabilidad social corporativa entre las mayores empresas españolas que operan en España independientemente del país de origen de la empresa matriz. Entre una muestra de 100 empresas, 64 tienen la consideración de «empresas líderes», perfectamente comparable con el desarrollo que alcanzan las empresas más avanzadas en Europa en responsabilidad corporativa. Los grupos de interés con los que mantienen el diálogo son: accionistas, empleados, clientes, proveedores, comunidades locales, instituciones, fundaciones, ONG, Administración, sindicatos, medios de comunicación y competencia.

⁷⁷⁷ En este sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Tempo de traballo e novas tecnoloxías”, en AAVV, *A ordenación do tempo de traballo*, Consello Galego de Relaciones Laborais, Santiago de Compostela, 2004, p. 267.

⁷⁷⁸ Art. 17. 1 D. 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 (DOUE L 299/9, de 18 de noviembre 2003) que modifica la D. 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOCE de 13 de diciembre de 1993).

Por el contrario, otras modalidades de teletrabajo implican un mayor control por parte del empresario, y por lo tanto de menor flexibilidad en la gestión del tiempo por parte del teletrabajador (por ejemplo, teletrabajo interactivo o en telecentro), puesto que la distancia y la utilización de los medios telemáticos no son elementos que impidan ni el control de la actividad laboral ni del establecimiento de la jornada laboral, descansos, permisos, etc. En este caso, el control telemático puede afectar al ejercicio de los derechos constitucionales en el entorno laboral (intimidad, protección de datos, libertad de movimientos, etc.), cuestiones que trataremos en el capítulo V. No obstante, entre estos dos supuestos (ausencia de control y control continuo por parte de la empresa), pueden existir otros intermedios en que, pese a no existir inicialmente ningún tipo de control o comunicación interactiva constante, la libertad del teletrabajador para elegir el horario y los descansos puede estar parcialmente limitada, bien porque se haya pactado previamente o por otras circunstancias. En el primer caso, las partes acuerdan la existencia de un determinado período durante el cual la comunicación tiene una fase interactiva en que la empresa puede comunicarse y controlar la actividad del teletrabajador. En otras ocasiones, la limitación procede del horario de funcionamiento de los ordenadores centrales de la empresa, que condicionan a su vez el ordenador del teletrabajador, que no puede funcionar con independencia del encendido de aquéllos; o de las exigencias del mercado cuando se realizan funciones de televenta o información al público, o en los supuestos de teledisponibilidad⁷⁷⁹.

Por lo tanto, observamos que la mayor o menor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo va a estar en función tanto de la modalidad de teletrabajo como de la comunicación que exista entre el teletrabajador y el empresario, dados los sofisticados métodos con los que cuenta el empresario para controlar la actividad del teletrabajador no sólo en la modalidad interactiva, que permite un control actual y en tiempo real, sino en otras modalidades mediante instrumentos instalados en las herramientas telemáticas, previo conocimiento del trabajador como veremos en el capítulo correspondiente. En este sentido, coincidimos con la doctrina en que la regla general que rige en el teletrabajo es la del principio de libertad de gestión del tiempo de trabajo por parte del teletrabajador, aplicable para todas las modalidades -incluido el teletrabajo interactivo-, salvo pacto en contrario. Esto significa que en el caso de existir conexión telemática simultánea, y que el empresario quiera someter al teletrabajador a la disciplina horaria y jornada del resto de los trabajadores de la empresa, debe pactarlo expresamente con él⁷⁸⁰.

El problema está en determinar qué normativa del tiempo de trabajo se aplica a estos trabajadores, tanto en el caso de que el teletrabajador se rija por el principio de libertad de autoorganización, como en aquellos casos en que sea pactada con el empresario. En este sentido, la ordenación del tiempo

⁷⁷⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Tempo de trabajo e novas tecnoloxías", obra cit., pp 272 y 273.

⁷⁸⁰ Entre otros, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Tempo de trabajo e novas tecnoloxías", obra cit., p. 272; MONEREO PÉREZ, José Luis; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Comares, Granada, 2009, p. 194.

de trabajo se regirá por la normativa laboral, que entendemos se extiende al teletrabajo asalariado sin obviar los problemas en torno a su aplicación. En este caso, las jornadas limitadas, descansos, fiestas y vacaciones son derechos de los trabajadores que tienen que garantizar los poderes públicos (art. 40.2 CE)⁷⁸¹, mandato constitucional a los poderes públicos que no “trata ciertamente de imponer una prestación o actuación positiva, sino de atribuir una competencia para el aseguramiento de los derechos reconocidos en la materia por el ordenamiento jurídico”⁷⁸².

La jornada, horario, descansos y otras interrupciones de la prestación de trabajo no cuentan con una normativa específica que atienda las peculiaridades o especialidades del teletrabajo como, por ejemplo, en el caso de las relaciones laborales especiales caracterizadas por la realización de la prestación de servicios en un “atípico lugar” y, generalmente, por la regulación del tiempo de trabajo mediante otras fuentes distintas a la del ET⁷⁸³. Por este motivo, vamos a tratar cuestiones tales como la posibilidad o no de aplicar la normativa laboral sobre la jornada de trabajo, descansos, permisos y horas extraordinarias, la diferencia entre tiempo de trabajo y de no trabajo, o la disponibilidad en el teletrabajo y la imposibilidad de la prestación debida a interrupciones técnicas (art. 30 TRLET), así como la aplicación de las normas relativas a horas de trabajo nocturnas o en festivos, y si procede, por ejemplo, la ausencia por lactancia cuando la prestación se realiza en el domicilio del teletrabajador.

Por último, a falta de una normativa específica en la determinación del tiempo de trabajo, consideramos que en el teletrabajo va a ser decisivo el papel de los convenios colectivos y de los pactos individuales, que introducen más elementos de flexibilidad y reflejan “un incipiente cambio de concepción del tiempo de trabajo como un elemento de gestión eficiente y flexible más allá del mero mecanismo de control de la duración del trabajo”⁷⁸⁴. En concreto, aunque son escasos en nuestro país, dedicaremos unas breves reflexiones a la regulación del tiempo de trabajo en los acuerdos de implantación del teletrabajo en la empresa.

En definitiva, teniendo en cuenta la regla general establecida en el AMET proclamando el principio de libertad del teletrabajador de la gestión de su tiempo de trabajo, dentro del marco de la legislación, los convenios colectivos y las normas de la empresa aplicables, vamos a estudiar las peculiaridades del tiempo de trabajo atendiendo a las modalidades de teletrabajo existentes.

⁷⁸¹ GARCÍA NINET, José Ignacio, “Ordenación del tiempo de trabajo” en BORRAJO DA CRUZ, Efrén (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1994, pp. 8 y ss.

⁷⁸² GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edic. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pág. 863.

⁷⁸³ Sobre la especialidad de estas relaciones, OJEDA AVILÉS, Antonio “Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria”, *RL*, 1990, Tomo I, p. 231; MONTOYA MELGAR, Alfredo “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, *REDT*, núm. 109, p. 10; MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, p. 233.

⁷⁸⁴ AVENDAÑO, Francisco, “El contenido de los convenios colectivos y la nueva economía a partir de los datos de la encuesta de negociación colectiva de CEOE 1999”, *Aedipe*, núm. 13, junio, 2000, p. 19.

3.1.1. Modalidades de teletrabajo y tiempo de trabajo

En el teletrabajo las normas relativas al tiempo de trabajo del ET se aplican a todo teletrabajador asalariado común, salvo las excepciones contempladas en la normativa y que afectan a tres colectivos: a) la de los trabajadores sujetos al RD 1661/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo; b) las relaciones laborales especiales (art. 2 ET); y c) los trabajadores a domicilio (art. 13 del ET)⁷⁸⁵, cuando el tipo de conexión telemática no sea interactiva. En general, la ordenación del tiempo de trabajo de cualquier modalidad de teletrabajo tiene que partir del reconocimiento constitucional del derecho al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y de las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE)⁷⁸⁶.

No obstante, se trata de un deber constitucional que los poderes públicos deben garantizar, en la adopción y ejecución de las medidas precisas para el cumplimiento del programa constitucional y del ejercicio de los derechos correspondientes⁷⁸⁷. Ello implica el carácter imperativo de la ordenación del tiempo de trabajo que garantiza los derechos de los trabajadores en materia de jornada, entendida en su acepción amplia como “el tiempo de trabajo efectivo, más el tiempo de descanso”⁷⁸⁸, es decir, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo (art. 34.1 ET) y los períodos mínimos de descanso entre jornadas (art. 34.3 ET), teniendo los demás límites carácter dispositivo⁷⁸⁹. El respeto de estos derechos corresponde a la negociación colectiva, de acuerdo con el establecimiento y distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año (art. 34.2 ET), en garantía del principio de igualdad de derechos con respecto a los trabajadores comparables en los locales del empresario.

Las diversas formas de manifestación de la prestación del teletrabajo plantean serios problemas que afectan al cómputo del tiempo de trabajo en los términos del art. 34.5 del ET, por la dificultad para identificar físicamente el puesto de trabajo⁷⁹⁰. En estos casos, la existencia de programas informáticos específicos

⁷⁸⁵ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., pp. 106 y 107; excepto con respecto al trabajo a domicilio, PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*, obra cit., p. 51; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 73.

⁷⁸⁶ En el mismo sentido, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 105.

⁷⁸⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo, “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AAVV, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución Española*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 296 y 297; en esta misma obra para SALA FRANCO, Tomás, p. 215, son normas programáticas de alcance limitado que, si bien para el legislador no configuran estrictamente obligaciones de hacer, sí configuran plenamente obligaciones de no hacer.

⁷⁸⁸ Entre otras, STS de 6 de marzo de 2000 (RJ 2000/2598).

⁷⁸⁹ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., pp. 106 a 109. El inicio del cómputo del período de descanso comienza cuando termina efectivamente toda la jornada, incluyendo las horas extraordinarias, incluso “si es preciso retrasando la entrada de los trabajadores al día siguiente”, GARCÍA NINET, José Ignacio, “Ordenación del tiempo de trabajo”, en BORRAJO DA CRUZ, Efrén, *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del estatuto de los trabajadores*, Tomo I, Vol. 2º, Edersa. Madrid, p. 31.

⁷⁹⁰ El art. 34.5 ET establece que “el tiempo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. En relación a las dificultades del cómputo, CRUZ VILLALÓN, Jesús; RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 429.

permiten la identificación “virtual” mediante el establecimiento de los “equipos de producción remota”, utilizados para el control remoto de trabajadores no presenciales que sirven para recibir los informes de productividad y horas/hombre de su equipo, y llevar el control de asistencia mediante programas que visualizan la información que viaja a través de la Red⁷⁹¹. Incluso para los trabajadores itinerantes se pueden añadir otras formas de control del tiempo de trabajo, como pueden ser la cita con un cliente, la asignación de la carga de trabajo, los objetivos conseguidos por el teletrabajador o el equipo y la formación de equipos de trabajo⁷⁹². Ahora bien, en una empresa de importantes dimensiones, como por ejemplo Vodafone, el principal problema estriba en el control y cómo justificar el trabajo cuándo no se alcanzan los resultados alcanzados. En este caso, la empresa controla las conexiones pero no el teletrabajo. El control individual de la actividad laboral (bastante dificultoso) se sustituye por la implantación de unos objetivos, siendo necesario definir el objetivo con claridad. En estos casos es muy importante que la empresa tenga bien definido el control, teniendo en cuenta que las diferentes formas de organización del trabajo generan diferentes formas de control⁷⁹³.

En el teletrabajo, el término *puesto de trabajo* se puede identificar con “el entorno laboral inmediato”⁷⁹⁴ en un telecentro, domicilio u otros lugares, incluidos los itinerantes dado que, por regla general, en el supuesto de que acudan a la empresa los teletrabajadores no cuentan con un espacio físico para cada uno de ellos⁷⁹⁵. En nuestra opinión, el trabajador ocupa un “puesto de trabajo virtual” realizando la prestación de servicios en un “entorno laboral inmediato”, siendo lo verdaderamente relevante la “identificación virtual” mediante la conexión telemática, al menos al comienzo y al final de la jornada diaria⁷⁹⁶, todo ello teniendo en cuenta que “el puesto de teletrabajo no es más que una extensión de la oficina, cualquiera que sea el lugar en el que se sitúe”⁷⁹⁷.

Por lo tanto, vamos a analizar la ordenación del tiempo de trabajo en el teletrabajo teniendo en cuenta, como hemos afirmado, que en el teletrabajo rige la regla general del principio de libertad de gestión del tiempo de trabajo por parte del teletrabajador, salvo pacto en contrario.

⁷⁹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ, José; INFANTE MORO, Alfonso; MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis, “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación”, *RL*, núm. 12, 2003, pp. 95 a 115.

⁷⁹² BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo itinerante”, *Sociología del Trabajo*, núm. 45, 2002, p. 92.

⁷⁹³ LÓPEZ GARCÍA, Pedro, *Teletrabajo: una visión diferente*, Fundación Sindical de Estudios, Ediciones GPS-Madrid, 2007, pp. 298 y 299.

⁷⁹⁴ Art. 2 b RD 488/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (BOE 23 de abril de 1997), define el puesto de trabajo como “el constituido por un equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de un teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato”.

⁷⁹⁵ BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, CES, Madrid, 2002, pp. 223 a 225.

⁷⁹⁶ En este sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, *AS*, núm. 11, p. 45.

⁷⁹⁷ GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, *Revista Gallega de Empleo*, núm. 1, 2000, p. 187.

3.1.1.1. El teletrabajo a domicilio

En el trabajo a domicilio, y por extensión en el teletrabajo, lo verdaderamente relevante es la libertad de autoorganización del teletrabajador y la exclusión de la regulación laboral común del tiempo de trabajo⁷⁹⁸. No obstante, consideramos que el uso de las TIC en el teletrabajo puede originar el efecto contrario, por lo que la veracidad de esta premisa estará en función del tipo de conexión y la carencia de programas informáticos que controlen los tiempos de trabajo, al menos directa e inmediatamente⁷⁹⁹. Los programas informáticos pueden monitorizar el desempeño de los trabajadores de las horas efectivamente trabajadas, con el descuento correspondiente a tiempo de pausas, descanso o disponibilidad que no se computen como trabajo efectivo⁸⁰⁰. En ausencia de regulación específica sobre el teletrabajo, se suele acudir al art. 13 ET sobre contrato de trabajo a domicilio que, como hemos señalado en otro capítulo, al tratarse de una regulación que responde a las peculiaridades de la prestación de servicios en un lugar distinto del tradicional (centro de trabajo o empresa), y “carecer” de la vigilancia directa e inmediata del empresario, se realiza con un evidente margen de libertad⁸⁰¹. Resulta claro que constituye un trabajo asalariado que, a pesar de incorporar rasgos de autonomía en su ejecución, presenta problemas en la delimitación con otros contratos, como por ejemplo el arrendamiento de servicios, y con las características del teletrabajo que impiden su plena identificación⁸⁰². En el plano normativo, la ausencia de regulación en materia de jornada en el contrato de trabajo a domicilio (art. 13 ET) no excusa la aplicación de los topes máximos de jornada, descansos y festivos característicos de una relación laboral ordinaria⁸⁰³, a pesar del silencio del RD 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales⁸⁰⁴, insuficiencia legal que la negociación colectiva ha cubierto con un importante conjunto de

⁷⁹⁸ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 111.

⁷⁹⁹ Sobre la dirección y control de la actividad en el trabajo a domicilio, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 82 a 86; DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “Contrato de trabajo a domicilio”, en AAVV, *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*. Facultad de Derecho. Universidad de Madrid, 1965, p. 270.

⁸⁰⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; LUNA HUERTAS, Paula; INFANTE MORO, Alfonso; MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis, “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación”, obra cit., p. 110.

⁸⁰¹ DE LA VILLA GIL, Luis E.; GARCÍA NINET, José I., “El contrato de trabajo a domicilio”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El estatuto de los trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, p. 476.

⁸⁰² CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)”, *REDT*, núm. 100, 2000, p. 456; GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 61; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., pp. 11 a 113; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo” obra cit., p. 811.

⁸⁰³ DE LA VILLA GIL, Luis E.; GARCÍA NINET, José I., “El contrato de trabajo a domicilio”, obra cit. pp. 487 a 494; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 74; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)”, obra cit., p. 462; SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Contrato de trabajo a domicilio”, en OJEDA AVILÉS, Antonio (Coord.), *Modalidades de contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 184; CRUZ VILLALÓN, Jesús; RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores. Comentario*, obra cit., p. 195; PURCALLA BONILLA, Miguel A.; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo”, en AS, núm. 18, 2004, p. 85. En ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 148; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo*, obra cit., p. 111, ante la imposibilidad de control el elemento «tiempo de trabajo» desaparece.

⁸⁰⁴ El RD 1561/1995, de 21 de septiembre derogó al RD 2001/1983, de 28 de julio, de regulación de jornadas de trabajo, jornadas especiales y descansos cuyo art. 3 prohibía las ampliaciones de jornadas en el trabajo a domicilio.

disposiciones⁸⁰⁵. Esta misma doctrina la podemos trasladar al teletrabajo a domicilio, puesto que consideramos que, como trabajo asalariado, está sometido a los postulados de obligado cumplimiento en materia de tiempo de trabajo. En el teletrabajo a domicilio, el grado de autonomía del teletrabajador reside en el tipo de prestación de trabajo y el tipo de conexión, ya que es posible la existencia de contrato de trabajo sin establecimiento de jornada u horarios⁸⁰⁶. En estos casos, los lugares de realización de la prestación y los tipos de conexión existentes entre el trabajador y el empresario juegan un papel importante, porque van a determinar la mayor o menor libertad de autoorganización. No obstante, también habrá que tener en cuenta que en algunas ocasiones el contenido de la prestación será el que determine el sometimiento más o menos flexible a la jornada y horarios⁸⁰⁷. Son trabajadores que no están sujetos a cumplimiento de horario, pero no por ello están exentos del cumplimiento de la jornada anual pactada en el convenio⁸⁰⁸. Creemos que en el teletrabajo a domicilio interactivo es muy recomendable que el teletrabajador se someta a la regulación de la normativa de la jornada contemplada en el ET. En estos casos la normativa actúa 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. Por ello, entendemos que en el caso de extralimitación en las exigencias laborales del empresario mediante, por ejemplo, el teléfono móvil u ordenador portátil, corresponde al teletrabajador el “derecho a la desconexión”, en el sentido de que el teletrabajador podrá desconectar el móvil o el portátil fuera de la jornada de trabajo y no tiene obligación de escuchar o comprobar los mensajes hasta que la jornada se reanude⁸⁰⁹, salvo que se haya pactado un tiempo de disponibilidad. En el caso de trabajos no interactivos, la mayor autonomía en la libertad de autoorganización permite al teletrabajador administrar y gestionar su tiempo de trabajo, y compatibilizarlo a su libre albedrío con la conciliación de la vida familiar y personal. Esta situación responde, por regla general, a trabajos cualificados de tipo intelectual o de gran autonomía sin sujeción a control de tiempo sino, en todo caso, a los objetivos marcados por la empresa⁸¹⁰.

Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si cabe el ejercicio del derecho de ausencia o reducción de la jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses (art. 37.4 ET) por el teletrabajador/a a domicilio. En nuestra opinión, si atendemos al tipo de modalidad de teletrabajo, no cabría ninguna duda en

⁸⁰⁵ GARCÍA MURCIA, Joaquín (direct.), *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva. Estudio de los convenios colectivos de sector (1994-96)*, CES, Madrid, 1998, pp. 113 a 114.

⁸⁰⁶ Entre otras, STSJ Cataluña de 27 de mayo de 1999 (AS 1999/2560), STSJ Castilla y León (Burgos), 29 de octubre 1992 (AS 1992/4790); SSTCT 17 de febrero 1987 (RTCT 1987/3281); 13 de febrero 1985 (RTCT 1985/999).

⁸⁰⁷ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 84; igualmente RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 116, pero “quizás, sobre todo, por el tipo de conexión con la empresa”.

⁸⁰⁸ A los efectos del cómputo de la jornada total anual, el horario de referencia que se suele pactar es el del centro de trabajo al que pertenezcan [art. 32 CC de Mapfre, Grupo Asegurador (BOE 2 de abril 2002, núm. 79)].

⁸⁰⁹ ALARCÓN CARACUEL, Manuel R. “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, *Nuevas tecnologías de la información y Derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 15.

⁸¹⁰ En parecidos términos, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Tempo de trabalho e novas tecnoloxías”, obra cit., p. 272.

la modalidad interactiva, ya que no tendría sentido solicitar una reducción de jornada para quien no esté sometido a la misma (teletrabajo no interactivo). No obstante, consideremos que en la modalidad no interactiva cabría una excepción en reconocer el ejercicio de este derecho cuando se pacte la entrega de pedidos o cumplimiento de objetivos en un determinado momento. En efecto, la ausencia o reducción de jornada por lactancia es un derecho potestativo del trabajador, cuyo ejercicio el empresario no puede impedir o limitar⁸¹¹, por lo que el empresario debería tener en cuenta los «atrasos» debidos al ejercicio de este derecho, ya que no deben constituir motivo de penalización o sanción⁸¹².

Por último, en relación con el trabajo a domicilio merece mención especial la regulación de los trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo, que a partir del RD 427/1999 pueden celebrar contrato de trabajo a domicilio⁸¹³. En efecto, esta normativa se remite en materia de jornada a la regulación del Estatuto de los Trabajadores (arts. 34 a 38), aunque limitada, en primer lugar, por las ausencias remuneradas que no superen las diez horas en un semestre “para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional”⁸¹⁴; y en segundo lugar, por la realización de horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios, medida que tiene un claro objetivo como es la tutela de la salud e integridad de los trabajadores minusválidos ante el mayor esfuerzo físico que pueda representar el mayor número de horas de trabajo efectivo⁸¹⁵. Al respecto, estos límites implican que tienen que existir, por un lado, el establecimiento de una distribución de la jornada concreta que atienda al cumplimiento de los mismos (horario, pausas, descansos, etc.)⁸¹⁶; y por otro, un control real del tiempo de trabajo, al menos en los trabajos poco cualificados. En nuestra opinión, la modalidad adecuada para el cumplimiento de dichos límites es el teletrabajo interactivo, y por lo tanto la adopción de otra modalidad de conexión no interactiva no garantizaría a priori la prohibición de horas extraordinarias, o las ausencias remuneradas⁸¹⁷.

⁸¹¹ En MARÍN ALONSO, Inmaculada; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Familia y trabajo. Régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, p. 53.

⁸¹² En relación con la excepción de la regla de sinalagmaticidad de los contratos (art. 1124 CC), SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, *Los permisos retribuidos del trabajador*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 26.

⁸¹³ RD 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo, modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo.

⁸¹⁴ Arts. 19 a 22 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, sin perjuicio de la preferencia a elegir turno de trabajo o adaptar la jornada ordinaria laboral (arts. 33 y 34 de la Ley 13/1982 y 23 TRLET).

⁸¹⁵ GARRRIDO PÉREZ, Eva, *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 102.

⁸¹⁶ TUSET DEL PINO, P., *La Contratación de Trabajadores Minusválidos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 169. La regulación del tiempo de trabajo de este colectivo permite una distribución flexible y negociada del tiempo de trabajo como la prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

⁸¹⁷ Como las ausencias del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y la participación en acciones de orientación, formación y readaptación profesional (art. 13 RD 1368/1985, de 17 de julio). Y, en general, la vulneración de los principios de prohibición de discriminación y de accesibilidad universal proclamados en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 de diciembre de 2003, núm. 289).

3.1.1.2. *El teletrabajo interactivo y las interrupciones técnicas del tiempo de trabajo*

El teletrabajo interactivo es aquél cuya prestación se lleva a cabo con un terminal integrado en una red de comunicación electrónica interactiva entre el servidor y los distintos ordenadores, lo que permite al empresario los controles e instrucciones en tiempo real⁸¹⁸. En esta modalidad interactiva, el contacto continuo con el teletrabajador, igual que el del trabajador presencial, equivale a la observancia del horario establecido en la oficina⁸¹⁹, por lo que consideramos que el establecimiento del mismo no plantea problemas, puesto que se regiría por lo pactado en el convenio colectivo, pacto o normas de la empresa aplicables⁸²⁰. En nuestra opinión, esto implica que la total equiparación con el trabajo común no va a permitir que el teletrabajador tenga esa capacidad de autoorganización del tiempo de trabajo que caracteriza al teletrabajo⁸²¹ porque, entre otras, la finalidad de la conexión es el control de la actividad y, por lo tanto, del tiempo de la prestación realizada por el teletrabajador, haciendo uso el empresario de los poderes típicos laborales reconocidos en el ET⁸²². Entendemos que si esto no fuera así, el empresario pactaría con el teletrabajador otra modalidad de teletrabajo, o la compaginaría con una de entre las ya existentes. A esta misma conclusión llegamos si el teletrabajo se realiza en un telecentro dotado de los medios tecnológicos adecuados, y de una jornada y un horario de trabajo como si del mismo centro de trabajo se tratara, aplicándose las normas sobre jornada de la empresa para la que se teletrabaja⁸²³.

En definitiva, estas modalidades de teletrabajo y los controles telemáticos directos de la actividad laboral por parte del empresario, permiten conocer la duración de la prestación y de las pausas⁸²⁴ y el número máximo de horas delante de la pantalla, así como la realización de los descansos obligatorios, mediante el establecimiento de programas informáticos que permiten una “evaluación directa

⁸¹⁸ Entre otros, GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento jurídico italiano.”, obra cit., p. 189; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo*, obra cit., p. 112.

⁸¹⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 45.

⁸²⁰ En este mismo sentido, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 71.

⁸²¹ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *Régimen jurídico del teletrabajo*, obra cit., p. 111; MELLA MÉNDEZ, Lourdes, *Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo*, RL, núm. 1, 2003, p. 45; SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, RL, núm. 20, 2002, p. 3.

⁸²² RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en la relación laboral”, obra cit., p. 116, la extensión de la normativa laboral común sobre jornada laboral a algunas modalidades de teletrabajo, se debe al contenido de la prestación “y, quizás sobre todo, por el tipo de conexión con la empresa”.

⁸²³ Capítulo VII (arts. 23 a 27) CC estatal del sector de Contact Center (BOE 20 febrero 2008, núm. 44). Este convenio se aplica a aquellas actividades que tengan por objetivo contactar con terceros ya sea por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de una serie de servicios que el convenio enumera a título enunciativo.

⁸²⁴ Por ejemplo, las pausas necesarias establecidas en los convenios colectivos “cuando la alternancia de tareas no sea posible o no baste para disminuir el riesgo suficiente”, art. 3.2 RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; las del art. 34.4 “descanso del bocadillo” y art. 4 D. 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

e inmediata del tiempo real de trabajo”⁸²⁵, y del establecimiento y cumplimiento de la jornada laboral en los términos del ET, en concreto los arts. 34 (jornada); 35 (horas extraordinarias); 36 (trabajo nocturno y en las empresas con procesos productivos continuos, el trabajo a turnos); 37 (descanso semanal, fiestas y permisos); y art. 38 (vacaciones anuales).

Cuando la modalidad del teletrabajo es *on line* o existe cierta conectividad, pensamos que las interrupciones del tiempo de trabajo motivadas por averías en el equipo informático o de las telecomunicaciones por causa imputable al empleador, y no al trabajador, (por ejemplo, avería en el sistema informático o un servidor “insuficiente” propiedad de la empresa), producirían los efectos del art. 30 del ET⁸²⁶ y, por lo tanto, el teletrabajador tendría derecho a la conservación del salario “sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”⁸²⁷. En este caso, el empresario tiene que correr con los riesgos previsibles, incluidos los no evitables, aunque actúe con la máxima diligencia en el funcionamiento normal de la propia actividad empresarial (doctrina del riesgo de empresa)⁸²⁸. Este tipo de interrupciones técnicas deben ser reguladas en los acuerdos de teletrabajo, incluyendo dentro del horario de trabajo los breves períodos de interrupción del circuito telemático por averías no imputables al trabajador, como por ejemplo se establece en el Acuerdo colectivo marco de teletrabajo en la Administración Pública Italiana⁸²⁹. En cambio, si las interrupciones se ocasionan por fuerza mayor (por ejemplo, accidentes atmosféricos que afecten a trabajadores o suministro de las telecomunicaciones), como las debidas a acontecimientos externos a la actividad empresarial, el teletrabajador tendría que recuperar las horas de trabajo no realizadas. En este sentido, a falta de norma que expresamente la excluya, el art. 30 ET tan sólo declara que no existe derecho a exigir su recuperación cuando la suspensión se hubiere producido por causa imputable al empresario, por lo que a *sensu contrario* permite afirmar tal obligación

⁸²⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo. Análisis jurídico* laboral, obra cit., p. 70.

⁸²⁶ Igualmente, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 827; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en la relación laboral”, obra cit., p. 116; en MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 41, como contemplan los convenios colectivos en Alemania.

⁸²⁷ La derogada Orden de 22 de noviembre de 1973, sobre ordenación del salario (BOE de 11 de diciembre de 1973), tras contemplar en el art. 2 los períodos de descanso computables como salario, atribuía en el art. 3.º la misma calificación a las interrupciones del trabajo que fueran ajenas a la voluntad de los trabajadores y que no dieran lugar a la recuperación del tiempo perdido, siempre que debieran ser retribuidas en virtud de precepto legal o establecido; al respecto RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “Imposibilidad de la prestación”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 191 y 192. En, MATIA PRIM, Javier, “Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva”, en AAVV, *Lecciones de Derecho del Trabajo, en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso Calvo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, p. 148; el art. 30 ET lo que garantiza es el abono del salario sin exigir en otro momento el trabajo y omite toda referencia al Derecho al Trabajo reconocido en el art. 4. 2 c) ET.

⁸²⁸ En relación a la doctrina del riesgo, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “Imposibilidad de la prestación”, obra cit., pp. 238 a 245.

⁸²⁹ Art. 6 del Acuerdo colectivo marco sobre el Teletrabajo en la Administración Pública Italiana firmado el 23 de marzo de 2000, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 212.

para mantener el derecho al salario⁸³⁰, salvo previsión en convenio colectivo⁸³¹. La falta de regulación se debe a que la STS (Contencioso-administrativo) 31 de enero 1990 (RJ 1990/574) declaró nulo el art. 5 RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos que establecía el carácter recuperable de las horas no trabajadas por fuerza mayor. El tribunal entendió que el art. 5 era nulo por considerarlo contrario al art. 47 ET, a excepción de lo que se dispusiera en convenio colectivo⁸³². La doctrina ha criticado el error de la sentencia, pues su fundamentación parte de un malentendido sobre el significado de las horas recuperables, pues con base en el art. 47 ET cree que no se remuneran, partiendo igualmente del desconocimiento de la cobertura que la similar previsión de la Ley de Jornada Máxima legal brindaba⁸³³.

3.1.1.3. *El teletrabajo no interactivo*

En el teletrabajo no interactivo, las múltiples situaciones que se pueden pactar para realizar la prestación de trabajo en cualquier lugar dependen del modo y tipo de actividad acordado en el contrato de trabajo. Al respecto, la normativa laboral regula una serie de peculiaridades en la jornada laboral para aquellas actividades que tienen como característica común el lugar de trabajo (por ejemplo, alta dirección, representantes de comercio), a través de las relaciones laborales especiales (art. 2 ET), y el trabajo a domicilio (art. 13 ET). Junto a éstas, están las prestaciones o actividades laborales que se identifican con las relaciones laborales comunes del ET, que contempla la jornada laboral pero que, por tener una regulación flexible, permite su adaptación en la negociación colectiva, dentro de los límites de establecimiento de jornada máxima y descanso, a las características de la actividad desempeñada en la empresa⁸³⁴. En este supuesto, consideramos que la incidencia del tiempo de trabajo en el teletrabajo no interactivo consiste en que el teletrabajador dispone de total libertad y autonomía para gestionar el tiempo de trabajo y, en aras de la flexibilidad, supone en principio no aplicar las normas sobre jornada, salvo el cumplimiento de los dos límites legales en materia de jornada máxima y el límite de descansos entre jornadas⁸³⁵. La modalidad de teletrabajo *off line* permite al teletrabajador realizar la actividad inicialmente prevista por

⁸³⁰ STSJ Murcia de 10 marzo 1993, (AS 1993/1569). Así, “la constatación de la fuerza mayor corresponde al propio empresario, los trabajadores (...) tienen derecho a su salario, pero con la obligación de recuperar dichas horas perdidas”, interpretación que, así mismo, se desprende del artículo 30 del Estatuto de los trabajadores, STSJ País Vasco de 19 mayo 1994, (AS 1994/2294). En contra, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 116.

⁸³¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 576.

⁸³² Por ejemplo, el art. 42 CC General del Sector de Derivados del Cemento (BOE 31 de diciembre 2006, núm. 248) dando el mismo tratamiento del caso fortuito a la fuerza mayor, si bien es cierto que el 50% de las horas perdidas han de recuperarse.

⁸³³ En este mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET”, AS, Tomo V, p. 124. Igualmente, entre otras, SSTSJ Murcia 10 de marzo 1993 (AS 1993/1569), País Vasco 19 de mayo 1994 (AS 1994/2294).

⁸³⁴ En general, ALARCÓN CARACUEL, Manuel R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, obra cit., RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo, *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁸³⁵ Si bien planteándolo como probabilidad, GONZÁLEZ VILLANUEVA, Francisco, “La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores”, AL, núm. 11, 2003, p. 186; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo*, obra cit., p. 109.

el empresario con total independencia del ordenador central en la empresa, sin sujeción a jornada ni horario. Esto implica que en el establecimiento de un horario libre en el «calendario laboral» que no sobrepase el número de horas anuales de trabajo “son los propios trabajadores quienes compensarán las horas trabajadas en un día con otras, sin que por la propia naturaleza de su actividad pueda el empresario controlar aquella”⁸³⁶. Finalizada la actividad, el teletrabajador entrega personalmente, (discos flexibles o impreso) o por correo electrónico, el resultado de la tarea realizada para su control por el empresario⁸³⁷. Esta modalidad permite al teletrabajador la plena organización de la jornada y descansos de trabajo, y elegir a qué horas desea trabajar, por cuanto tiempo y cuando va interrumpir su actividad. En definitiva, el sistema de gestión no queda supeditado a los modos y duración del trabajo⁸³⁸.

En nuestra opinión, esta libertad absoluta de gestión del tiempo de trabajo admite graduación, porque las partes que inicialmente no tengan ningún tipo de conexión o de comunicación interactiva con la empresa o la tengan reducida a la comunicación teletrabajador-empresa (por ejemplo, conexión *one way line*), pueden pactar una interactividad en un determinado momento o intervalo de tiempo para que el empresario controle el tiempo de trabajo (como por ejemplo, conexión informática en ciertas franjas horarias, exigencia de horas de localización, presencia del teletrabajador en el centro de trabajo o en el telecentro durante un mínimo de horas o la asistencia a reuniones a fin de planificar o supervisar el trabajo, obligación de comunicar el inicio y el fin del trabajo prestado, etc.)⁸³⁹. En estos casos, la plena libertad de gestión del tiempo de trabajo que corresponde al teletrabajador se limita cuando éste así lo acuerde con el empresario.

Esta modalidad de teletrabajo se suele pactar con el empresario que está más interesado en la obtención del resultado o de los objetivos, atendiendo a las características y el modo de la prestación de la actividad que se contrata, más que al control del tiempo y de la actividad laboral⁸⁴⁰. El tiempo deja de ser el objeto principal de la obligación del trabajador que “de obligación de medios, se transforma en obligación de resultados”, por ejemplo, en trabajos especializados⁸⁴¹. Para el teletrabajador que realiza la prestación de servicios desconectado de la empresa total o parcialmente (conexión *one way line*), el

⁸³⁶ STS 18 de mayo de 1994 (RJ 1994/4214).

⁸³⁷ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit., p. 45.

⁸³⁸ DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda (1990), “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y vida”, obra cit., p. 485.

⁸³⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “El teletrabajo”, obra cit., pp. 824 y 825. En MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, obra cit. 45, la modalidad “one way line” que permite el desarrollo de la prestación de trabajo sin el control constante del empresario con el que se comunica cuando lo desee el teletrabajador; también “on line o interactiva” realizada durante una parte de la jornada, y la restante a través de las modalidades “off line” o “one way line”, según se pacte por las partes.

⁸⁴⁰ Al respecto, la Directiva 93/104/CE reformada por la Directiva 2003/88/CE contempla un abanico de excepciones a la regulación del tiempo de trabajo (art. 18), que se podrán establecer mediante convenios colectivos o acuerdos colectivos nacionales o regionales.

⁸⁴¹ En SUPLOT, Alain, *Trabajo y empleo. Las transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia; p. 134; en parecidos términos THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 82.

control de trabajo diario parece difícil, motivo por el cual se pospone al término de la tarea o del cumplimiento de los objetivos establecidos en el contrato⁸⁴². En este sentido, mantenemos que el teletrabajo no debe suponer un “trato más favorable o perjudicial en cuanto a la exigencia de la realización de la prestación laboral y del rendimiento obtenido”, por lo que el AMET prevé que “la carga de trabajo y los promedios de rendimiento del teletrabajador serán equivalentes a aquellos de los trabajadores comparables en el local del empresario”⁸⁴³. Esto significa que la carga de trabajo y el rendimiento alcanzado por dos trabajadores comparables deben ser los mismos, independientemente del lugar donde se realice la prestación⁸⁴⁴, por lo que habrá que estar atentos, en cada caso, a la forma de determinar la carga laboral y los criterios que deben aplicarse en la medición de los resultados obtenidos por el teletrabajador. A ello se suma el problema, no resuelto en el AMET, que se presenta cuando las funciones desempeñadas por el teletrabajador no tengan el elemento de comparación de las funciones desempeñadas en el centro de trabajo por un trabajador presencial⁸⁴⁵. En este sentido, teniendo en cuenta que la D. 2003/88/CE contempla un abanico de posibilidades excepcionales a la regulación del tiempo de trabajo que los interlocutores sociales pueden fijar mediante convenios colectivos o acuerdos colectivos nacionales o regionales (art. 18), será la negociación colectiva la que deba concretar y clarificar esta cuestión⁸⁴⁶.

Los objetivos planteados al teletrabajador deben ser muy precisos, conociendo cómo y cuándo se le va a controlar, porque la comunicación entre la empresa y el teletrabajador es imprescindible para optimizar la consecución de objetivos en los plazos asignados, y con la calidad convenida. Por ello, pensamos que es necesario establecer objetivos realistas, con plazos concretos y regulares y con una comunicación frecuente entre supervisor y teletrabajador, con la finalidad de disminuir el riesgo de una evaluación errónea de un rendimiento deficiente⁸⁴⁷. Por ejemplo, mediante la terminal portátil el teletrabajador puede conocer la información necesaria sobre los objetivos que tiene que conseguir, y el grado de consecución de los mismos dentro del período⁸⁴⁸ o, en su defecto, los rendimientos

⁸⁴² MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Tempo de traballo e novas tecnoloxías”, obra cit., p. 272.

⁸⁴³ Cláusula novena “Organización del trabajo”. El art. 22.5 del ET permite la creación de nuevos puestos de trabajo cuando por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establezca “el contenido de la prestación laboral, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación.” En este caso, “tal modo de proceder ni supone la instauración de una nueva categoría, ni conculca el art. 22 del ET (...) que no dispone regla alguna con relación a los puestos de trabajo”, (STS 5 de mayo 1997, RJ 1997/4617). Por lo tanto, en el caso de creación de un nuevo puesto de trabajo la equiparación sería con respecto a la adscripción del teletrabajador al grupo o categoría equivalente del trabajador presencial. En MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, obra cit, p. 45, el teletrabajador comparable “es aquél que reúna mayor número de analogías con el teletrabajador, por compartir un mismo tipo de contrato, temporal o indefinido, tarea o actividad laboral, grupo y categoría profesional, antigüedad y otros aspectos laborales similares”.

⁸⁴⁴ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 45.

⁸⁴⁵ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio 2002”, obra cit., p. 32.

⁸⁴⁶ HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”, *RL*, núm. 21, 2003, p. 84.

⁸⁴⁷ ROCA PULIDO, Juan Carlos; MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco; RÍOS MARTÍN, Miguel Ángel, “Impacto del teletrabajo en la dirección y comunicación de las organizaciones del sector TIC”, obra cit., p. 95.

⁸⁴⁸ Art. 57 III CC Binmo Martínez Comercial, S.L. (BOE 19 de setiembre 2006, núm. 224).

mínimos atendiendo en particular a una serie de valores relacionados con la propia actividad y su sentido de responsabilidad⁸⁴⁹. En todo caso, creemos que en esa comunicación entre la empresa y el teletrabajador, si éste considera excesiva la tarea asignada, sin perjuicio de continuar cumpliendo las instrucciones recibidas hasta tanto se resuelva definitivamente lo que proceda, es necesario que lo ponga en conocimiento de su jefe inmediato, mediante reclamación al responsable de personal, de quien se puede recabar el asesoramiento oportuno a los efectos de su revisión⁸⁵⁰. No obstante, entendemos que el mecanismo más idóneo es el establecido en la empresa Ibermática, en la que se ha implantado el teletrabajo a domicilio, estableciendo el común acuerdo entre la empresa y el empleado, y el pacto por escrito del tipo de tarea a realizar, la duración máxima de la misma, y los niveles de control y seguimiento que sean necesarios, así como la disposición a presentarse en la oficina cuando sea requerido durante la ejecución del proyecto o tarea encomendados⁸⁵¹.

Por otro lado, como los teletrabajadores no tienen una comunicación interactiva entre ambas partes de la prestación, la comunicación de tipo informal entre los compañeros es la que contribuye a que se sientan conectados personalmente con otros miembros de la organización, disminuyendo la sensación de aislamiento que puede conllevar el teletrabajo⁸⁵². El aislamiento del teletrabajador del resto de la comunidad de trabajo es uno de los problemas con los que se enfrenta el teletrabajo, sobre todo cuando entre las partes no existe una comunicación interactiva. Por ello, corresponde al empleador asegurarse de que se adoptan las medidas adecuadas para prevenirlo, así como dar al teletrabajador “la oportunidad de reunirse con sus compañeros con carácter regular y de acceder a información de la empresa” (cláusula 9 del AMET).

En relación a la realización de trabajo nocturno, horas extraordinarias y festivos, coincidimos con la doctrina en que esta consideración dependerá de si la prestación se realiza por encargo o no del empresario⁸⁵³, puesto que la inexistencia de conexión interactiva permite al teletrabajador gestionar el tiempo de trabajo con plena libertad. No obstante, hay contadas ocasiones en que la consideración de la realización de las horas extraordinarias está excluida en el caso de un trabajador “que por su alta cualificación profesional está especialmente obligado al desempeño responsable del cargo, cuyo trabajo extraordinario sólo puede medirse por el propio empleado, según su criterio de autoexigencia”⁸⁵⁴.

⁸⁴⁹ Art. 17 CC de la empresa Mahou, S.A. (BOE 1 de noviembre 2005, núm. 261).

⁸⁵⁰ En relación con la determinación del trabajo a tarea, art. 10 del CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE 1 de septiembre 2007, núm. 210).

⁸⁵¹ Art. 19 CC de la empresa Ibermática, S.A. (BOE 25 de junio 2004, núm. 153).

⁸⁵² ROCA PULIDO, Juan Carlos; MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco; RÍOS MARTÍN, Miguel Ángel “Impacto del teletrabajo en la dirección y comunicación de las organizaciones del sector TIC”, obra cit., p. 95.

⁸⁵³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., pp. 310 y 311; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 100, PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva internacional*, obra cit., pp. 97 y 98.

⁸⁵⁴ Art. 60 CC de la empresa “Repsol Butano, S.A.” (BOE 12 de marzo de 2004, núm. 62).

Por último, esta ventaja que presenta el teletrabajo, basada en la libertad de gestión del tiempo de trabajo por el propio teletrabajador, puede ir acompañada de uno de los inconvenientes más graves del teletrabajo: la incompatibilidad con el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, y con la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar del trabajador. Las nuevas tecnologías no sólo facilitan la flexibilidad del tiempo de trabajo, sino que permiten la extensión del mismo a un tiempo que no tiene esa consideración, pero que tampoco es tiempo libre, algo a lo que hemos hecho referencia al inicio del capítulo. La limitación a la libertad de autoorganización de la gestión del tiempo de trabajo se produce cuando el teletrabajador pasa a una situación de teledisponibilidad, es decir, cualquier momento en que el teletrabajador, mediante las herramientas de trabajo telemáticas (teléfono móvil e mail), pueda ser requerido por el empresario para la realización de un trabajo⁸⁵⁵. En este sentido, las preguntas y cuestiones van dirigidas al estudio de un hipotético «tercer tiempo», que no es de trabajo efectivo ni de ocio: el tiempo de disponibilidad⁸⁵⁶.

3.1.1.4. *El tiempo de disponibilidad*

En este apartado vamos a plantear la problemática del tiempo de disponibilidad y del concepto de tiempo de trabajo en el teletrabajo. Para ello atenderemos a la normativa y, sobre todo, a la jurisprudencia comunitaria sobre el tema, ya que se trata de un tema de actualidad en el seno de la Unión Europea, para la que parece primar la consideración del tiempo de presencia (o puesta a disposición del empresario) en el lugar de trabajo como «tiempo de trabajo efectivo» siguiendo los pronunciamientos jurisprudenciales. En nuestra opinión, en el teletrabajo lo más acertado es considerar el tiempo de localización o puesta a disposición en el centro o lugar de trabajo asignado por el empresario como tiempo de trabajo, y aquel otro tiempo que no requiera una presencia en un lugar determinado como tiempo de disposición no computable como de trabajo. Todo ello está necesitado de una regulación que clarifique estos tiempos, y debe concretarse en la negociación colectiva o el acuerdo de teletrabajo correspondiente.

En efecto, la doctrina hace hincapié en la problemática del tiempo de teledisponibilidad, que puede ser casi absoluta en el teletrabajo⁸⁵⁷, y de su no consideración como «trabajo efectivo» ni como «período de descanso». El teletrabajador no es un trabajador presencial en un centro de trabajo, sino un trabajador en el domicilio o en otro lugar, que puede ser localizado en “cualquier” momento mediante los medios de telecomunicación existentes (ordenador

⁸⁵⁵ *In extenso*, THIBAUT ARANDA, Javier, “Teletrabajo y teledisponibilidad”, en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, pp. 895 a 910; del mismo autor, *Teletrabajo. Análisis jurídico laboral*, obra cit., pp. 89 a 97.

⁸⁵⁶ SUPLOT, Alain, (Coord.), *Trabajo y empleo. Las transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, obra cit., p. 131.

⁸⁵⁷ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 90.

portátil, teléfono móvil, buscaperonas u otros medios)⁸⁵⁸. No obstante, el uso de los medios de telecomunicación no sólo plantea problemas en el teletrabajo, sino en el trabajo presencial en el momento que produce un “alargamiento” de la jornada laboral, como por ejemplo, el que se produce como resultado de la generalización del uso del teléfono móvil fuera de las horas de trabajo, cuando el trabajador compagina las llamadas de índole laboral con el desplazamiento al lugar de trabajo⁸⁵⁹. En otros casos, como por ejemplo el de las ausencias o permisos con derecho a la suspensión del contrato de trabajo, se produce el fenómeno inverso, en que “el tiempo libre acaba instalándose en el tiempo de trabajo asalariado”, y la inactividad se asimila al tiempo de trabajo (cuidado de hijos...)⁸⁶⁰. En definitiva, se hace necesario hacer una remisión al concepto de tiempo de trabajo, y la diferencia entre trabajo efectivo de otro tipo de situaciones como la de teledisponibilidad.

La D. 2003/88/CE contempla el tiempo de trabajo como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones”, y el período de descanso como todo aquél “que no sea tiempo de trabajo” (art. 2). La disponibilidad es una práctica cada vez más frecuente en los nuevos modelos de organización de la actividad empresarial, cuyos antecedentes se remontan a los denominados «tiempos de presencia», regulados tanto en tipos concretos de prestaciones y en las actividades previstas en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo, como en ciertas relaciones laborales especiales (como la del hogar familiar, artistas, deportistas profesionales, estibadores profesionales)⁸⁶¹ y, más recientemente, la de los abogados que prestan servicios en despachos, en relación con los períodos de espera y desplazamiento⁸⁶². Actualmente, los convenios colectivos suelen incorporar esta puesta a disposición como una manifestación más de los poderes de dirección del empresario, que utiliza una parte de la jornada del trabajador al margen de la distribución de la jornada ordinaria de trabajo⁸⁶³, del cómputo de las horas extraordinarias, y del poder disciplinario (art. 20.3 ET)⁸⁶⁴, en la imposición de sanciones como respuesta al incumplimiento de la llamada⁸⁶⁵. En este último caso, por ejemplo, con la deducción del doble de la parte proporcional de un día de la prestación semanal por ausencia injustificada

⁸⁵⁸ THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo y teledisponibilidad*, obra cit., p. 898; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 826.

⁸⁵⁹ MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael (dir.), *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, Madrid, MTAS, 2003, p. 203.

⁸⁶⁰ SUPIOT, Alain (coord.), *Trabajo y empleo. Las transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, obra cit., p. 130.

⁸⁶¹ GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 121.

⁸⁶² Art. 14.1 párrafo 3º del RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (BOE de 18 de noviembre de 2006); declarado nulo por STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 16 de diciembre 2008 (Rec. 7/2007). Vid. ALFONSO MELLADO, Carlos L. “Las horas extraordinarias”, en AAVV, *El tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 61.

⁸⁶³ ROMÁN DE LA TORRE, Mª Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1993, p. 259; MERCADER UGUINA, Jesús R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p.135.

⁸⁶⁴ GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, *Las jornadas especiales de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 124.

⁸⁶⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, “Teletrabajo y teledisponibilidad”, obra cit., p. 903.

ante el requerimiento, y si este incumplimiento se produce la segunda vez en una semana o primera vez si ocurriese en sábado, domingo o festivo, la deducción de la mitad de la prestación semanal⁸⁶⁶.

La disponibilidad es, por tanto, un tiempo dependiente o subordinado sin ocupación efectiva, en el que el trabajador no sólo tiene limitada su libertad de acción y de movimiento, sino también la realización de otra actividad lucrativa fuera del horario habitual⁸⁶⁷. La libertad de movimiento en el teletrabajo será total cuando el teletrabajador pueda realizar la actividad en cualquier lugar mediante el uso de las nuevas tecnologías y de las telecomunicaciones, salvo que se trate de un teletrabajador que tenga que acudir a un centro de trabajo o atender a un cliente⁸⁶⁸. Esa libertad de movimiento admite graduaciones, por ejemplo la plena libertad del teletrabajador cuando las actuaciones que hayan de realizarse sean atendidas de forma significativa en remoto (Telefónica de España, S.A.U.); estar dentro del radio de escucha del mensáfono para su localización (Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A.); disponibilidad, no precisándose inicialmente la presencia física del trabajador, que deberá acudir al centro de trabajo cuando se le requiera en un plazo inferior a 60 minutos en un intervalo de horas (8 a 22) y en un plazo inferior a 90 minutos durante el resto de la jornada, (Acción e Intervención Social); o exigibilidad de la localización y de acudir cuando sean requeridos en un plazo máximo de tiempo, por ejemplo una hora, con el fin de atender reparaciones o revisiones que, a juicio de la Dirección, no admiten demora (Repsol Química, S.A.)⁸⁶⁹.

Al respecto, si tenemos en cuenta la definición del tiempo de trabajo aportada por la normativa comunitaria, llegamos a la conclusión de que cabe incluir en el concepto de tiempo de trabajo tanto el tiempo efectivo, es decir, el que se consume trabajando en el sentido estricto de la expresión, como el que está simplemente a disposición del empresario, aunque no se realice actividad⁸⁷⁰. En la actualidad, existe una dilatada jurisprudencia, tanto comunitaria como nacional, que se inició a propósito de la consideración de las guardias médicas de atención continuada del personal médico de centros médicos, SSTJCE 3 de octubre de 2000, Asunto, C-303/98 (SIMAP); 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/02 (JAEGER); 5 de octubre 2004, Asuntos 397/01 y otros (PFEIFFER); 1

⁸⁶⁶ Art. 20 CC de la empresa Fertiberia, S.A. para el conjunto de sus centros de trabajo, excepto Luchana (Vizcaya), BOE 18 de octubre 2004, p. 251.

⁸⁶⁷ En el primer caso, THIBAULT ARANDA, Javier, "Teletrabajo y teledisponibilidad", obra cit., p. 902; en el segundo, MERCADER UGUINA, Jesús R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, obra cit., p. 135. Sobre la limitación a la libertad de acción y movimientos, STS 3 de marzo 1993.

⁸⁶⁸ THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 902.

⁸⁶⁹ Cláusula 7.2 CC Telefónica de España, S.A.U. (BOE 15 de septiembre 2005, núm. 263); art. 24 CC para las Empresas Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE 11 de julio 2007, BOE núm. 165); art. 24 I CC Marco Estatal de Acción e Intervención Social, BOE 19 de junio 2007, núm. 146); Anexo XV, art. 1 CC Repsol Química, S.A. 2006, 2007, 2008 (BOE 9 de marzo 2007, núm. 59).

⁸⁷⁰ PÉREZ AMORÓS, Francisco, "Tiempo de trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos", obra cit., p.113.

de diciembre 2005, Asunto C-14/04 (DELLAS)⁸⁷¹. Esta doctrina jurisprudencial pone de manifiesto que períodos como el de presencia física del personal sanitario en el centro de trabajo, que más tarde se trasladó al período de permanencia de los socorristas, o el de guardia de ciertos educadores especializados, pese a las dudas planteadas en cuanto a la exigencia de encontrarse en el ejercicio de su actividad o de sus funciones⁸⁷², extinción de incendios, control de cultivos⁸⁷³; y, más recientemente, el tiempo que dedican los abogados a desplazamientos y esperas⁸⁷⁴, son de trabajo.

No obstante, en estos casos hay que diferenciar dos situaciones: la primera, la de localización, en la que el trabajador no está en el centro de trabajo, ni realiza actividad alguna, pero tiene que estar de alguna manera localizable para su empleador por si son necesarios sus servicios (a través de elementos como teléfono móvil, buscapersonas u otros similares)⁸⁷⁵. En estas ocasiones no hay prestación efectiva de trabajo, salvo que el trabajador sea requerido, en cuyo caso las horas que realice serán jornada efectiva y, en su caso, horas extraordinarias⁸⁷⁶; el resto de las horas de disponibilidad o localización no tienen esa consideración⁸⁷⁷. La segunda hace referencia a las situaciones de guardia que requieren presencia física del trabajador en el centro de trabajo y/o en el lugar decidido por el empleador, que deben ser consideradas como horas de trabajo, y como horas extraordinarias cuantas excedan de la jornada ordinaria⁸⁷⁸. En este caso, la consideración de tiempo de trabajo efectivo exige que la presencia física del trabajador en la empresa vaya acompañada de su puesta a disposición del empresario⁸⁷⁹.

En nuestra opinión, esta doctrina jurisprudencial es perfectamente trasladable al teletrabajo, y por lo tanto se deben computar como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento cuando el teletrabajador sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo en

⁸⁷¹ Doctrina judicial que se inicia en España con STS 8 de octubre de 2003 (RJ 2003/7821), STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5945) reiterando jurisprudencia comunitaria. Entre otras, SSTS 21 de febrero 2006 (RJ 2006/4818); 6 de marzo 2006 (RJ 2007/2304); 24 de marzo 2006 (RJ 2006/4839); 28 de marzo 2006 (RJ 2006/4787); 29 de mayo 2006 (RJ 2006/8766); 8 de junio 2006 (RJ 2006/7224).

⁸⁷² CABEZA PEREIRO, Jaime, "Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo", en AAVV, *El tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 16.

⁸⁷³ GOERLICH PESET, José M. (coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, MTI, Madrid, 2008, p. 259.

⁸⁷⁴ STS (Contencioso-administrativo) de 16 de diciembre 2008, (Rec. 7/2007), declarando nulo el art. 14.1 RD párrafo 3º del RD 1331/2006, que regula la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos, que excluye del cómputo de la jornada laboral el tiempo dedicado a desplazamientos y esperas.

⁸⁷⁵ Entre otras, STS 10 de marzo 2005 (Rec. 942/2004).

⁸⁷⁶ STS de 29 de noviembre de 1994 (Rec. 752/1994).

⁸⁷⁷ En STS 29 de noviembre de 1994 (Rec. 752/1994), "la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias". En el mismo sentido, SSTS de 30 de junio de 1994 (RJ 9713), 22 de julio de 1996 (RJ 6385), 12 de julio de 1999 (RJ 6447) y 22 de noviembre de 1999 (RJ 9505); SSTSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2003 (Rec. 4758/2003), y de la Rioja de 3 de febrero de 2005 (Rec. 10/2005).

⁸⁷⁸ ALFONSO MELLADO, Carlos L., "Las horas extraordinarias", obra cit., p. 63.

⁸⁷⁹ GOERLICH PESET, José M. (coord.), *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, obra cit., p. 259.

los períodos de localización⁸⁸⁰. Así mismo, se tienen que respetar tanto los tiempos de descanso como el máximo anual de horas extraordinarias⁸⁸¹. No obstante, la problemática de la mayor o menor intensidad de la disponibilidad dependerá de la regulación de los convenios o pactos colectivos, teniendo en cuenta las múltiples variantes de manifestación⁸⁸². Por ejemplo, en ciertas unidades de la empresa Telefónica de España, S.A.U. las actuaciones en “remoto” en el tiempo de disponibilidad, sin necesidad de desplazamiento al centro de trabajo, no debiendo superar la cifra de cinco días por empleado al mes⁸⁸³; o bien la obligación del trabajador de mantener conectado durante toda la jornada laboral el teléfono móvil propiedad de la empresa que se le ha facilitado a fin de que ésta se pueda comunicar con él en cualquier momento⁸⁸⁴. En otros casos se establece un módulo de ocho horas de disponibilidad para requerir con carácter obligatorio al personal que preste servicios en unidades que precisen un mantenimiento u operación permanente⁸⁸⁵. Los tipos de localización pueden ser presenciales o vía telefónica, según se resuelvan en las dependencias de la compañía/cliente o mediante otros medios proporcionados por la empresa (RDSI, ADSL, etc.); o bien sin necesidad de presencia, ofreciendo sólo soporte telefónico por un tiempo no superior al doble de su localización habitual, salvo excepciones (bajas por enfermedad, etc.), que nunca podrán exceder más de dos meses consecutivos⁸⁸⁶.

En la práctica, es la negociación colectiva la que debe poner los medios para la puesta en práctica del principio de igualdad de trato para cada prestación concreta de teletrabajo, y por lo tanto limitar al máximo las especialidades en las condiciones de trabajo del teletrabajador frente al trabajador ordinario⁸⁸⁷. En realidad, como no existe un régimen jurídico concreto aplicable al tiempo de disponibilidad, la solución tiene que pasar inevitablemente por la necesidad de una regulación que atienda a cada supuesto concreto⁸⁸⁸. En este sentido, podría plantearse la incorporación de nuevos sectores productivos en el RD 1661/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, como el teletrabajo. No obstante, la crítica doctrinal que cuestiona el mantenimiento de un cuerpo único reglamentario como vehículo normativo en la regulación de todas aquellas jornadas que no puedan tener encuadre en el ET⁸⁸⁹, nos lleva más bien a decantarnos por

⁸⁸⁰ Igualmente, art. 48 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de Salud (BOE 17 de diciembre 2003, núm. 301) en la prestación de servicios de atención continuada mediante la realización de guardias localizadas.

⁸⁸¹ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 95.

⁸⁸² MERCADER UGUINA, Jesús R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, obra cit., p. 135 y ss.

⁸⁸³ Cláusula 7.2 del CC de la empresa Telefónica España, S.A.U. (BOE 16 de octubre, núm. 248).

⁸⁸⁴ Art. 33 CC de ECA, Entidad Colaboradora de la Administración, S.A.U. (BOE 25 de junio 2008, núm. 153).

⁸⁸⁵ Art. 43 del IV CC de Telefónica Móviles España, S.A.U. (BOE 30 de septiembre 2004, núm. 236; prorrogado y modificado BOE 31 de enero 2007, núm. 27).

⁸⁸⁶ Cláusula XI CC de la empresa Telefónica Internacional Wholesale Services, S.L. (BOE 22 de septiembre 2003, núm. 227).

⁸⁸⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2001, p. 335.

⁸⁸⁸ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 95; GONZÁLEZ VILLANUEVA, Francisco Javier, “La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores”, obra cit., p. 199.

⁸⁸⁹ GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, “Algunas cuestiones de actualidad relativas al Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (RDJE)”, en AAVV; *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 176.

una regulación *ad hoc* que contemple la regulación y especialidades de la jornada en el teletrabajo prestando un desarrollo reglamentario análogo al RD 1661/1995 y con las formalidades y garantías del art. 34.7 ET.

La consideración que tienen para la jurisprudencia comunitaria y la nacional⁸⁹⁰ los tiempos de disponibilidad, es perfectamente trasladable a los supuestos de teletrabajo donde se exija la localización en momentos en que el teletrabajador no tenga trabajo efectivo que realizar. No obstante, todavía es problemático el tratamiento que hay que dar a los tiempos de simple disponibilidad, cuestión sobre la que no existe unanimidad. En concreto, la Comisión Europea niega la condición de tiempo de trabajo, aunque con matices, al tiempo de disponibilidad, mientras que el Parlamento Europeo, aunque con particularidades, mantiene otra interpretación⁸⁹¹. La Comisión Europea, en su intento de alcanzar el equilibrio entre flexibilidad en el empleo y seguridad y salud de los trabajadores, plantea que los períodos de tiempo latente o inactivo durante el tiempo de guardia, en los que no se realiza un trabajo real y efectivo, no deben gozar del mismo nivel de protección que los períodos realmente activos. Por lo tanto, mantiene que esos períodos de tiempo de guardia latente o inactiva no deben ser considerados tiempo de trabajo efectivo según la definición de la D. 2003/88/CE, salvo disposición en contrario contemplada en la legislación nacional de cada país miembro o en la negociación colectiva. El Parlamento Europeo, en su contra, mantiene que el período latente o inactivo de guardia es tiempo de trabajo efectivo⁸⁹².

El 10 de junio de 2008 los ministros de empleo de la UE acordaron la propuesta de modificación de la Directiva del tiempo de trabajo, pero en segunda vuelta el Parlamento Europeo se opuso a la propuesta del Consejo sobre la jornada laboral⁸⁹³. Al no haber acuerdo entre el Consejo y el Parlamento, en marzo de 2010 la Comisión inició una fase de consulta a los interlocutores sociales sobre la posibilidad de revisión de la Directiva. La Comisión todavía no ha formulado

⁸⁹⁰ La última doctrina judicial nacional coincidente con la doctrina jurisprudencial comunitaria, es la de la Sala 3ª del TS, de 16 de diciembre 2008 (Rec. 7/2007) e igualmente de la misma Sala y fecha el Rec. 4/2007. Esta última, discordante con la de la Sala 4ª del TS de 18 septiembre 2001 (La Ley 8581/2001), partidaria de distinguir entre "tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia". Y con aquellas otras que, a efectos de la calificación de horas extraordinarias, no computan ni los supuestos de mera localización, ni tampoco las guardias médicas de presencia, SSTs de 21 de junio de 1982 (Ar. 4054); de 19 de octubre de 1982 (Ar. 6205), de 14 de marzo de 1985 (Ar. 1339); de 16 de junio de 1988 (Ar. 5404); de 24 de junio de 1992 (Rec. 2010/1991).

⁸⁹¹ PÉREZ AMORÓS, Francisco, "Tiempo y trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos", obra cit., p. 114.

⁸⁹² ENJUTO JEREÑO, Diego, "La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula "op-out", al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de "tiempo de trabajo efectivo", *Iuslabor*. Universidad Pompeu Fabra, núm. 3, 2005, p. 5, <http://www.opf.edu/iuslabor/032005/art01.htm>.

⁸⁹³ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2008, respecto a la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo [10597/2/2008-C6-0324/2008-2004/0209(COD)]; P6 — TA-PROV(2008)0615. La Enmienda 9 contempla que "Se considerará tiempo de trabajo la totalidad del tiempo de guardia, incluido el período inactivo. Sin embargo, en virtud de convenios colectivos u otros acuerdos entre los interlocutores sociales o mediante disposiciones legales o reglamentarias, los períodos inactivos del tiempo de guardia podrán calcularse de manera específica para cumplir con la duración máxima del tiempo de trabajo semanal a que se refiere el artículo 6, siempre que se cumplan los principios generales de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. El período inactivo del tiempo de guardia no se tendrá en cuenta para calcular los períodos de descanso diario o semanal previstos en los artículos 3 y 5 respectivamente".

sus propuestas, ya que aún está completando los análisis de la segunda fase de consultas, y su trabajo de evaluación de impacto[COM(2080)801 Final]. La involución está servida, y el final del proceso queda por resolver, no sin antes advertir que el TSJCE en el Asunto SEMAP estableció con claridad que "...se debe velar por la seguridad y la salud de los trabajadores otorgándoles períodos mínimos de descanso y pausas adecuadas (...). La exclusión de los períodos de guardia cuando se requiere la presencia física socavaría seriamente ese objetivo"⁸⁹⁴.

Entendemos que en el teletrabajo es necesario, al menos, el establecimiento de los momentos del día y los días de la semana en que el trabajador ha de estar accesible y disponible para la empresa. De esta forma se evita una disponibilidad de 24 horas e interrupciones continuas, permitiéndose al trabajador la organización de su tiempo de trabajo⁸⁹⁵, algo que debería venir regulado por ley o reglamento, y ser concretado en el acuerdo de teletrabajo de cada empresa. Todo ello va encaminado a favorecer la conciliación de la vida laboral con la personal o familiar, y a salvaguardar la seguridad y salud de los trabajadores (art. 40 CE), dado que no cabe la asignación de la disponibilidad de forma exclusiva, todos los días del año, incluso los días de descanso y vacaciones⁸⁹⁶.

En nuestra propuesta de regulación partimos de la idea de que los tiempos de presencia -no computables a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de horas extraordinarias- contemplados en el RD 1661/1995 son equiparables a los tiempos de disponibilidad en el teletrabajo⁸⁹⁷. De conformidad con el art. 8.1 del RD 1561/1995, se considera tiempo de presencia "aquél en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares". Ciertamente, en el teletrabajo interactivo el teletrabajador mantiene con el empresario una presencia virtual, que permite un permanente contacto en la distancia, comparable a la modalidad presencial en el horario de oficina⁸⁹⁸ y, por

⁸⁹⁴ CES, *La organización moderna del tiempo de trabajo y el derecho fundamental a la limitación de la jornada laboral*, <http://www.ugt.es/internacional/tiempodetrabajoyderecho.pdf>.

⁸⁹⁵ PÉREZ BILBAO, Jesús; SANCHO FIGUEROA, Tomás; NOGAREDA CUIXART, Clotilde, "NTP: Teletrabajo: criterios para su implantación" en <http://www.mtas.es/inshst/ntp/ntp-412.htm>, p. 2.

⁸⁹⁶ En STSJ Andalucía 15 de abril 2002 (AS 2002/2065). La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (BOE 17 de diciembre de 2003, núm. 301), contempla el establecimiento de la jornada ordinaria y de la jornada complementaria. La jornada complementaria es aquella que, tras la finalización de la jornada ordinaria, hace necesario continuar la asistencia sanitaria a los usuarios mediante la prestación de guardias en presencia física o localizada. Este tipo de jornada se aplica al personal de "determinadas categorías o unidades" que preste servicios de atención continuada, para cuya duración máxima se establece otro cómputo (acuerdo, acto o convenio colectivo). Si el personal sanitario presta asistencia mediante guardia localizada y no recibe la solicitud de asistencia de presencia física, no se tiene en cuenta este período para el cómputo de la duración máxima de la jornada. Por el contrario, se computa como jornada la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamientos cuando sea requerido (art. 48).

⁸⁹⁷ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, "Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo", AS, nº 18, 2004, p. 86, el tiempo de teledisponibilidad se asimila análogicamente al tiempo de presencia. En cambio, THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 92, el Reglamento de jornadas especiales no es de aplicación en el teletrabajo porque su regulación responde a actividades en que los períodos de trabajo efectivo van unidos a tiempos de espera donde "el trabajo tiene carácter intermitente dentro del marco horario normal".

⁸⁹⁸ "Basta que por parte del trabajador se disponga de un equipo informático suficiente y que el mismo se conecte a Internet, para que pueda realizar sus funciones en su propio domicilio, pero estando en todo momento presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar el trabajo, dar instrucciones, recibir al instante el fruto del mismo, dirigirlo, modificarlo, etc., y todo ello, sin tener físicamente en la sede patronal a la persona que lo realiza...", en STSJ Madrid de 30 septiembre de 1999 (AS 1999/3321).

lo tanto, habría que computar el tiempo de localización como tiempo de trabajo efectivo cuando el empresario exija la presencia virtual del teletrabajador en un lugar determinado, normalmente coincidente con el pactado para la realización del teletrabajo. El Tribunal Europeo “pone de relieve que para poder considerar un tiempo como efectivamente trabajado son precisos tres requisitos; estar en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de la actividad; aunque uno de ellos, estar en ejercicio de las funciones, queda jurisprudencialmente asimilado a la situación en la que el trabajador no puede disponer libremente de su tiempo”⁸⁹⁹.

Igualmente, en el teletrabajo no interactivo el teletrabajador es el que gestiona la organización de su tiempo de trabajo y, ante la inexistencia de un horario normal, la falta de conexión interactiva va a propiciar el establecimiento de una disponibilidad para trabajar en cualquier momento según convocatoria. Se trata de una modalidad de teletrabajo que, por regla general, es desempeñada por trabajadores que en razón de la función específica de su puesto de trabajo deben permanecer localizables y a disposición de la empresa durante un cierto período de tiempo, teniendo en cuenta la jornada ordinaria de estos trabajadores, que es de por sí bastante flexible. La conexión no interactiva tiene que tener su fundamento, entre otras razones, en la relación de confianza entre los sujetos de la relación laboral, la profesionalidad y especialización del trabajador. Ello va a originar que los momentos de inicio y finalización del trabajo diario correspondan a la empresa, o directamente al cliente de la misma⁹⁰⁰. Por regla general y, salvo que se exija una presencia virtual o una localización en un lugar determinado que no permita al trabajador disponer libremente de su tiempo, la simple localización no debe tener el tratamiento de tiempo de trabajo efectivo⁹⁰¹.

Hay que tener en cuenta que estos períodos de disponibilidad, voluntarios o no, son objeto del establecimiento de un plus por este concepto. Así, en el primer caso, para aquellos trabajadores que por la función específica de su puesto de trabajo y a petición de la empresa, acepten voluntariamente estar disponibles durante un período de tiempo, sin que ello vulnere los arts. 37 y 40.2 de la CE, ni los arts. 34, 35 y 82.1 del ET⁹⁰². En el segundo caso, se establecerá para aquellos trabajadores que, por razón de la función específica de un puesto de trabajo, deban permanecer localizables y a disposición de la empresa durante un cierto período de tiempo fuera de la jornada ordinaria de trabajo. En este sentido, el complemento de disponibilidad no responde a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a unas características especiales del puesto de trabajo concreto, que le obligan a la disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo,

⁸⁹⁹ MONREAL BRINGSVAERD, Erik, “El cómputo de trabajo. A propósito de la STS 3ª de de 16 de diciembre de 2008 sobre la duración de la jornada de los abogados”, Diario La Ley, núm. 7.149, Sección Tribuna, del 3 al 5 de abril, 2009, p. 3, <http://diariolaley.laley.es>.

⁹⁰⁰ En THIBAUT ARANDA, Javier, “Teletrabajo y teledisponibilidad”, obra cit., p. 903.

⁹⁰¹ En contra, STS 18 de septiembre de 2001 (La Ley 8581/2001), considerando que “determinados servicios (...) permitirían una distinción entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia y quizá este último, dentro de ciertos límites, no debiera computarse a efectos de duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo ni para el límite máximo de las horas extraordinarias...”.

⁹⁰² STS 29 de noviembre de 1994 (RJ 1999/9246).

pues su incompatibilidad con la percepción de las horas extraordinarias no permite calificarlo como complemento por actividad extraordinaria, sino por el puesto de trabajo de características especiales⁹⁰³.

En definitiva, entendemos que es necesaria una regulación de la disponibilidad del teletrabajador que impida la invasión del tiempo de trabajo y de su vida privada, mediante la determinación de los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia, a través de los convenios colectivos o pactos colectivos como hemos dicho más arriba. Ahora bien, como el tiempo de las intervenciones en el período de disponibilidad es tiempo de trabajo, habrá que respetar los períodos de descanso entre jornadas y el máximo de horas extraordinarias⁹⁰⁴. En esta regulación no debemos de olvidar que la carga de trabajo y los promedios de rendimiento del teletrabajador tienen que ser equivalentes a aquéllos de los trabajadores comparables en el local del empresario⁹⁰⁵. Con ello, se pretende evitar la disponibilidad total sin límites, que sería ilegal, y permitir que el teletrabajador gestione, por regla general, la organización de su tiempo de trabajo atendiendo a las necesidades de la empresa y, en su caso de la clientela, de acuerdo con un horario normal, aunque flexible, que respete el derecho al descanso⁹⁰⁶ y a los días libres. Así, por ejemplo, en la empresa Spanair, S.A. los días de descanso pueden tener una duración inferior a 24 horas, en función de la actividad de la que ha de reponerse el trabajador -en este caso los pilotos- frente a los días libres que no tienen esa vinculación, puesto que su duración es siempre de 24 horas⁹⁰⁷.

3.1.1.5. *El tiempo de trabajo en los convenios colectivos y acuerdos de teletrabajo: estudio de casos*

La mayoría de los convenios colectivos que deciden adherirse al AMET o extender la práctica de teletrabajo, lo hacen como una medida tendente a favorecer la conciliación de la vida personal y familiar del trabajador con el trabajo⁹⁰⁸. No

⁹⁰³ SSTs 18 de febrero de 1991 (RJ 1991/847), 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9978), 15 de julio de 1996 (RJ 1996/6157), 15 de marzo de 1999 (RJ 1999/2921), 16 de julio de 1999 (RJ 1999/5795); 10 de mayo de 2000 (RJ 2000/4610), 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002/325), 3 de diciembre de 2002 (RJ 2002/7527).

⁹⁰⁴ Siguiendo a THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*; obra cit., p. 95, si bien el tiempo de teledisponibilidad no es tiempo de trabajo, el tiempo de las intervenciones en ese período sí lo es, por lo que se tienen que respetar los tiempos de descanso y el máximo anual de horas extraordinarias.

⁹⁰⁵ Cláusula 9 del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002).

⁹⁰⁶ Por ejemplo, el CC estatal del sector de prensa diaria (BOE 22 de julio 2005, núm. 174) en cuya DT 4ª las partes firmantes comparten el AMET y la extensión del teletrabajo en este sector; el art. 27 establece que aquellos trabajadores que tengan reconocida la libre disposición estarán a disposición de las direcciones de las redacciones de las empresas, en todo caso respetando siempre los descansos mínimos entre jornadas del art. 34.3 ET, [actuales DT 7ª y art. 28 III CC de prensa diaria (BOE 18 de diciembre 2008, núm. 304)]; art. 31 II CC de Instituto de la Calidad, S.A.U. (BOE 6 de enero 2009, núm. 5) en cuanto obliga a mantener conectado durante toda la jornada laboral el teléfono móvil propiedad de la empresa; art. 31 VI CC Amper Soluciones, S.A. (BOE 9 de diciembre 2008, núm. 296), estableciendo la localización permanente por teléfono móvil y respetando el descanso mínimo semanal -art. 37.1 ET-.

⁹⁰⁷ STS 3 de marzo 2008 (Rec. 76/2007).

⁹⁰⁸ Art. 28.1 del III CC de Repsol YPF, S.A. (BOE 19 de agosto 2009, núm. 194); Cláusula XII 4.8 CC Petroquímica Española S.A.-Petresa (BOE 28 de noviembre 2008, núm. 287); igualmente CC de Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA), (BOE 27 de noviembre 2008, núm. 286); Cláusula 12 CC de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248); art. 44 III CC Marco del Grupo Endesa (BOE 26 de junio 2008, núm. 154); Art. 104 I

obstante, llama la atención la existencia de algún convenio colectivo que entiende el teletrabajo como un mecanismo que evita la excedencia del trabajador ante circunstancias personales y que, gracias a la implantación de las nuevas tecnologías en determinados puestos de trabajo, permite el establecimiento de otras relaciones laborales⁹⁰⁹. El “teletrabajo por razones personales” abre la posibilidad de realizar los proyectos fuera de la oficina cuando el trabajador no pueda desplazarse por motivos personales o imprevistos⁹¹⁰. En las experiencias de teletrabajo llevadas a cabo por las empresas radicadas en el territorio español, la modalidad mayoritariamente asumida es la del teletrabajo a domicilio pero compartido con la realización de la prestación de servicios en el propio centro de trabajo, quizás debido a la tendencia a fijar un lugar determinado donde desarrollar la prestación de servicios, y a su vez lograr la tan ansiada conciliación de la vida familiar y personal del trabajador⁹¹¹.

En el caso de que se pacte el teletrabajo no compartido con el trabajo presencial, la modalidad más extendida suele ser, igualmente, el teletrabajo a domicilio pero como lugar donde el empleado desarrolla la totalidad de la jornada laboral pactada. Por ejemplo, en la empresa BP OIL, S.A.U., que contempla esta modalidad de teletrabajo, la jornada laboral pactada en el convenio colectivo de aplicación recoge un régimen de horarios para la jornada normal, y otro de jornada y horarios especiales, al que en principio, se puede acoger el teletrabajador⁹¹². Entendemos que no tiene sentido aplicar el sistema de horarios establecido en el convenio colectivo de BP, ya que esto sería incompatible con la propia idiosincrasia del teletrabajo que, como hemos visto, se caracteriza por el principio de libertad de gestión del tiempo de trabajo, salvo pacto en contrario⁹¹³. Lo normal en estos casos es establecer un régimen horario en el correspondiente acuerdo individual de teletrabajo, o bien hacerlo en el propio convenio, como por ejemplo se ha

CC del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), (BOE 17 de junio 2008, núm. 146); Capítulo VI CC II Numil Nutrición, S.R.L. (BOE 15 de abril 2008, num. 91); Capítulo VI II CC Nutricia, S.R.L. (BOE 16 de abril 2008, núm. 92); Art. 49 VI CC Siemens, S.A. 2007/2008 (BOE 11 de abril 2008, núm. 88); DA 10 CC Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. (BOE 28 de marzo 2008, núm. 76); art. 13.5 CC del Banco de España (BOE 28 de enero 2008, núm. 24); art. 23 CC Euskaltel, S.A. (BOPV 2 de abril de 2007, núm. 65); art. 67 IV CC Telefónica Móviles España, S.A. (BOE 30 de septiembre 2004, núm. 236; prorrogado hasta 31-12-2008, BOE 31 de enero 2007, núm. 27).

⁹⁰⁹ Art. 33 CC Ayuntamiento de Vallgorguina (DOGC 26 de junio 2003, núm. 3.912).

⁹¹⁰ El “teletrabajo por razones personales” se introdujo en el Programa Life de la empresa PwC España (julio de 2005). Este Programa permitía acceder a los trabajadores a una oferta de servicios y medidas desarrolladas para hacer de la empresa “un lugar mejor de trabajo”, en COLMENAREJO, Ana, “Teletrabajo, no sólo para conciliar”, *Diario El Mundo*, 11 de mayo 2009, en www.comfia.info/noticias/49161.html.

⁹¹¹ Art. 3.1 CC Consultoría de Tecnología para el Comercio, S.L. (BOE 6 de enero 2009, núm. 5); art. 43 XVIII CC de Alcatel-Lucent España, S.A. (BOE 17 de septiembre 2008, núm. 225); Capítulo Noveno I CC Interprovincial para la Empresa Thales Rail Signalling Solutions, S.L.U. (BOE 24 de septiembre 2008, núm. 231); art. 104 I CC del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), (BOE 17 de junio 2008, núm. 146); art. 8.4 CC del Organismo Autónomo Municipal de Comunicación e Información de Sant Cugat del Vallés (OAMCIC) para los años 2007-2010 (BOGC 14 de febrero 2008, núm. 5070); art. 19 CC Ibermática, S.A. (BOE 18 de mayo 2007, núm. 119); Acuerdo Implantación Teletrabajo en la Empresa Telefónica de España, S.A.U., de 14 de febrero 2006.

⁹¹² Arts. 51, 61 al 64 del VI CC BP OIL España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190).

⁹¹³ En efecto, el art. 65 establece que “en los contratos individuales de trabajo, no se podrán acordar regímenes especiales de jornada mayores a las aquí expuestas, pero sin horarios distintos a los establecidos en este Convenio y según las necesidades del trabajo a realizar, que se regirán en cuanto a este aspecto, por lo acordado en los propios contratos, respetando siempre lo previsto en los preceptos legales en esta materia. En todo caso se adaptarán a los horarios establecidos en el Centro de Trabajo donde vayan a ejercer sus funciones (...)”.

hecho en la empresa Ibermática, donde se ha optado por pactar la libertad horaria para los teletrabajadores⁹¹⁴.

En esta empresa, Ibermática, se contempla la implantación de un sistema que permite una flexibilidad horaria total, acordándose por escrito y de común acuerdo entre la empresa y el trabajador el tipo de tarea a realizar, la duración máxima de la misma y los niveles de control y seguimiento que sean necesarios. Sin embargo, el trabajador adquiere un compromiso de cierta "disponibilidad presencial", en el sentido de que debe presentarse en la oficina tantas veces como sea requerido durante la ejecución del proyecto o tarea encomendados⁹¹⁵. Igualmente, se puede pactar que el horario de teletrabajo sea el que permita al empleado desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo en función de la actividad y compromisos profesionales propios del puesto de trabajo⁹¹⁶. En estos casos, el horario específico de teletrabajo debe quedar recogido en el acuerdo individual de teletrabajo, flexibilidad de horario que debe estar siempre basada en acuerdos previos entre el empleado y su supervisor, si bien aquél suele establecerse en empresas que comparten el teletrabajo con la realización de la prestación de los servicios en la empresa⁹¹⁷.

El horario de trabajo vendrá contemplado, como es obvio, cuando las partes no hayan pactado en convenio colectivo o acuerdo individual la realización de la prestación de servicios por objetivos que, como hemos visto, es el método de medición del trabajo más lógico de acuerdo con el principio de libertad de autoorganización del teletrabajador⁹¹⁸ y, en su caso, con el principio de igualdad en las condiciones de empleo. El respeto a este último principio impide pactar que las condiciones económicas correspondientes a la modalidad de teletrabajo sean objeto de estudio y acuerdo en el seno de una Comisión Paritaria de trabajo, que tendrá que tener en cuenta el tiempo invertido en el desempeño del puesto para que no sean de aplicación las pactadas en el convenio colectivo. Este tipo de cláusula, inicialmente contemplada en la empresa DHL Internacional España como posibilidad de creación de empleo adicional mediante la modalidad de teletrabajo, y que consideramos manifiestamente discriminatoria, no ha vuelto a ser incluida en los sucesivos convenios colectivos de la mencionada empresa⁹¹⁹.

⁹¹⁴ CC Ibermática, SA (BOE 18 de mayo 2007, núm. 119).

⁹¹⁵ Art. 19 CC Ibermática, S.A. (BOE 18 de mayo 2007, núm. 119).

⁹¹⁶ Art. 43 XVIII CC de Alcatel-Lucent España, S.A. (BOE 17 de septiembre 2008, núm. 225).

⁹¹⁷ En art. 33 III CC Numil Nutrición, S.R.L. (BOE 18 de mayo de 2010, núm. 131); art. 34 III CC Nutricia, S.R.L. (BOE 2 de junio de 2010, núm. 134).

⁹¹⁸ Sobre la implantación del sistema por objetivos; Art. 8.4 CC del Organismo Autónomo Municipal de Comunicación e Información Ciudadana de Sant Cugat del Vallés (OAMCIC) para los años 2007-2010 (BOG 14 de febrero 2008, núm. 5070) "se acuerda la especificidad de teletrabajo, que consistirá en trabajar desde casa, siempre previo acuerdo entre el trabajador y el delegado/da de personal y representante de la empresa. En este caso la dedicación se valora por objetivos"; art. 67 IV CC Telefónica Móviles España, S.A. (BOE 30 de septiembre 2004, núm. 236; prorrogado hasta 31 de diciembre 2008, (BOE 31 de enero 2007, núm. 27); I CC Interprovincial de la empresa Thales Security Services, S.A.U. (BOE 9 de octubre 2008, núm. 244).

⁹¹⁹ Art. 17 CC DHL Internacional España, Sociedad Anónima (BOE 25 de marzo 1998, núm. 72).

Por otra parte, no se considera tiempo de teletrabajo, si la naturaleza de la actividad laboral principal desempeñada justifica por sí misma la realización del trabajo habitualmente fuera de las instalaciones de la empresa, siendo los medios informáticos y de comunicación utilizados por el trabajador meros elementos de auxilio y facilitación de dicha actividad laboral⁹²⁰. En relación al calendario laboral incorporado al texto del convenio colectivo para todo el personal de la empresa, puede hacerse especial mención a la inclusión en el mismo del correspondiente a los trabajadores empleados en régimen de teletrabajo⁹²¹.

Ciertamente, apreciamos que la mayoría de los convenios colectivos que contemplan la implantación del teletrabajo se encuentran en una fase embrionaria pendiente del inicio⁹²² y/o finalización de un plan piloto que debe concluir con un Acuerdo de implantación firmado entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁹²³. La regulación del teletrabajo en algunos casos es sólo testimonial, dedicándose únicamente a mencionarlo como un nuevo instrumento de la organización del trabajo sin llegar a asumir el AMET⁹²⁴. No obstante, la gran mayoría asume el AMET y plantean el teletrabajo como un instrumento eficaz para conciliar la vida profesional y familiar y de flexibilidad del tiempo de trabajo. Así mismo, entendemos que la flexibilidad del tiempo de trabajo es relativa puesto que no observamos que haya un pronunciamiento expreso a favor del principio de libertad de gestión del tiempo del teletrabajador, al menos en su totalidad como el reflejado en algún convenio colectivo⁹²⁵.

En este sentido, la empresa que no tiene implantado un sistema por objetivos se muestra reticente a perder esa faceta del control del tiempo y de esa medición del trabajo como forma de evaluación del desempeño, quizás porque la gran mayoría ha optado por “flexibilizar” sólo una parte del trabajo, la del tiempo de teletrabajo, puesto que la modalidad de teletrabajo adoptada se

⁹²⁰ Art. 10 bis XV CC de la Industria Química (BOE 29 de agosto 2007, núm. 207).

⁹²¹ Art. 19 CC I CC de la empresa Avaya Comunicación España, Sociedad Limitada (BOE 24 de septiembre 2002, núm. 229).

⁹²² Por ejemplo, art. 8.3 CC de Consultoría Tecnológica para el Comercio, S.L. (BOE 6 de enero 2009, núm. 5); Cláusula XII 4.8 CC de Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA), (BOE 27 de noviembre 2008, núm. 286); Cláusula XII 4.8 CC de Petroquímica Española, S.A.-Petresa (BOE 28 de noviembre 2008, núm. 287); Capítulo Noveno I CC de Thales Rail Signalling Solutions, S.L.U. (BOE 24 de septiembre 2008, núm. 231); art. 49 VI CC de Siemens, S.A. (BOE 11 de abril 2008, núm. 88); DA 10ª CC de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A. (BOE 28 de marzo 2008, núm. 76); art. 97.5 CC del Banco de España (BOE 28 de enero 2008, núm. 24). No obstante, en las empresas del ámbito de la Tecnología (hardware, software y/o servicios) con más de 500 trabajadores, el teletrabajo está más desarrollado, cuentan con programas pilotos iniciados en la década de los 90 en, SÁNCHEZ, Elena (dir.), *Prácticas de Trabajo Virtual y Teletrabajo en el Sector TIC en España. Informe 2008*, Enter, Madrid, 2009.

⁹²³ Acuerdo de implantación teletrabajo (desarrollo cláusula 12.1 convenio colectivo 2003/2007), de 14 febrero 2006; Acuerdo en materia de teletrabajo SHS Polar Sistemas Informáticos, 21 de marzo de 2007.

⁹²⁴ Por ejemplo, art. 8.3 CC de Consultoría Tecnológica para el Comercio, S.L. (BOE 6 de enero 2009, núm. 5); Cláusula XII 4.8 CC de Petroquímica Española, S.A.-Petresa (BOE 28 de noviembre 2008, núm. 287); e igualmente, CC de Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA), (BOE 27 de noviembre 2008, núm. 286); art. 15 CC para 2007, 2008 y 2009, de las empresas y trabajadores de perfumería y afines (BOE 23 de agosto 2007, núm. 202). Por ser de los primeros, art. 19 I CC de la empresa “Avaya Comunicaciones España, Sociedad Limitada (BOE 24 de septiembre 2002, núm. 2002); I CC de la empresa “Siemens Nixdorf Sistemas de Información, S.A.” 1997/1998 (BOE 25 de noviembre 1997, núm. 282).

⁹²⁵ At. 8.3 CC Consultoría Tecnológica para el Comercio, S.L. (BOE 6 de enero 2009, núm. 5); art. 8.4 CC del Organismo Autónomo Municipal de Comunicación e Información Ciudadana de Sant Cugat (OAMCIC) para los años 2007-2010 (BOE 14 de febrero 2008).

comparte con el trabajo en el centro de trabajo⁹²⁶. Incluso, en aquellas empresas que tengan implantado un sistema por objetivos, se puede dar el caso de que la flexibilidad venga en función de un horario de teletrabajo que permita al empleado desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo⁹²⁷.

Entre los acuerdos de implantación del teletrabajo destacan el de Telefónica de España, S.A.U. y el de SHS Polar Sistemas Informáticos, S.L. El primero es un acuerdo en el que, al amparo de lo previsto en la cláusula 12.1 del convenio colectivo 2003/2005 y en la reunión del Grupo de Trabajo de "Adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades del mercado", se acuerda la realización de una prueba piloto de teletrabajo para el colectivo "Dentro de convenio", a fin de ponderar las posibilidades para su implantación, dentro de los principios recogidos en el AMET.⁹²⁸ Los principales destinatarios de la prueba fueron el colectivo de vendedores, asesores de servicios comerciales que realizan tareas de apoyo administrativo-comercial, los técnicos de apoyo a ventas, técnicos de gestión comercial, asesores bases u otras categorías a propuesta de sus Direcciones generales. Una vez concluida la prueba piloto con éxito, se inician las conversaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores en el seno de dicho Grupo de Trabajo, llegándose a la firma del acuerdo que, más tarde, pasa a formar parte del convenio colectivo de la empresa⁹²⁹. En materia de tiempo de trabajo se pacta, con carácter general, uno mínimo de dos días pudiendo ser ampliable de común acuerdo por ambas partes, teletrabajador y responsable inmediato, cuando la actividad desarrollada lo permita y con la conformidad de Recursos Humanos. Excepcionalmente, es posible la realización en tiempo de jornada equivalente, siempre y cuando no suponga situaciones diferenciales entre los empleados que realicen teletrabajo, debiendo informar a la representación de los trabajadores, de acuerdo con lo previsto para el seguimiento de esta modalidad. En este sentido, el acuerdo que, inicialmente, parte de la modalidad de teletrabajo a domicilio compartido con la actividad laboral en el centro de trabajo, no impide la realización a jornada completa, siempre y cuando no suponga situaciones diferenciales entre los empleados que realicen teletrabajo. Por lo tanto, entendemos que las excepciones a la regla general deben ser concedidas de acuerdo con los mismos criterios, atendiendo a las circunstancias del puesto de trabajo y a la pertenencia al grupo profesional.

⁹²⁶ Por ejemplo, art. 104 I CC del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (BOE 17 de junio 2008, núm. 146); máximo de 8 horas/semana, art. 33 III CC de Numil Nutrición, S.R.L (BOE 18 de mayo de 2010, núm. 131); igualmente, art. 34 III CC de Nutricia, S.R.L (BOE 2 de junio e 2010, núm. 134).

⁹²⁷ Art. 43 XVIII CC de Alcatel-Lucent España, S.A. (BOE 19 de septiembre 2008, núm. 225).

⁹²⁸ El 16 de febrero de 2005 se recibieron 1.006 solicitudes; aproximadamente el 18% de los trabajadores a los que se les envió la invitación para participar en esta prueba han presentado su solicitud., vid. el Acta de la Quinta reunión del grupo de trabajo de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades del mercado, celebrada el 17 de marzo 2005, www.cgt.telecomunicaciones.

⁹²⁹ Resolución de 10 de octubre de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción el registro y publicación de diversos Acuerdos que pasan a formar parte del CC de Telefónica de España, S.A.U. (BOE 3 de noviembre 2006, núm. 263).

En cuanto a la libertad de gestión del tiempo de trabajo, ésta admite graduaciones en cuanto el acuerdo establece que en el contrato debe determinarse el número de días/horas de trabajo semanales, salvo que por razón de la actividad necesariamente se precise la determinación de los días y horario concreto de teletrabajo. Al respecto, la menor libertad de autoorganización del tiempo de trabajo por parte del trabajador estará en función de la concreción del horario de trabajo en el mencionado contrato y, por lo tanto, de la concreción de la interactividad⁹³⁰. Por último, el acuerdo, atendiendo a las recomendaciones del AMET en relación a los problemas de aislamiento que puede ocasionar el teletrabajo, contempla una serie de medidas tendentes a favorecer la comunicación. Al respecto, establece con carácter obligatorio reuniones de contacto bien con el equipo de trabajo, con los colaboradores o con el responsable directo. Estas reuniones tienen que tener una periodicidad semanal, y una disponibilidad mínima de una jornada de trabajo presencial.

El segundo acuerdo es el de la empresa SHS Polar, Sistemas Informáticos S.L. firmado el 21 de marzo de 2007, que parece decantarse preferentemente por la modalidad de teletrabajo a domicilio, llevándose a cabo siempre que cuente “con la aceptación previa del destinatario del servicio a tal cambio”, cuando el trabajador solicite por escrito a la empresa que desea teletrabajar⁹³¹. Al respecto, cabe entender que no es necesaria dicha aceptación del cliente cuando el teletrabajo se ofrezca por la empresa, teniendo siempre carácter voluntario. El teletrabajo puede realizarse a jornada completa, es decir, todos los días de la semana, y a jornada parcial, unos días de la semana desde casa y otros desde las oficinas en el cliente o las oficinas de la empresa⁹³². En este último caso, entendemos que cabe una disponibilidad presencial del trabajador que debe pactarse concretamente dado que, independientemente de la modalidad de teletrabajo, cuando el proyecto requiera la presencia del trabajador, este deberá personarse⁹³³.

En definitiva, nos encontramos con dos acuerdos en materia de teletrabajo en empresas relacionadas con las telecomunicaciones y con los sistemas informáticos, cuyas actividades son propicias a la evaluación del desempeño por objetivos, y con la efectividad del principio de libertad de gestión del tiempo de trabajo por el trabajador.

⁹³⁰ El actual CC de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248); en la cláusula 13.2.2 las partes han acordado constituir un Grupo de Trabajo dependiente de la Comisión de Negociación Permanente, denominado de Ordenación del Tiempo de Trabajo, con una serie de competencias como la de estudiar fórmulas para poner en marcha experiencias que, basadas en la autogestión del tiempo de trabajo (...), puedan facilitar la conciliación de la vida laboral y personal.

⁹³¹ Cláusula primera.

⁹³² Cláusula segunda.

⁹³³ Cláusula tercera.

3.2. La retribución en el teletrabajo: la adaptación de los sistemas salariales

En materia de retribución en el teletrabajo, nuestro estudio se va a centrar en varias cuestiones dignas de mención, teniendo en cuenta la configuración del sistema y estructuras salariales en la normativa laboral. En lo relativo al sistema salarial, observamos la adaptación de los nuevos modelos de organización del trabajo a los estímulos de la nueva economía flexible. El salario a tiempo, con una fuerte tendencia a ser combinado con sistemas mixtos y complementos ligados al rendimiento, experimenta un “auge” en la negociación colectiva, de la cual no está al margen el teletrabajo. Así, por ejemplo, incluyendo a todos los trabajadores de la empresa en el sistema de trabajo por objetivos, estableciendo una retribución garantizada y unos complementos personales que, eventualmente, pudieran ser de aplicación a título individual como complemento personal; éste último en función de la aplicación de conocimientos especiales del trabajador, por realizar su trabajo por objetivos o por participar en programas o tener asignadas responsabilidades o funciones específicas que, a juicio, de la empresa, merezcan tal asignación⁹³⁴. El debate sobre el salario a destajo como modalidad “típica” de trabajos realizados en el domicilio vuelve a recobrar importancia en la era de las telecomunicaciones, pero sólo con respecto a trabajos no cualificados. En este sentido, la aplicación de la garantía del principio de igualdad retributiva a través de la negociación colectiva va a permitir que la tendencia a la individualización, y los cambios en los sistemas retributivos tradicionales, no mermen el papel de aquélla como instrumento de control igualitario. En efecto, a partir de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en 1994, la aplicación del salario y el establecimiento de la estructura salarial se remiten a la negociación colectiva o, en su defecto, al contrato individual (art. 26.3 ET)⁹³⁵.

Este papel desregulador del salario consolida un proceso iniciado con anterioridad a la reforma, que permite la adaptación a la nueva coyuntura económica y tecnológica sin influir decisivamente en la organización y en el funcionamiento de la empresa, y sin limitar o condicionar la utilización del sistema retributivo⁹³⁶. En realidad, la existencia de una economía abierta a la competencia internacional obliga a la negociación colectiva a avanzar hacia una mayor relación entre retribución y productividad, estableciendo la definición y criterios de una estructura salarial (conceptos fijos y variables) adecuada a la realidad social y empresarial, teniendo en cuenta su directa relación con los

⁹³⁴ Véase, por ejemplo, XIX CC de Alcatel-Lucent España, S.A. (BOE 19 de septiembre 2009, núm. 227) cuyo art. 43 contempla las condiciones generales de la prestación de servicios en régimen de teletrabajo.

⁹³⁵ Sobre el papel de la ley en la ordenación y racionalización salarial, MERCADER UGUINA, Jesús R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 27 a 38. Y sobre la incidencia de la reforma de 1997, MONEREO PÉREZ, José Luis, *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

⁹³⁶ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “Cambio y continuidad en el régimen jurídico del salario”, *RMTAS*, núm. 58, p. 47; y “Salario y organización laboral de la empresa”, *RMTAS*, núm. 23, 2000, p. 96. Sobre la adaptación económica y tecnológica, MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: El proceso de adaptación al cambio estructural*, MTAS, 2003, p. 254.

nuevos sistemas de organización del trabajo y los incentivos a la producción, la calidad o los resultados⁹³⁷. Por una parte, no sólo es significativa la proliferación de complementos salariales ligados a los sistemas de producción y organización del trabajo (incentivos, primas,...), como por ejemplo el complemento de teletrabajo implantado en la empresa BP OIL España, S.A.⁹³⁸, al ejercicio de los poderes empresariales (disponibilidad horaria, funcional...), y a la economía de la empresa (productividad, participación en los resultados...)⁹³⁹ sino que por otra parte también es significativo, con la aparición de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC), el cambio experimentado en los sistemas retributivos tradicionales, con una clara tendencia a la individualización de la retribución y debilitándose, por tanto, el papel de la negociación colectiva⁹⁴⁰.

Así pues, nos encontramos ante una regulación salarial propia de un marco de relaciones laborales flexible, que a su vez no permanece aislada, sino que está interrelacionada con otros elementos como la gestión del tiempo de trabajo, la contratación y ocupación, la movilidad y polivalencia o las modificaciones en las condiciones de trabajo que, en definitiva, necesitan para la aplicación de los modelos de organización flexible un tratamiento integral como alguna normativa ha establecido⁹⁴¹. En una aproximación al sistema salarial del teletrabajo, nos inclinamos a pensar que la forma de la retribución permanece intacta a pesar de la modificación del lugar de desarrollo de la prestación de trabajo, y por lo tanto la retribución a tiempo subsiste si el empleador tiene la posibilidad de controlar el número de horas efectivamente trabajadas⁹⁴². Esto es así porque el salario a tiempo es un tipo de salario no solamente compatible con la modalidad interactiva, sino de aplicación muy conveniente en este caso, ya que la interconexión en muchas ocasiones implica una mayor dependencia⁹⁴³. Esto no significa que el salario a resultado sea un tipo de salario característico del teletrabajo no interactivo, ni que

⁹³⁷ Vid. Capítulo IV del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005 (BOE 16 de marzo 2005, núm. 64). Entre otros, CC marco del Grupo Endesa (BOE 26 junio 2008); Capítulo VI CC de Iberdrola Grupo (BOE 29 enero 2008, núm. 25); Anexo núm. 4 CC de Aldeasa, S.A. para los años 2007 a 2010 (BOE 5 enero 2008, núm. 5); art. 44 III CC. Retevisión I, S.A.U. (BOE 5 de junio 2008, núm. 136); XV CC de la Industria Química (BOE 29 agosto 2007, núm. 207); art. 17 CC. de Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa, 2004-06 (BOG de 3 febrero 2005, núm. 22); arts. 19 a 22 CC. Interprovincial 2003 de la Empresa DHL Internacional España, S.A. (BOE de 3 diciembre 2003, núm. 289).

⁹³⁸ Art. 51 VI CC de la empresa "BP OIL España, S.A." (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190).

⁹³⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis, "La estructura del salario", en AAVV, *El nuevo régimen jurídico del salario. Comentarios a las leyes laborales. El nuevo régimen jurídico del salario*, Edersa, Madrid, 1994, p. 49.

⁹⁴⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, "La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LEJARRETA, Ricardo (Coord.), *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, p. 30; también MONEREO PÉREZ, José Luis; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, "Las fuentes de la autonomía colectiva en el escenario post-industrial", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 5, marzo, 2004, en www.iustel.com.

⁹⁴¹ Capítulo II del Acuerdo Interconfederal de Cataluña 2005-2007 (DOGC 9 de septiembre 2005, núm. 4466). Vid. SANTORO PASSARELLI, Giuseppe, "Flexibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?", *Rivista quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 21, 1998, pp. 60 y 61.

⁹⁴² CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania, "Il telelavoro: prime esperienze, inquadramento giuridico e contrattazione collettiva", en *Il diritto dell'Informazione e dell'informatica*, 2000, fasc. 1, p.161.

⁹⁴³ SIERRA BENÍTEZ, E. Macarena, "Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación jurídico-laboral", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, p. 889. También en los supuestos de teletrabajo *off line* a domicilio a través de programas informáticos que almacenan el tiempo real de utilización del ordenador por el teletrabajador, en THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 105.

el salario mixto lo sea del teletrabajador que comparte el teletrabajo con el trabajo presencial. Consideramos que el establecimiento de uno u otro sistema dependerá de las nuevas tendencias en la ordenación y racionalización del salario⁹⁴⁴, porque la realidad multiforme del teletrabajo permite la aplicación del sistema salarial en cualquiera de sus modalidades⁹⁴⁵. Así, la regulación general del ET y el papel atribuido por éste a la autonomía colectiva y a la individual permiten un amplio margen de flexibilidad en la determinación de la estructura salarial (art. 26.3 ET)⁹⁴⁶. En la fijación de las estructuras salariales en el teletrabajo se atenderá a la diversidad de situaciones, por lo que no debería existir un tratamiento uniforme en cada sector o empresa donde se teletrabaja. Hay que partir de las circunstancias específicas de un ámbito concreto a la hora de fijar las condiciones salariales entre los objetivos generales contemplados en los ámbitos superiores de negociación⁹⁴⁷.

Ahora bien, si por una parte el papel de la negociación colectiva queda debilitado por la individualización de las condiciones de trabajo, por la valoración de la retribución por los resultados y por las aptitudes y comportamientos individuales de los trabajadores, por otra parte aquél se refuerza, ya que actúa como un instrumento de control y garantía del principio de trato igualitario en los sistemas retributivos⁹⁴⁸. En este último caso, cuando la carga de trabajo y los promedios de rendimiento del teletrabajador sean equivalentes a la de los trabajadores comparables en el local del empresario⁹⁴⁹, incluso cuando las peculiaridades del teletrabajo alcancen a que el teletrabajador goce de más beneficio respecto al trabajador interno⁹⁵⁰. Por otro lado, Internet puede ser una herramienta de información que ayude a generar datos nuevos y accesibles sobre discriminación, niveles y estructuras salariales, como por ejemplo conociendo los salarios de los trabajadores del sector mediante el denominado "Indicador Salarial on-line", en www.wageindicator.org. Los usuarios visitan el sitio y consultan una base de datos respecto a la remuneración que perciben otros trabajadores que realizan el mismo tipo de trabajo, y éstos, a su vez, facilitan su propia información salarial para incorporarla a la base de datos⁹⁵¹.

⁹⁴⁴ En SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España*, obra cit., p. 131.

⁹⁴⁵ COSSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania; "Il telelavoro: prime esperienze, inquadramento giuridico e contrattazione collettiva" obra cit., p. 162; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 115.

⁹⁴⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 827.

⁹⁴⁷ En relación con el sistema salarial en las medianas y grandes empresas, MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas empresas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, MTAS, Madrid, 2003, p. 265.

⁹⁴⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, "La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo", en obra cit., p. 31.

⁹⁴⁹ Cláusula novena del Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo (2002). Vid. RICCI, Giancarlo "I tempi gli orari. Il trattamento economico", en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo; POTTI, Ubaldo, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il sole 24 Ore, Milano, 1999, pp. 136 y 137; GAETA, Lorenzo, "Il regolamento sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni", en *Il lavoro nelle pubblica amministrazioni*, gennaio-agosto, 1999, p. 320.

⁹⁵⁰ Como es el caso de la regulación sobre el teletrabajo en la Administración pública italiana, vid. GAETA, Lorenzo, PASCUCCI, Paolo, "Una riflessione critica sul telelavoro", en *Il diritto del mercato del lavoro*, núm. 2, 2001, p. 31.

⁹⁵¹ Vid. Revista de la OIT, *Trabajo*, núm. 53, abril 2005, pp. 11 y 12.

En definitiva, en el teletrabajo nos encontramos con unos sistemas y estructuras salariales evolutivos que se adaptan a este sistema de organización empresarial. Esto significa que en este proceso debemos detenernos en el estudio de aquellos aspectos relevantes de la composición del salario.

3.2.1. El salario base en el teletrabajo. Especial referencia al destajo tecnológico

En virtud del art. 26.3 del ET, en el teletrabajo el salario base es también una retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, que coincidirá con el salario mínimo interprofesional en el supuesto de que no sea establecido en el convenio colectivo o contrato de trabajo⁹⁵². En la fijación del salario base en el teletrabajo que, según la doctrina, suele fijarse por unidad de obra y no de tiempo⁹⁵³, no estamos ante nuevas cuestiones, sino ante los mismos problemas existentes en esta forma de retribución que deben ser resueltos por la negociación colectiva mediante el establecimiento de las garantías y límites en el recurso a esta figura⁹⁵⁴. No obstante, por regla general en la negociación colectiva prevalece la fijación del salario base por unidad de tiempo, estando localizada la fijación por unidad de obra en ciertos sectores de actividad donde no es mayoritaria la realización de la prestación de servicios mediante el teletrabajo⁹⁵⁵. Opinamos que el sistema mixto ofrece una oportunidad de aunar las distintas posiciones del contrato de trabajo y adoptar un sistema más acorde a la realidad productiva y económica de la empresa, como se viene observando en las últimas tendencias negociadoras en las pequeñas y medianas empresas, garantizando un mínimo en función del tiempo y del encuadramiento profesional, en el sistema de clasificación profesional, al que se le suman otras percepciones económicas calculadas según el rendimiento del trabajador mediante un régimen a destajo o de incentivo, que puede venir condicionado por el salario convencionalmente fijado por unidad de tiempo⁹⁵⁶.

⁹⁵² El art. 12. 2 Acuerdo de Cobertura de Vacíos (1997) contemplaba que el salario base de grupo no podía ser inferior al salario mínimo interprofesional.

⁹⁵³ En este sentido, CALVO GALLEGU, Javier, "Teletrabajo", en CARDENAL CARRO, Miguel (Coord.), *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001, p. 369; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 828.

⁹⁵⁴ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p.112. Vid. MERCADER UGUINA, Jesús R; MARTÍN JÍMENEZ, Rodrigo, "Retribución variable y gestión del rendimiento" en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 366 y 367, citando una serie de convenios colectivos; y el establecimiento de una serie de garantías, pp. 379 y 380.

⁹⁵⁵ Sobre la preeminencia de la fijación del salario base por unidad de tiempo, en MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, obra cit., p. 276; también en GÁRATE CASTRO, Javier; CABEZA PEREIRO, Jaime, *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 83 y ss. Los sectores que establecen el salario por obra son los de Construcción y obras públicas; Aceites y derivados; Industrias de aderezo, relleno, envasado y exportación de aceitunas; Recolectión de cítricos; etc. En el teletrabajo, el financiero, distribución y industrial, en MARTÍNEZ LÓPEZ, F^o José; LUNA HUERTAS, Paula; ROCA PULIDO, Juan Carlos, "El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea", *RL*, núm. 18, 2001, p. 75.

⁹⁵⁶ Según MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.); *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, obra cit., p. 277, no son pocos los convenios que establecen este sistema mixto. En el teletrabajo, art. 9 del Acuerdo de teletrabajo de ITEA (L'Istituto trentino di edilizia abitativa) en junio 1998 y el Acuerdo Dun & Bradstreet Kosmos de 8 junio 1995 que prevé el tratamiento incentivado de la productividad previsto en la contratación colectiva. Sobre el salario por obra condicionado por el de tiempo, ALFONSO MELLADO, Carlos, "Salarios y negociación colectiva"; en APARICIO TOVAR, Joaquín (Coord.), *Estudios del salario*, Bomarzo, Alicante, 2004, p. 39; MERCADER UGUINA, Jesús; MARTÍN JÍMENEZ, Rodrigo, "Retribución variable y gestión del rendimiento", obra cit., p. 366. En España,

Sin embargo, es cierto que en el teletrabajo el problema en la adopción de la modalidad salarial no viene dado por la fijación del salario por obra o destajo, sino más bien por las diferentes posiciones que ocupan en el mercado de trabajo los trabajadores, atendiendo a la cualificación, calidad de los trabajos, y grado de autonomía y de responsabilidad, así como el sexo del trabajador⁹⁵⁷. Al respecto, cabe señalar que la fuerte demanda en el mercado de teletrabajadores dotados de una alta especialización, permite a éstos negociar los aspectos retributivos del trabajo desde una posición privilegiada, mientras que el resto de los teletrabajadores que realizan trabajos de carácter mecánico, repetitivo, rutinario y de escasa cualificación y motivación, se hallan en una posición “débil” y pueden verse en situaciones de sobreexplotación similares a la de los trabajadores a domicilio tradicionales⁹⁵⁸. Estos trabajos modernos a domicilio conducen a situaciones de desprotección y desigualdad, cuyas consecuencias analizaremos más adelante⁹⁵⁹.

Sin obviar lo anterior, hay que tener en cuenta que la modalidad de trabajo a destajo está ligada a la productividad, con independencia del factor tiempo. Sin embargo, este sistema salarial no es precisamente de los más utilizados, sobre todo teniendo en cuenta que el teletrabajo no va inexorablemente unido al nacimiento de un “nuevo destajo”⁹⁶⁰. El teletrabajo como modo de organización del trabajo no implica necesariamente el resurgir del destajo, sino que es una forma más de entre las existentes para que el empresario organice el trabajo en actividades que requieren una repetición intensiva de tareas (como la grabación de textos en el teletrabajo a domicilio), programación de software realizado en países distintos a los de las empresas que lo compran, teletrabajo relacionado con servicios de venta al cliente, y en el teletrabajo móvil de tipo más técnico (técnicos de ventas, informáticos etc.)⁹⁶¹. De esta forma, para evitar los efectos negativos del destajo, que por otro lado no existe en su estado puro tal como apuntamos anteriormente, existen los nuevos sistemas de organización científica y racional del trabajo, que tienen como objetivo obtener una mejora tanto de la productividad como de la cantidad y calidad del trabajo incentivando al

entre otros, Art. 8 CC. de la empresa Cobra Servicios Auxiliares, S.A. (BOE 12 de mayo 2006, núm. 113); arts. 34, 35 y Anexo IV CC estibadores portuarios de la bahía de Cádiz (BOP Cádiz 22 de enero 2002, núm. 17).

⁹⁵⁷ Los trabajos menos cualificados son realizados básicamente por mujeres, en LAGUNA MILLÁN, M^a José, *Salud laboral y calidad en el trabajo. Ventajas estratégicas en un modelo de gestión de calidad total*, Federación de comunicación y transportes de CCOO, 2005, p. 44; también en ARAGÓN, Jorge; DURÁN, Alicia; ROCHA, Fernando; CRUCES, Jesús, *Las relaciones laborales y la innovación tecnológica en España*, Catarata, Madrid, 2005, p. 72.

⁹⁵⁸ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España*, obra cit., p. 136. Sobre la situación de explotación similar al domicilio, THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 112.

⁹⁵⁹ En STSJ Cataluña de 21 diciembre 2004, (AS 2005/55), se reconoce el carácter laboral de los servicios de una traductora prestados desde su propio domicilio, donde se pacta un precio por cada línea de texto mecanografiada bajo instrucciones directas y supervisión de la empresa, aun fuera de su vigilancia.

⁹⁶⁰ Más bien al contrario, el trabajo a destajo es uno de los sistemas tradicionales de ajuste automático de los salarios al nivel de producción que tiende a desaparecer; en este sentido, MERCADER UGUINA, Jesús, “Retribución variable y cambios productivos”, en APARICIO TOVAR, Joaquín (Coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 87 y ss.; y del mismo autor *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral*, obra cit., pp. 60 a 72; ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa, “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 426.

⁹⁶¹ BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: Estrategias de flexibilidad*, CES, Madrid, 2002, p. 196.

trabajador, más que en función del puesto de trabajo, en función del dominio de las tareas y habilidades especiales en relación con una o varias unidades de competencias⁹⁶². Esto es así incluso cuando aparece el destajo como retribución salarial en la denominada dirección por objetivos, que necesita fijar los tiempos de ejecución por tarea para atribuirle un valor monetario, obteniendo el trabajador no un incentivo monetario propiamente dicho, sino más bien la ganancia de tiempo y la posibilidad de gestionar la organización de su tiempo de trabajo, que es una de las peculiaridades del teletrabajo⁹⁶³, como por ejemplo el trabajo periodístico a tarea⁹⁶⁴, televendedores⁹⁶⁵, etc. En estos casos, el “moderno” salario a destajo “tecnológico” estaría en función de la productividad esperada por la empresa a diferencia del teletrabajo “rutinizado” o modalidad tradicional de destajo, donde es el salario deseado el que determina el nivel de productividad⁹⁶⁶. Desde un punto de vista formal, la productividad se integraría en la estructura salarial como una cuantía variable y de abono periódico, pero diferenciada del salario base y, por lo tanto, como complementos de productividad⁹⁶⁷.

Estos complementos de productividad, que se establecen unilateralmente por la empresa o de común acuerdo con los representantes de los trabajadores, estarían formados por aquellas percepciones económicas que el trabajador recibe al superar “determinados umbrales, límites de producción, resultados u objetivos (individuales o colectivos) que sean medibles o cuantificables”, como por ejemplo complementos por un mayor y mejor desempeño de la actividad que sólo se conceden cuando se alcanzan determinados umbrales (comisiones por venta, en la ONCE); paga de productividad vinculada al rendimiento colectivo y determinada en función del número de asientos vendidos en cada centro de trabajo durante el mes anterior (Lear Corporation), etc.⁹⁶⁸. Sin embargo, creemos que en la práctica

⁹⁶² MERCADER UGUINA, Jesús, “Retribución variable y cambios productivos”, obra cit., p. 90. El art. 38.2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 establecía que, “(…). En caso de haberse estipulado plazo para la conclusión del trabajo u obra, deberá terminarse dentro de él, pero no se podrá exigir un rendimiento mayor al normal de un trabajador apto”.

⁹⁶³ Sobre la dirección por objetivos, MERCADER UGUINA, Jesús, “Retribución variable y cambios productivos”, en APARICIO TOVAR, Joaquín (coord.), *Estudios sobre el salario*, obra cit., pp. 98 a 100. En RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, José, *El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, p. 89, la diferencia entre el salario a destajo del salario por tarea está en que en éste el incentivo no es monetario, sino que consiste en la ganancia de tiempo. Sobre el salario a tarea, GARCÍA BLASCO, Juan, “El salario a tarea”, en AAVV: *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, pp. 377 a 392.

⁹⁶⁴ Así, por ejemplo, art. 15 del V CC entre la Empresa Recoletos Grupo de Comunicación, S.A. y el Personal de Redacción del Diario Deportivo “Marca”, (BOE 11 de enero 2006, núm. 9), que contempla el trabajo periodístico a tarea que, una vez cumplida, queda también cumplida la jornada laboral.; art. 13 del CC de la Empresa La Vanguardia, Ediciones, S.L. 2005-2006, (BOE 23 mayo 2006, núm. 122). En otros sectores, art. 37 CC estatal de fabricantes de tejas, ladrillo y piezas especiales de arcilla cocida, para el periodo 2006-2008 (BOE 19 de diciembre 2006, núm. 302).

⁹⁶⁵ Art. 10 CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE 1 de septiembre 2007, núm. 210).

⁹⁶⁶ En este sentido, BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: Estrategias de flexibilidad*, obra cit., p. 197. Vid. implantación de los planes de incentivos ligados a la consecución de objetivos colectivos o individuales y/o a la evaluación del desempeño en Telefónica de España, S.A.U. [Cláusula 3 CC de 16 octubre 2003, núm. 248, prorrogado hasta el 31 de diciembre 2007, (BOE 15 de septiembre 2005, núm. 221); actual CC para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248)], o salario variable por cumplimientos de objetivos en Telefónica Data España, S.A.U. (BOE 22 octubre de 2004, núm. 255, prorrogado hasta 31 diciembre de 2007, BOE 10 de febrero de 2006, núm. 35), en Telefónica Publicidad e Información, (BOE 14 diciembre de 2004, núm. 300).

⁹⁶⁷ MERCADER UGUINA, Jesús R.; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo; “Retribución variable y gestión del rendimiento”, obra cit., p. 375. En este sentido, STSJ Madrid de 16 junio 1999 (AS 1999/2918).

⁹⁶⁸ MOLINA MARTÍN, Amparo; ESPÍN SÁEZ, Maravillas; NIETO ROJAS, Patricia, “Complementos salariales por mayor trabajo realizado y complementos vinculados a resultados de la empresa”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.) *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 39 y 65.

la identificación de estos complementos no es tarea fácil, porque la gran variedad de denominaciones que reciben y la insuficiente causa de atribución patrimonial plantean serias dificultades respecto a su verdadera naturaleza jurídica⁹⁶⁹. A ello se suman la confusión entre la productividad “y los resultados económicos de la empresa o entre aquella y el rendimiento individual del trabajador medido a través de fórmulas ajenas a la productividad” (que es la causa que justifica el devengo del complemento salarial y no un módulo único de fijación de remuneración), tales como el destajo⁹⁷⁰.

En todo caso, como señalamos anteriormente, la problemática de la existencia de los trabajos telemáticos a destajo estará relacionada con la baja calidad laboral de los trabajos y su escasa relevancia en el mundo laboral dentro de la nueva economía⁹⁷¹. Sin embargo, en algunos casos esta precariedad puede quedar mermada, por un lado gracias a los aspectos positivos que puede tener en el mercado laboral, ya que facilita la entrada en el mercado de trabajo, añade experiencia y reduce el riesgo de inactividad; y por otro lado porque muchos de los empleados precarios son segundos perceptores en hogares con otros ingresos, donde el índice de pobreza no está localizado⁹⁷². No obstante, el papel de la negociación colectiva es relevante si se encarga de garantizar los límites a la aplicación del destajo mediante el establecimiento del mutuo acuerdo entre las partes y de unos mínimos convencionales⁹⁷³, salvo que se imponga por el empresario pero sometido a la supervisión de la autoridad laboral⁹⁷⁴.

El problema de la retribución en el teletrabajo no está en la modalidad salarial que se adopte, sino en las posibles desigualdades retributivas que puedan generarse entre los distintos conceptos salariales, si los comparamos con los de un trabajador presencial, lo que constituirá materia de estudio más adelante⁹⁷⁵.

⁹⁶⁹ MERCADER UGUINA, Jesús R.; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo; “Retribución variable y gestión del rendimiento”, obra cit., p. 374. Entre otras, STSJ Madrid 23 de mayo 2005 (AS 2005/1477).

⁹⁷⁰ MERCADER UGUINA, Jesús R.; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo; “Retribución variable y gestión del rendimiento”, obra cit., p. 372; a los que hay que añadir que cuando son de cuantía fija y devengo mensual se asimilan a los complementos personales o de puesto de trabajo, o bien se asocian con la realización de mayor jornada; o bien se vinculan al tiempo de trabajo.

⁹⁷¹ Igualmente SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España*, obra cit., p. 136. En relación con los trabajos a domicilios poco cualificados THIBAUT ARANDA, Javier, *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit. 111.

⁹⁷² RAMOS DÍAS, Javier, Flexibilidad: La alternativa europea, ponencia presentada en la XXIV Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Islantilla (Huelva), noviembre de 2005, en (www.uhu.es/dam/dtss/jornadas/conferencia—javier—ramos.pdf); en relación con el Informe Wimkok 2003-2005.

⁹⁷³ Vid. el sistema de trabajo por objetivos implantado a todos los trabajadores de la empresa Alcatel-Lucent España, S.A. en el XVIII CC Interprovincial de Alcatel-Lucent España, S.A., (BOE 17 de septiembre 2008, núm. 225); trabajadores procedentes de Alcatel España, S.A.; Lucent Technologies España, S.A.U. o Nortel Networks Hispania, S.A.

⁹⁷⁴ Art. 56 del CC La voz de Galicia, S.A. (DOG 2 de agosto 2004, núm. 148). En este mismo sentido, MERCADER UGUINA, Jesús, “Retribución variable y cambios productivos”, en APARICIO TOVAR, Joaquín (Coord.), *Estudios sobre el salario*, obra cit., p. 93.

⁹⁷⁵ El Acuerdo Marco Europeo (2002) establece que los teletrabajadores se beneficiarán de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los teletrabajadores comparables en los locales del empresario.

3.2.2. El salario sin contraprestación

El art. 26.1 ET no sólo incluye dentro del concepto de salario las cantidades recibidas por el trabajador por la prestación de los servicios realizados, sino también los períodos de descanso computables como de trabajo. Como afirma la doctrina, el concepto de salario se entiende en sentido amplio, es decir, como contraprestación genérica y global a la función desarrollada por el trabajador en el conjunto de la relación⁹⁷⁶. Esto quiere decir que dentro del concepto de salario debemos incluir una serie de cantidades que recibe el trabajador, no por la correspondiente prestación de servicios debida, sino más bien por el disfrute por parte del trabajador de una serie de derechos reconocidos normativamente, como son el descanso semanal y anual (art. 40.2 CE y 38.1 ET), fiestas laborales (art. 37.2 ET), permisos retribuidos y, en general, todo descanso que según lo estipulado compute como tiempo de trabajo⁹⁷⁷. Así mismo, el derecho al salario en los casos de interrupción de la actividad del art. 30 ET que tiene el teletrabajador por ser trabajador subordinado sujeto a una relación laboral⁹⁷⁸.

En lo relativo al descanso semanal es obvio que, aunque la ley no establezca explícitamente el carácter retribuido ni fije reglas especiales para el cálculo de los descansos semanales, éstos tienen carácter retribuido⁹⁷⁹. Esto significa que se incluirían aquellos supuestos de teletrabajo en que la distribución flexible del tiempo de trabajo altere el régimen tradicional del disfrute de estos descansos semanales, según contemple el convenio colectivo en cuestión⁹⁸⁰; y el descanso semanal, o los descansos semanales compensatorios en los regímenes especiales de jornada (RD 1451/1995, de 21 de septiembre) que deben ser disfrutados, puesto que no cabe pacto que contemple la compensación económica a cambio del no disfrute⁹⁸¹. Por ejemplo, y salvo lo que disponga el convenio colectivo aplicable, si un teletrabajador trabaja en domingo disfrutará del descanso semanal en otro día de la semana, sin tener por ello derecho a una retribución superior a la que corresponde a su jornada semanal ordinaria⁹⁸².

⁹⁷⁶ En este sentido, MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, obra cit., p. 590.

⁹⁷⁷ GARCÍA MURCIA, Joaquín, "Concepto y estructura del salario (en torno al artículo 26)", obra cit., p. 617. Sobre los "salarios de inactividad" que retribuyen las interrupciones periódicas y no periódicas "en virtud de las necesidades del trabajador" y otros "supuestos relacionados con los registros personales del trabajador, el aseo personal en ciertos trabajos, actividades formativas, etc.", FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio; *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001, pp. 388 y 392. En general, sobre los descansos laborales LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, *Evolución normativa de los descansos laborales. Primer centenario de la promulgación de la ley del descanso dominical de 1904*, MTAS, Madrid, 2004.

⁹⁷⁸ *In extenso*, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, en Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.

⁹⁷⁹ GARCÍA ORTEGA, Jesús; MORENO CÁLIZ, Susana, "Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET), en GARCÍA NINET, José Ignacio (Coord.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores. (De 1980 a 2005)*. Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa GIL, CEF, Madrid, 2005, p. 446.

⁹⁸⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, "La dimensión económica de la regulación convencional del tiempo de trabajo, descansos y permisos", en MERCADER UGUINA, Jesús R.; *El contenido económico de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 215 a 219.

⁹⁸¹ Art. 2.2 del RD 1451/1995, contempla dos excepciones en que se compensan en metálico como horas extraordinarias por imposibilidad del disfrute: los casos de los trabajadores del mar (art. 18) y finalización del contrato por causas distintas a la duración del contrato.

⁹⁸² Entre otras, STS 23 de enero 1991 (RJ 1991/174).

Respecto a la retribución de las vacaciones en el teletrabajo, nos encontramos con el mismo problema que subyace para todos los trabajadores, ya que la ausencia de una regulación normativa específica provoca que se apliquen las diferentes estipulaciones contenidas en los convenios colectivos o, en su defecto, la excesiva casuística de los tribunales de justicia amparada en la interpretación de las previsiones del Convenio 132 de la OIT, que contempla el derecho del trabajador a recibir en concepto de vacaciones “una remuneración normal o media”⁹⁸³.

En relación a los festivos que tienen carácter retribuido y no recuperable, como expresamente establece el art. 37.2 ET, la remuneración comprende el salario base y demás complementos del salario real⁹⁸⁴ y el descanso compensatorio equivalente⁹⁸⁵. En el caso de comprender un concepto variable se promediará el importe de lo percibido por día de trabajo “en un período de tiempo suficientemente dilatado y próximo en el tiempo”, pese al silencio del convenio colectivo⁹⁸⁶.

Por último, en lo que respecta a los permisos retribuidos, la remuneración de estas ausencias comprende las mismas partidas salariales que hubiera percibido el trabajador en caso de haber realizado la prestación de trabajo⁹⁸⁷ o la que recibieron los compañeros que trabajaron, sin comprender horas extraordinarias u otros similares por aplicación analógica de las ausencias retribuidas a los representantes legales⁹⁸⁸. En definitiva, no observamos ninguna especialidad o peculiaridad con respecto a la retribución de estos descansos, salvo las dificultades o inconvenientes de determinar el tiempo de trabajo. Si la gestión del tiempo de trabajo es a cargo del teletrabajador, la normativa relativa a los festivos, y en general a los descansos, no le será de aplicación cuando el trabajador decida libremente realizar su prestación laboral en esos momentos⁹⁸⁹.

⁹⁸³ VICENTE PACHÉS, Fernando; MIÑARRO YANINI, Margarita, “Vacaciones anuales (Art. 38 ET)”, en GARCÍA NINET, José Ignacio, *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores*, obra cit., p. 503. En RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, José, *El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo*, obra cit., p. 279, para el trabajador retribuido por rendimiento “la regla general es la de calcular el salario de vacaciones con base en el promedio de los ingresos obtenidos en el período de tiempo inmediatamente anterior al disfrute de las vacaciones”.

⁹⁸⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, “La dimensión económica de la regulación convencional del tiempo de trabajo, descansos y permisos”, obra cit., p. 220, salvo que se trate de fiestas de origen convencional (por ejemplo disfrute de días libres, vísperas de fiestas), que son de recuperación obligatoria y, por lo tanto, no retribuidas.

⁹⁸⁵ Una regulación de dudosa legalidad viene contemplada en el RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos que está en vigor respecto al trabajo en festivos, en virtud de la Disposición Derogatoria Única del RD 1661/1995, de 21 de septiembre, donde se contempla un recargo del 75% si no se opta por la compensación en descanso equivalente (art. 47), en GARCÍA ORTEGA, Jesús; MORENO CÁLIZ, Susana, “Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET)”, obra cit., p. 451.

⁹⁸⁶ En MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, “La dimensión económica de la regulación convencional del tiempo de trabajo, descansos y permisos”, obra cit., p. 219, la suma que engrosaría el salario del festivo y en el caso de primas mensuales por resultados, la inactividad por disfrute de festivos “no puede perjudicar al trabajador”.

⁹⁸⁷ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, José, *El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo*, obra cit., p. 286.

⁹⁸⁸ GARCÍA ORTEGA, Jesús; MORENO CÁLIZ, Susana, “Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET)”, obra cit., p. 453.

⁹⁸⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 825; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, p. 73.

3.2.3. La imposibilidad de la prestación y las interrupciones técnicas

Otro supuesto que contempla el ET como derecho al salario sin contraprestación es el del art. 30 en los casos de imposibilidad de la prestación por impedimentos imputables al empresario y no al trabajador. En el teletrabajo, el art. 30 ET es de aplicación en aquellos supuestos en los que el trabajador sufre interrupciones técnicas (sistema informático o de telecomunicaciones) mientras está realizando la prestación de servicios, siempre que no sean imputables al trabajador y estén relacionadas con la infraestructura productiva⁹⁹⁰. En realidad, nos encontramos ante un caso típico de ruptura del carácter sinalagmático del contrato de trabajo y de imputación de la responsabilidad al empresario, que es quién tiene que soportar los riesgos de esa eventualidad (teoría del riesgo), y por lo tanto queda obligado a pagar salarios sin contraprestación cuando la omisión del empresario imposibilita al trabajador la continuidad del trabajo (*mora accipiendi*) o cuando, independientemente del comportamiento del empresario, los impedimentos son de naturaleza objetiva derivadas del riesgo normal de funcionamiento de una organización empresarial⁹⁹¹. Igualmente, para los tribunales el término "impedimento imputable al empresario" no sólo se refiere a la *mora accipiendi* "sino también a aquellos casos en que la imposibilidad de la prestación de trabajo es de naturaleza objetiva, derivada de alguno de los elementos que integran la empresa, de modo que tan sólo se puede relacionar indirectamente tal impedimento objetivo con el empresario, por su falta de atención, cuidado o previsión"⁹⁹².

En estos casos en que el teletrabajador no puede prestar los servicios porque se producen interrupciones técnicas del sistema informático o de las telecomunicaciones relacionadas con la infraestructura productiva, los salarios que se tienen que devengar serán los correspondientes al cálculo del salario sin contraprestación por el tiempo de la interrupción. Ahora bien, este sistema de cálculo no es válido para sistemas de retribución basados en unidad de obra o de rendimiento, característicos de regímenes salariales implantados en las organizaciones flexibles del trabajo, como pueden ser algunas modalidades de teletrabajo. En efecto, en estos casos es prácticamente imposible el cálculo exacto de la ganancia por ese tiempo no trabajado, y por lo tanto habrá que atender a sistemas de cálculo lo más objetivos posible, para evitar en la medida de lo posible las carencias o insuficiencias, y que no se aplique el art. 30 en los supuestos de

⁹⁹⁰ Sobre los supuestos comprendidos en el art. 30 ET, SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; "La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET", AS 2001-V, pp. 120 y ss.

⁹⁹¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, obra cit., p. 68. También del mismo autor, "Imposibilidad de la prestación", en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*, Tomo VI, Edersa, Madrid, 1982, p. 188. En CRUZ VILLALÓN, Jesús, RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, obra cit., p. 380, se trata de un supuesto en que es de aplicación el art. 1.124 del C.Civ.

⁹⁹² En el caso de una rotura de una caldera de la empresa, sin necesidad de recuperar el tiempo perdido, STSJ Murcia 10 de marzo 1993 (AS 1993/1569). En CRUZ VILLALÓN Jesús; RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, obra cit., p. 386, se trata de trasladar la tesis de la ajenedad en los riesgos. Igualmente, en ARASTEY SAHÚN, M^a Lourdes, "Imposibilidad de la prestación (Art. 30 ET)", en GARCÍA NINET, José Ignacio (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores*, obra cit., p. 202.

remuneración por trabajo realizado sin salario fijo por jornada laboral⁹⁹³. En estos casos hay que atender al cálculo del salario que el trabajador hubiera podido ganar en el tiempo perdido⁹⁹⁴ y a las previsiones realizadas en la normativa convencional cuando concurren los requisitos para la aplicación del art. 30 del ET, es decir, vigencia del contrato de trabajo, disposición del trabajador para realizar la prestación y la imputabilidad de la empresa⁹⁹⁵. Así, por ejemplo, en el caso del salario a destajo sería el total previsto; en el salario a rendimiento, si no se ha realizado ninguna prestación, la cantidad se calcula sobre la base de lo obtenido por el teletrabajador en el período inmediatamente anterior; si se realiza parte de la prestación percibida, el salario sería el correspondiente a la obra o trabajos realizados y la parte correspondiente al trabajo perdido⁹⁹⁶.

En general, cuando el establecimiento de un complemento de productividad está vinculado al rendimiento del trabajador, la negociación colectiva suele plantear soluciones diversas cuando no puede realizarse la actividad a pleno rendimiento por culpa no imputable al trabajador (por ejemplo, abono íntegro del salario pactado; en trabajos remunerados con incentivo a destajo, tarea, con prima a la producción o por tarea y unidad de obra, el 50% del promedio de las primas obtenidas en el mes anterior durante los treinta días; 25% durante los treinta posteriores y el 10% durante los treinta días siguientes, cesando a partir de este último período la obligación de remunerar cantidad alguna)⁹⁹⁷. En concreto, cuando la remuneración a destajo o prima no diera el rendimiento debido por causas imputables a la empresa, el trabajador tendrá derecho al salario que se hubiese previsto o, en todo caso, a las retribuciones que vinieran percibiendo por la actividad normal o habitual en trabajos no medidos⁹⁹⁸. Y cuando sea preciso suspender el trabajo por motivos probados no imputables a descuidos o negligencias de la empresa, pero independientes de la voluntad del trabajador (por falta de suministro energético, avería de las máquinas, etc.), se pagará la remuneración que corresponda al rendimiento normal⁹⁹⁹.

⁹⁹³ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, obra cit., p. 70.

⁹⁹⁴ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, "Imposibilidad de la prestación", obra cit., p. 190.

⁹⁹⁵ BOTANA LÓPEZ, José María, "Imposibilidad de la prestación y sobre las gratificaciones extraordinarias (En torno a los artículos 30 y 31), *REDT*, núm. 100, 2000, p. 668. Igualmente, entre otras, STSJ Aragón 10 de octubre 2007 (JUR 2008/34091); STSJ País Vasco 28 de marzo 2006 (AS 2006/1936); STSJ Andalucía 26 de marzo 2001 (JUR 2001/170889); STSJ Extremadura 16 de abril 1996 (AS 1886/1371).

⁹⁹⁶ En el caso del destajo, FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario; PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos, "Salarios por unidad de obra: los destajos", en AAVV, *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Madrid, 1971. En el caso de salario a rendimiento, RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, José, *El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo*, obra cit., p. 281.

⁹⁹⁷ En este sentido, MERCADER UGUINA, Jesús R.; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, "Retribución variable y gestión del rendimiento", obra cit., p. 382.

⁹⁹⁸ Art. 41 del XV CC General de la Industria Química (BOE 29 de agosto 2007, núm. 207), a pesar de que el trabajador aplique las técnicas, actividad y diligencias necesarias.

⁹⁹⁹ Igualmente art. 41 del XIV Convenio General de la Industria Química 2004, cuyo art. 10. bis regula el teletrabajo como medio posible de organizar el trabajo en las empresas del sector con las garantías adecuadas.

Entendemos que, como la jurisprudencia en su día declaró¹⁰⁰⁰, no hay inconveniente para que el trabajador reciba el salario en los supuestos en que la retribución esté fijada por unidad de obra o rendimiento, y cuando la imputabilidad de no ejecutar el trabajo tiene su causa en la organización empresarial¹⁰⁰¹. Por otra parte, el derecho al salario debe comprender tanto el salario base como todos los complementos, es decir, el abono íntegro correspondiente a la jornada que tenía reconocida¹⁰⁰². En el supuesto de que se recuperen las horas no trabajadas, en contra de lo estipulado en el art. 30 ET, esas horas tendrían la consideración de horas extraordinarias puesto que se adicionan al período de tiempo en que no hubo prestación por causa imputable al empresario y supondrían, por lo tanto, la superación de la jornada ordinaria y la retribución como horas extraordinarias¹⁰⁰³.

El art. 30 del ET se aplica en aquellos casos en que la interrupción de la prestación se produce por un período de tiempo relativamente breve y, por lo tanto, sin suspensión del contrato de trabajo¹⁰⁰⁴. En otros casos, mantenemos que el empresario cuenta con otras medidas para evitar los efectos del art. 30 ET, como por ejemplo reintegrar al trabajador en un centro de trabajo de la empresa, aplicando las previsiones del art. 40 ET¹⁰⁰⁵, mientras que se solucionan las causas que originaron la interrupción o mediante la realización de trabajos compatibles, como se recoge en algunos acuerdos sobre teletrabajo¹⁰⁰⁶. En este sentido, el empresario hace uso de las facultades empresariales de acuerdo con los requisitos y límites de la movilidad funcional del art. 39 ET, al menos con respecto a la movilidad horizontal, puesto que sería ilícita la orden de realizar funciones inferiores. En efecto, la realización de funciones inferiores responde a unas “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva” que deben ser objeto de interpretación estricta, ya que hay casos en los que el ejercicio de estas facultades responde a unas necesidades de mera conveniencia para obtener alguna contraprestación por el salario que tiene que abonar en virtud del art. 30 ET¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁰ STS 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/1862), en STSJ Cataluña 23 de septiembre 2003 (AS 2003/3340) retribución por objetivos sin que “el trabajador actuara en su trabajo de modo pasivo o con falta de celo en orden a la consecución de los objetivos fijados”; STSJ La Rioja 31 de diciembre 1994 (AS 1994/4719), retribución de comisiones.

¹⁰⁰¹ En JUANES FRAGA, Enrique, “Derecho al salario sin prestación de servicios”, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Coord.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, p. 157, el art. 30 ET incluye el salario que se devenga en su totalidad por unidad de obra. Entre otras, SSTSJ Cataluña 21 de febrero 2007 (JUR 2007/217101); La Rioja 28 de febrero 2006 (JUR 2006/113790); Cataluña 23 de abril 2002 (JUR 2002/173744); Andalucía 3 de marzo 1998 (AS 1998/5476).

¹⁰⁰² STS 28 de enero 1991 (RJ 1991/189), sin que quepa aceptar la aplicación del recargo por mora STS 14 de octubre 1985 (RJ 1985/4713).

¹⁰⁰³ En este sentido, ARASTEY SAHÚN, M^a Lourdes, “Imposibilidad de la prestación (Art. 30 ET)”, en GARCÍA NINET, José Ignacio (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores*, obra cit., p. 212; CRUZ VILLALÓN, Jesús, RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 387; SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “La imposibilidad de trabajar y el art. 30 del ET”, obra cit., p. 125.

¹⁰⁰⁴ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, José, *El salario a rendimiento. Un estudio jurídico de la organización del trabajo*, obra cit., p. 281, en todo caso, se podría extinguir pero no sería por el incumplimiento del empresario sino por la crisis de empresa que se ha podido originar.

¹⁰⁰⁵ SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, p. 273.

¹⁰⁰⁶ En Italia, en el sector de la industria, art. 31 del Accordo 2 de julio 2004 y art. 20.5 del Accordo 15 de junio 2004.

¹⁰⁰⁷ JUANES FRAGA, Enrique, “Derecho al salario sin prestación de servicios”, obra cit., p. 145.

Esta regulación no entra a valorar los efectos sobre el salario en otros supuestos como los casos de imposibilidad derivada de fuerza mayor, o la debida al propio trabajador¹⁰⁰⁸. En este sentido, cabe preguntarse qué consecuencias tiene en el salario la imposibilidad de la prestación por fuerza mayor, es decir, el acontecimiento de origen externo a la organización empresarial, imprevisible, o en todo caso inevitable, que repercute sobre la actividad de la empresa y, por lo tanto, no sea imputable al empresario en los términos del art. 30 ET¹⁰⁰⁹; ejemplo, por virus informáticos en la Red en equipos protegidos. En este caso, cabría pensar que ambas partes quedarían exoneradas de las prestaciones¹⁰¹⁰, y el empresario no estaría obligado al pago del salario puesto que el art. 30 ET no prevé este supuesto, y la normativa que lo contemplaba quedó sin efecto por STS 31 de enero 1990 (RJ 1990/574)¹⁰¹¹. Sin embargo, una interpretación a *sensu contrario* del art. 30 ET permite mantener que, cuando la interrupción se produce por causa no imputable al empleador, para conservar el derecho al salario se deben trabajar las horas perdidas¹⁰¹². Todo ello sin perjuicio de lo contemplado en la negociación colectiva y, en concreto, en el acuerdo de teletrabajo en cuestión, por ejemplo el de la empresa SHS Polar, de 21 de marzo 2007, en que la empresa se compromete a asumir los problemas técnicos que pudieran surgir con respecto a los equipos utilizados por el teletrabajador.

Finalmente, cuando la no prestación sea por culpa o dolo del trabajador y, por lo tanto no haya imposibilidad sino inexecución de la prestación de servicios, las consecuencias son bien distintas puesto, que en este caso el trabajador no sólo no va a cobrar salario, sino que también puede ser sancionado por incumplimiento de la obligación de trabajar (arts. 54 y 58 ET)¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁸ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, "Imposibilidad de la prestación", en BORRAJO DACRUZ, Efrén (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*. Tomo VI, Edersa, Madrid, 1982, p. 184; ARASTEY SAHÚN, M^a Lourdes, "Imposibilidad de la prestación (Art. 30 ET)", en GARCÍA NINET, José Ignacio (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores. (De 1980 a 2005)*. Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa GIL, CEF, Madrid, 2005, p. 201.

¹⁰⁰⁹ ARASTEY SAHÚN, M^a Lourdes, "Imposibilidad de la prestación (Art. 30 ET)", obra cit., p. 208.

¹⁰¹⁰ JUANES FRAGA, Enrique, "Derecho al salario sin prestación de servicios", obra cit., p. 161.

¹⁰¹¹ El art. 5 RD 2001/1983, sobre regulación de jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos contemplaba el abono de los salarios correspondientes si la prestación se realizaba en un momento posterior y si los trabajadores aceptaban tal recuperación; en caso contrario, perdían el salario. Este precepto fue anulado por STS 31 de enero 1990 (RJ 1990/574) por entenderlo contrario a lo establecido en el art. 47 ET, salvo lo que se disponga en convenio. En este sentido, la sentencia incurrió en un error por entender que las horas recuperables no son remuneradas conforme al art. 47 y por el desconocimiento de la Ley de Jornada Máxima Legal; en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. "La imposibilidad de trabajar y el art. 30 ET", obra cit., p. 124.

¹⁰¹² MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, obra cit., p. 576. Cuando la escasa entidad no justifique la suspensión de los contratos, SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; "La imposibilidad de trabajar y el art. 30 ET", obra cit., p. 125. En contra, JUANES FRAGA, Enrique, "Derecho al salario sin prestación de servicios", obra cit., p. 156, este tipo de impedimentos debe considerarse sujeto al art. 47 del ET.

¹⁰¹³ En este mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Imposibilidad de la prestación y el artículo 30 ET", obra cit., p. 125. También "si no comunican al empresario cuantas anomalías descubra (...)" y, como consecuencia, deriva en una disminución de rendimiento o en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento, en GÁRATE CASTRO, Fco Javier, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, Madrid, 1984, p. 285.

3.2.4. Los complementos salariales de teletrabajo

Los complementos salariales son aquellas cantidades percibidas por el trabajador que responden a una causa dentro de las modalidades previstas en el ET¹⁰¹⁴. Partimos de la posibilidad de que el teletrabajo puede originar nuevos tipos de complementos salariales. En el teletrabajo estos complementos juegan un papel importante debido a las peculiaridades de la realización de la prestación en lugares de trabajo sobre los que, por regla general, el empresario no tiene un poder de disposición directo, y por lo tanto necesita de la utilización de herramientas telemáticas para su comunicación habitual (complemento de teletrabajo salarial)¹⁰¹⁵.

Estas cantidades que se adicionan al salario base tienen como presupuestos o principios básicos la causalidad o concausalidad, la dispositividad para la autonomía privada en su establecimiento a diferencia del contenido obligatorio del salario base y, por último, la libertad de criterios de cálculo de la cuantía de los complementos¹⁰¹⁶. En relación al primer principio, todo complemento debe responder a una causa en función de las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado, o a la situación y resultados de las empresas calculados según los criterios que se pacten (art. 26.3 ET)¹⁰¹⁷, exceptuando los complementos de vencimiento periódico superior al mes (art. 31 del ET), que tienen carácter retributivo general y no causal¹⁰¹⁸. En principio, y siguiendo el criterio jurisprudencial [STS 25 de Octubre 1988 (RJ 1988/8152)], esto significa que toda cantidad de naturaleza salarial que el teletrabajador reciba como contraprestación de los servicios prestados no asimilable a uno de los tres complementos salariales causalizados en el ET, se va a imputar al salario base. Sin embargo, la generalidad de la formulación estatutaria a la hora de configurar los complementos salariales y el carácter no imperativo de la estructura salarial contemplada en el ET, que es más bien “orientadora de la autonomía de las partes, e incluso subsidiaria de la misma”¹⁰¹⁹, van a permitir que nazcan nuevos complementos en el teletrabajo¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, *Configuración jurídica del salario*, obra cit., p. 121.

¹⁰¹⁵ En relación al complemento de teletrabajo, arts. 50 y 51 del VI CC de la empresa BP Oil España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190), denominados de “casa-oficina” y de teletrabajo. En relación con los nuevos hábitos del poder de dirección, PUJOLAR, Olivier, “Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo”, *RL*, núm. 19-20, 2005, pp. 141 y ss.

¹⁰¹⁶ MERCADER UGUINA, Jesús R.; *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, obra cit., pp. 104 a 109.

¹⁰¹⁷ En RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “Complejidad y racionalización de la estructura del salario”, *REDT*, núm. 17, 1984, pp. 29 y ss.; la “causalidad” constituye el criterio de distinción de los complementos. En MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: El proceso de adaptación al cambio estructural*, obra cit., p. 281, “obedecen a la concurrencia de un factor causal adicional o concausa que modula su tratamiento jurídico”. Entre otras, STSJ Canarias 26 de febrero 2003 (AS 2003/3241).

¹⁰¹⁸ MERCADER UGUINA, Jesús R.; *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, obra cit., p. 107. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Perfil general del salario (Un comentario al artículo 26 del ET)”, *AS*, núm. 22, 2005, p. 12, en relación a los complementos de vencimiento periódico superior al mes, es discutible si ha de subsumirse en una u otra de esas modalidades de complementos. Los tribunales de justicia excluyen estas cantidades del concepto de salario base, SSTs 16 de marzo 1999 (RJ 1999/2996), 6 de julio 1998 (RJ 1998/6157); 15, 17 y 20 de julio, 16 de septiembre y 20 de diciembre de 1998 (RJ 1998/6524; RJ 1998/6526; RJ 1998/7052; RJ 1998/7572, RJ 1998/382). En este mismo sentido, URESTE GARCÍA, Concepción Rosario, “El salario”, *RMTAS*, núm. 38, p. 104.

¹⁰¹⁹ GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Concepto y estructura del salario. (En torno al artículo 26)”, *REDT*, 2000, I, núm. 100-I, p. 625.

¹⁰²⁰ Sobre los complementos salariales en la negociación colectiva, MONEREO PÉREZ, José Luis, “La estructura del salario”,

Los tres grupos de complementos salariales regulados en el ET son de adscripción voluntaria e impiden la existencia de otros complementos salariales al margen de esos tres grupos¹⁰²¹. El primero es el que atiende en su fijación a las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador en cuanto repercute en el trabajo realizado, en su contenido o en su calidad. En este sentido, su causa responde a la cualificación personal o profesional del teletrabajador, que indudablemente exige al trabajador una experiencia o conocimientos en el uso de herramientas telemáticas (por ejemplo el dominio de las NTIC y habitualidad a trabajar con acceso remoto (RAS) vía RTB o IntraDSL¹⁰²²), así como de idiomas, esenciales para el manejo de programas o software y, en general, para la comunicación internacional (teletrabajo transnacional)¹⁰²³.

En estos complementos personales se engloban todas aquellas circunstancias no consideradas en la fijación del salario base, como pueden ser las cualidades subjetivas del trabajador para realizar esos puestos de teletrabajo, en cuyo desempeño se exigen ciertas habilidades necesarias en el teletrabajo (méritos personales, responsabilidad, capacidad de iniciativa y de innovación, especial entrega del teletrabajador en su ocupación). Así por ejemplo, en España la empresa IBM, que cuenta casi con el 100% de teletrabajadores, implantó en 1975 con carácter voluntario y unilateral un sistema de control denominado PSER (Programa de seguimiento y evaluación de resultados), por el cual valoraba la calidad y los resultados de trabajo de cada empleado para determinar los incrementos salariales de cada trabajador, siendo competencia exclusiva de la empresa la decisión final sobre el incremento individual de cada trabajador. En el año 1977 se introdujeron dos elementos nuevos en el mencionado programa: prioridad de los salarios que se encuentren por debajo de los del mercado para puestos equivalentes y la contribución de cada empleado al logro de los objetivos de la empresa. En el año 2004 la empresa ofertó de nuevo a los trabajadores la posibilidad de acogerse a un nuevo sistema de retribución variable denominado "Performance Bonus", vinculado a los resultados de negocio de la empresa, como ya lo estaban los sistemas anteriores, y a una novedosa evaluación personal de

en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *El nuevo régimen jurídico del salario*, Edersa, Madrid, 1994, p. 90., y *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas*, obra cit., p. 282. En ALFONSO MELLADO, Carlos L. "Salarios y negociación colectiva", obra cit., pp. 46 a 50, se citan tres grandes bloques de complementos novedosos según atiendan a la superación de objetivos previamente fijados, a la valoración del comportamiento y capacidad del trabajador, o a los beneficios y resultados de la empresa; en general, MERCADER UGUINA Jesús, "Retribución variable y cambios productivos" en APARICIO TOVAR, Joaquín (Coord.), obra cit., pp. 87 a 109. Igualmente, MERCADER UGUINA, Jesús; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, "Retribución variable y gestión del rendimiento", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, obra cit., pp. 385 a 400.

¹⁰²¹ En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M.; ALFONSO MELLADO, Carlos L., *El salario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; FÉRNANDEZ AVILÉS, José Antonio, *Configuración jurídica del salario*, obra cit., p. 125.

¹⁰²² Acuerdo desarrollo Cláusula 12.1 CC 2003/2005 de Telefónica de España, S.A.U. que contempla la prueba piloto de teletrabajo para el colectivo "dentro de convenio" (20 de enero de 2005). Sobre la experiencia exigida y el uso de las herramientas telemáticas para desarrollar la prueba piloto, Informe elaborado por Telefónica I+D, *La empresa en Red*, edit. Telefónica, S.A., 2003. Sobre el acceso a la tecnología, vid. SÁNCHEZ, Elena (dir.), *Prácticas de Trabajo Virtual y Teletrabajo en el sector TIC en España. Informe 2008*, obra cit., pp. 29 y 30.

¹⁰²³ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992, p. 92, afirma que la justificación de este plus está en que para desempeñar un determinado puesto de trabajo es necesario el conocimiento de idiomas, sin el cual el trabajador no podría desempeñarlo.

cada empleado¹⁰²⁴. Este complemento personal, voluntario en su concesión y cuantía, fue adoptado por la empresa en virtud de los criterios establecidos en el programa que, al no conducir a resultados obligatorios, no tenían otro valor que el orientativo¹⁰²⁵. Así mismo, se demostró que este método era respetuoso con el salario obligatorio determinado por el Convenio del sector y el contrato individual, y con las condiciones económicas de la empresa, dado que el trabajador era libre de firmar o no la oferta, continuando con su retribución anterior el que no lo hiciera.

Por otro lado, el teletrabajo como nueva forma de organización del trabajo provoca en el complemento personal un cambio de perspectivas y función produciendo una transición de los complementos personales hacia los complementos relacionados con el “trabajo realizado”¹⁰²⁶. Esto es así cuando se tiene en cuenta “el factor personal y los factores de base objetiva” y, por lo tanto, las cualidades subjetivas del teletrabajador en el puesto de trabajo y las habilidades exigidas en su desempeño¹⁰²⁷. Esto significa que el teletrabajo puede constituir una causa justificativa de un complemento funcional en virtud de las circunstancias relativas al trabajo realizado¹⁰²⁸.

El segundo grupo se fija atendiendo a las circunstancias relativas al trabajo realizado, siendo la causa el aspecto material del servicio prestado, justificado en la mayor exigencia o dureza con respecto al trabajo normal, constituido por los denominados complementos del puesto de trabajo y por cantidad y calidad de trabajo¹⁰²⁹, y en estrecha relación con la producción del trabajo, vayan o no

¹⁰²⁴ En IBM rige un sistema salarial mixto: los trabajadores reciben una retribución fija anual integrada por diversos conceptos, y una retribución variable por incentivos de acuerdo con unos criterios de valoración establecidos en 1994, y modificados en 1977 y 2004 respectivamente. En 1993 se produce la segregación de IBM, S.A., y se crea la empresa IBM Integrates Support Services, S.A., que en 1997 pasó a denominarse IBM Global Services S.A.; en ambas se aplica el sistema PSER. En 1994 y 1997 ambas empresas proceden a realizar modificaciones del esquema inicial de retribución fijo-variable, mediante la técnica de oferta unilateral empresarial en masa con posterior aceptación voluntaria de cada empleado, dando lugar a que la SAN de 10 julio 1997, (AS 1997/3369) confirmada por la de 22 de junio de 1998 (RJ 1998/5703), dictara sentencia desestimatoria de la demanda en que se propugnaba la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En 2004 se produce la misma operación en la que se abre la posibilidad a los trabajadores de que se acojan voluntariamente al nuevo esquema de retribución variable “Performance Bonus”, y de nuevo los sindicatos plantean demanda, reiterando el tribunal idéntica decisión a la tomada en la STS 22 de junio 1998 (RJ 1998/5703), reproducida de nuevo STSJ Cataluña 18 enero 2000 (AS 2000/80).

¹⁰²⁵ STS 21 de marzo 2006 (Rec. 194/2004), Fj 4.

¹⁰²⁶ RIVERO LAMAS, Juan, “El trabajo en la sociedad de la información”, AS, núm. 16, 2001, p. 62, señala que el carácter subordinado en las nuevas empresas informatizadas hay que derivarlo del dato “de que el puesto desempeñado esté funcionalmente unido a la empresa”.

¹⁰²⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas*, obra cit., p. 294. Por ejemplo, el plus de idiomas cuando se configura como complemento funcional que percibe el trabajador por el conocimiento necesario del idioma para que desempeñe las funciones del puesto de trabajo; p. 305.

¹⁰²⁸ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 141.

¹⁰²⁹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M.; ALFONSO MELLADO, Carlos L., *El salario*, obra cit., p. 3, este segundo grupo no es homogéneo, sino que agrupa a los anteriores complementos de puesto de trabajo (penosidad, peligrosidad y toxicidad, nocturnidad, etc...), los de cantidad o calidad (primas, incentivos, pluses de actividad, asistencia, horas extras, etc.), y posiblemente el de residencia, porque se pagan no tanto por una circunstancia personal del trabajador sino por la localización geográfica del trabajo, en SALA FRANCO, Tomás, “El salario a rendimiento”, en DE LA VILLA GIL, Enrique (Coord.), *Estudios del salario*, obra cit., p. 368, los de cantidad o calidad son de carácter variable, retribuyen el rendimiento o resultado obtenido (incentivos, pluses de productividad, primas de rendimiento, de producción o similares), salvo los complementos de actividad, asistencia o asiduidad, que retribuyen la mera presencia o las horas extraordinarias y, por lo tanto, un mayor tiempo de trabajo y no de rendimiento.

unidos a un sistema de retribución por rendimientos¹⁰³⁰. Esto significa que en el teletrabajo también hay que tener en cuenta las prolongaciones de la prestación, la penosidad del trabajo o el riesgo en su ejecución, la turnicidad, y, en general, la creación de los nuevos complementos del puesto de trabajo adaptados al ámbito funcional de la empresa, como por ejemplo, el complemento de penosidad, toxicidad o peligrosidad a los trabajadores que habitualmente realicen trabajos con pantallas de visualización de datos (art. 57 VIII CC del Personal Laboral de la Ciudad Autónoma de Melilla, BO Ciudad de Melilla 4 de agosto 2005, núm. 17-extraordinario).

Por último, el tercer grupo de complementos es el que se fija atendiendo a las circunstancias relativas a la situación y resultados de la empresa, y comprende las retribuciones recibidas en función de los beneficios alcanzados por la empresa y aquellas otras en concepto de incentivos, pagas, pluses o similares que estén «más o menos directamente» relacionados con los resultados o la situación de la empresa¹⁰³¹. Este tipo de complementos tienen como finalidad el fomento de una parte variable del salario, atendiendo a la productividad y a la dinámica de funcionamiento de la empresa¹⁰³². En este tercer grupo, la participación de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones económicas es decisiva para frenar la escasa relevancia de la cuantía o la exclusividad en teletrabajadores de alta cualificación¹⁰³³, y práctica o nula aplicación en las modalidades de teletrabajo a domicilio asociado a trabajos repetitivos y monótonos.

El segundo principio básico de los complementos salariales es el carácter dispositivo en su establecimiento por la autonomía privada. Esto quiere decir que el establecimiento obligatorio del salario sólo recae sobre el salario base. Por regla general, los acuerdos específicos en materia de teletrabajo no suelen realizar una mención especial a los complementos salariales, porque lo normal es que se remitan a lo acordado en el convenio colectivo¹⁰³⁴.

¹⁰³⁰ ALAMEDA CASTILLOS, M^a Teresa, "Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador", obra cit., p. 426.

¹⁰³¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, obra cit., p. 595. Por ejemplo, vid. el Acuerdo de participación en beneficios de la empresa Danone, S.A. (BOE 6 de febrero 2006, núm. 31).

¹⁰³² MERCADER UGUINA, Jesús R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, obra cit., p. 106, también del mismo autor "Retribución variable y cambios productivos", obra cit., pp. 87 a 109. Sobre la transcendencia del mismo, MONEREO PÉREZ, José Luis, *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, obra cit., p. 166.

¹⁰³³ ALFONSO MELLADO, Carlos I., "Salario y negociación colectiva", obra cit., p. 50. En relación a la participación retributiva, LUJÁN ALCARAZ, José, "La participación retributiva de los trabajadores en la empresa", en APARICIO TOVAR, Joaquín (coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 53 a 86; MERCADER UGUINA, Jesús R.; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, "Retribución variable y gestión del rendimiento", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), obra cit., pp. 400 a 412.

¹⁰³⁴ Art. 4 Accordo Commercio Sector (20/6/1997); art. 1 Accordo ENPAEL (Nacional Institute of Labour Consultants) de 15/01/1997; art. 1 Accordo Dun & Bradstreet Kosmos (8/06/1995) excepto la base de cálculo de la retribución de la productividad remitiéndose al salario base del convenio; art. 1 Accordo Digital Equipment (13/02/1996); Art. 9 Contratto Collettivo Decentrato sul Telelavoro (junio 1998) de ITEA (l'Istituto trentino di edilizia abitativa) que regula la introducción del teletrabajo y el incentivo de la productividad previsto en el convenio colectivo provincial; art. 4 Contratto Nazionale delle aziende di commercio e servizi (20/06/1997) remitiéndose al CCNL terciario 3/11/94. In extenso, BORTONE, Roberta; CIMAGLIA, M^a Cristina, "Aspetti legislativi e contrattuali del telelavoro" en GIANNINI, Mirella y otros, *Telelavoro tra immaginario e realtà. Buone pratiche e regolazione nelle imprese*, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2006, pp. 38 y ss.

Por último, el tercer principio relacionado con los anteriores se refiere a la liberalización de los criterios de cálculo de la cuantía de los salarios que, por lo tanto, supone la total libertad sin sometimiento a la ley¹⁰³⁵. Esto significa que, también en el teletrabajo, el establecimiento de los complementos y de los criterios para determinar su cuantía va a depender del consenso alcanzado en la negociación colectiva o, en su defecto, en el contrato de trabajo, dando lugar a una variedad de criterios existentes tanto en las grandes como las medianas empresas¹⁰³⁶.

3.2.4.1. *El complemento de idiomas y del conocimiento de las aplicaciones informáticas en el teletrabajo*

Por regla general, para la utilización de herramientas telemáticas es necesario el conocimiento de idiomas en la práctica del teletrabajo. El trabajador no sólo necesita tener conocimientos de uno o varios idiomas extranjeros para comunicarse con otras empresas, centros o clientes ubicados en destinos internacionales (teletrabajo internacional) sino los conocimientos para el manejo actualizado del software y del sistema operativo y, en general, de un lenguaje "informático" que le permitan utilizar las herramientas telemáticas actualizadas.

En este sentido, cabe plantearse si es necesaria la implantación en el teletrabajo del complemento de idiomas, considerado tradicionalmente como un plus personal que se regula en el convenio colectivo o, en su defecto, en el contrato de trabajo. Este plus de idiomas de carácter personal se ha llegado a mantener incluso en los casos en que el trabajador no practique el conocimiento del idioma¹⁰³⁷. En estos casos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado que el complemento que percibía el trabajador por el conocimiento de idiomas se mantendría cuando cambiara de puesto de trabajo, aunque no fuera necesaria la aplicación de dicho conocimiento, y el cambio no dependiera de la voluntad del trabajador o del derecho a la promoción¹⁰³⁸.

En la actualidad, este tipo de complemento sufre una importante transformación, puesto que la retribución deja de asociarse a la condición personal del trabajador para convertirse en una exigencia del puesto¹⁰³⁹. En el teletrabajo,

¹⁰³⁵ GARCÍA MURCIA, Joaquín, "Concepto y estructura del salario", obra cit., p. 627.

¹⁰³⁶ Así, por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones la variedad de complementos y criterios de cálculo, en GÁRATE CASTRO, F. Javier; CABEZA PEREIRO, Jaime, *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 83 y ss. En las grandes y medianas empresas, MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas*, obra cit., p. 282. También ALFONSO MELLADO, Carlos L., "Salarios y negociación colectiva", obra cit., p. 37.

¹⁰³⁷ GARCÍA NINET, José Ignacio, "Un análisis jurídico del salario a la luz de la doctrina de los tribunales. Algunos aspectos sustantivos", obra cit., p. 176.

¹⁰³⁸ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, obra cit., pp. 92 y 93; GARCÍA NINET, José Ignacio, *Un análisis del salario a la luz de la doctrina de los tribunales. Aspectos sustantivos*, obra cit., pp. 176 y 177; GARCÍA NINET, José Ignacio; GARCÍA VIÑA, Jordi, "El salario", en GARCÍA NINET, José Ignacio (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores. (De 1980 a 2005)*, obra cit., p. 102. Entre otras, STCT 16 de enero y 28 de abril de 1986 (RTCT 1986/194 y RTCT 1986/2827), STCT 5 de octubre 1987 (RTCT 1987/20634), STSJ Cataluña 31 de julio 1992 (AS 1992/4099), STS 22 de marzo 1991 (AS/2091), STSJ Comunidad valenciana 7 de julio 1998 (AS 1998/3262).

¹⁰³⁹ En este sentido, PEDRAJAS MORENO, Antonio, "A propósito del carácter funcional del complemento del puesto de trabajo", *AL*, núm. 4, 1987, pp. 185 a 193; MONEREO PÉREZ, José Luis, *La negociación colectiva en las medianas y*

este complemento puede dejar de tener esa condición personal para pasar a ser un complemento funcional ligado al puesto de trabajo, cuando la cualidad del trabajador, como el conocimiento de idiomas o el dominio de cualquier aplicación informática, sea imprescindible para el servicio, como es el caso del denominado “complemento de especial preparación” en la empresa Risk control, S.L.¹⁰⁴⁰.

En muchos casos, sobre todo en aquéllos en que el teletrabajo forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, el mencionado complemento desaparece cuando esa “cualidad personal” ligada al puesto se tiene en cuenta en el salario base, que creemos será en la mayoría de los casos¹⁰⁴¹. Por el contrario, cuando el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, entendemos que debe establecerse, al menos en las primeras fases de implantación del teletrabajo¹⁰⁴². En este supuesto, mediante este complemento incluido en el puesto de trabajo, el empresario compensaría el desempeño de las funciones del trabajador con una especial preparación, o por razón del dominio de idiomas y/o de cualquier aplicación informática¹⁰⁴³.

3.2.4.2. *El complemento de disponibilidad y de teletrabajo, horas extraordinarias, nocturnidad y festivos*

En el ámbito del teletrabajo, y entre los complementos que se establecen en función de las circunstancias relativas al trabajo realizado, es importante mencionar el de disponibilidad, por los problemas que puede plantear en materia de tiempo de trabajo. En efecto, el tiempo de disponibilidad se retribuye porque el trabajador se “obliga a adaptar su propio régimen de vida a fin de poder satisfacer el interés del acreedor de una prestación futura -o eventual-, a favor de otro sujeto que, en ocasiones, es su empresario e incluso podría aún no serlo”¹⁰⁴⁴. Se trata de un complemento asociado al principio de flexibilidad del tiempo de trabajo y a los nuevos sistemas de organización del trabajo que puede sustituir a otros más tradicionales como los de asistencia y puntualidad¹⁰⁴⁵. Consideramos que estos complementos de asistencia y puntualidad, que como regla general tienden a desaparecer en el teletrabajo se pueden mantener en aquellas empresas ligadas

grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural, obra cit., p. 299; CAMPS RUIZ, Luis, “Complementos salariales de carácter personal”, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Coord.), *Estudios del salario*, obra cit., p. 437. En contra, COLINA ROBLEDÓ, Antonio, *El salario*, CISS, SA, Valencia, 1995, p. 69, pese a los pronunciamientos discrepantes, mantiene la calificación del carácter personal.

¹⁰⁴⁰ El art. 47 CC de la empresa Risk control, S.L. (BOE 27 de septiembre 2005, núm. 231) incluye como complemento de puesto de trabajo un “complemento de especial preparación”, consistente en un abono mensual del 15% del salario, “siempre que esa cualidad del trabajador sea imprescindible para el servicio”, aplicable cuando el trabajador tenga un nivel alto del conocimiento de idiomas y dominio de cualquier aplicación informática.

¹⁰⁴¹ Por ejemplo, art. 30 del II CC de las empresas “SMASA, Sociedad mundial de asistencia, sociedad anónima” y “ELVIASEG, Sociedad anónima de seguros y reaseguros de riesgos diversos, sociedad unipersonal” (BOE 7 de marzo 2006, núm. 56); art. 15 del I CC del Personal Técnico de Mantenimiento de Swiftair, S.A. (BOE 21 de junio 2007, núm. 148).

¹⁰⁴² En parecidos términos SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 140.

¹⁰⁴³ Art. 47 f) del CC de la empresa Risk Control, S.L. (BOE 27 de septiembre 2005, núm. 231).

¹⁰⁴⁴ En LOY, Gianni, “El dominio ejercido sobre el trabajador”, en el especial monográfico *El poder de dirección del empresario: Nuevas perspectivas*, RL núm. 19-20, octubre 2005, p. 75.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 113.

a un telecentro, a la utilización del teletrabajo compartido con el domicilio del trabajador, y en el teletrabajo interactivo. Esto es así cuando la empresa que adopta el teletrabajo sigue manteniendo una estructura organizativa "tradicional", con la fijación de horarios más o menos rígidos, o unas tareas concretas en un determinado período de tiempo¹⁰⁴⁶.

No obstante, el problema que nos podemos encontrar es si estas horas de disponibilidad tienen la consideración de horas extraordinarias y, por lo tanto, si se retribuyen como tal en la cuantía que se fijen o si se compensan con descanso. Como hemos visto en el capítulo del tiempo de trabajo, se trata de horas que, sin tener la consideración de extraordinarias¹⁰⁴⁷, deben retribuirse o compensarse, aunque el convenio colectivo o el contrato de trabajo no las contemplen¹⁰⁴⁸. En efecto, la simple puesta a disposición del trabajador a la empresa para poder ser llamado en cualquier momento o sufrir una modificación de su jornada laboral, con independencia de que se produzca o no el cambio de horario o la modificación de jornada, debe ser objeto de compensación cuando concurre el requisito de la habitualidad de tal decisión por parte del empresario¹⁰⁴⁹. En relación a la posibilidad de retribuirla con descanso, es posible cuando se supere la realización de la prestación de servicios en el tiempo de localización que, salvo pacto en contrario, se compensa dentro de los cuatro meses siguientes a su realización¹⁰⁵⁰. El art. 26.1 ET considera salario las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, es decir, desde un punto de vista literal sólo se retribuye como descanso la prestación de servicios. Hay que tener en cuenta que este tipo de horas se remuneran de diversas formas en las empresas de teletrabajo. En unas se intercambian las horas de disponibilidad por horas sueltas en días determinados, sin llevar una contabilidad precisa de las mismas; en otras combinan la remuneración de las horas de disponibilidad con

¹⁰⁴⁶ Así, por ejemplo, el Acuerdo implantación teletrabajo (desarrollo cláusula 12.1 CC 2003/2007) Telefónica de España, S.A.U. (14/02/2006) donde el horario viene determinado por el horario general de su Unidad de pertenencia del trabajador. En los teleoperadores, la falta de asistencia y puntualidad se detrae con una cierta cantidad mensual a aquellos trabajadores que no disfrutan del mencionado plus, en BELZUNEGUI ERAZO, Ángel, *Teletrabajo: Estrategia de flexibilidad*, obra cit., p. 205.

¹⁰⁴⁷ Entre otras, SSTS 20 de septiembre 2001, 10 de mayo 2000 (RJ 2000/4611), 16 de julio 1999 (RJ 1999/5795), 15 de marzo 1999 (RJ 1999/2918), 15 de julio 1996 (RJ 1996/6157), 29 de noviembre 1994 (RJ 1994/9246), 21 de diciembre 1993 (RJ 1993/9978), 24 de junio 1992 (RJ 1992/4669), 18 de febrero 1991 (RJ 1991/846). Salvo que excedan de la jornada máxima real como consecuencia de la realización de guardias con presencia efectiva, STS 8 de octubre 2003 (RJ 2003/7821). Sobre el régimen de localización del personal sanitario, BALLESTER PASTOR, Inmaculada; RUANO ALBERTOS, Sara, "Horas extraordinarias", en GARCÍA NINET, José Ignacio (Dir.), en *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores (...)*, obra cit., pp. 359 a 362.

¹⁰⁴⁸ En contra, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 113, e igualmente en "Teletrabajo y teledisponibilidad", obra cit., p. 905.

¹⁰⁴⁹ Igualmente, en las horas extraordinarias que se acrediten durante una jornada uniforme superior a la ordinaria (que suponen una habitualidad de la jornada extraordinaria). En estos casos, los tribunales gravan al incumplidor (empresario) con las consecuencias de la ausencia de prueba del número concreto de horas, de los días en que se prestaron y de su naturaleza en el sentido de condenarle por las reclamadas, entre otras SSTS 15 de julio 1996 (RJ 1996/6157); 10 de abril 1990 (RJ 1990/3455); TSJ Madrid 16 de mayo 2005 (Recurso Suplicación 164/2005); TSJ Cataluña 24 de enero 2007 (AS 2007/2024).

¹⁰⁵⁰ Interpretación analógica del art. 35 ET. Así, por ejemplo, el art. 45.3º del I CC de la Empresa Auna Telecomunicaciones, S.A.U. (BOE 25 de mayo 2004, núm. 126) donde se establece que la ejecución de los trabajos de localización que superen tres horas y quince minutos, se abonan como horas extraordinarias o como descansos, a razón de una hora y cuarenta y cinco minutos.

el intercambio por horas que coinciden en días de “bajada de llamada”; o por último, se opta por la retribución económica de las horas de disponibilidad¹⁰⁵¹.

En la negociación colectiva del sector de las telecomunicaciones se observa que aunque, por regla general, el sistema de compensación por descanso es el que predomina (salvo que existan razones del servicio que lo impidan), no es menos cierto que también son frecuentes los convenios colectivos que se muestran partidarios de acordar la compensación económica por la realización de actividad laboral en el tiempo de disponibilidad¹⁰⁵². En general, la disponibilidad puede originar una ampliación de la jornada ordinaria o una modificación del horario de trabajo, que no tiene la consideración de trabajo efectivo porque la obligación de estar disponible fuera del puesto de trabajo no forma parte del objeto del contrato, sino de un pacto accesorio al del contrato de trabajo que debe limitarse a supuestos estrictamente necesarios y habrá de estar en todo caso compensado económicamente¹⁰⁵³. En concreto, se trata de una obligación instrumental a favor del empresario, que retribuye la ampliación de los poderes de dirección en materia de tiempo de trabajo no exentos de problemas, no sólo en el momento en que la legitimación no lleva aparejada la compensación económica, sino también cuando conlleva la extralimitación de los poderes empresariales¹⁰⁵⁴.

En realidad, con este complemento de disponibilidad se compensa una disponibilidad o situación de localización y no el trabajo realizado por encima de la jornada ordinaria. Es un complemento que no responde a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a una característica especial del puesto de trabajo concreto que le obliga a la disponibilidad habitual y a constantes alteraciones del horario de trabajo¹⁰⁵⁵. Por todo ello, se trata de un complemento

¹⁰⁵¹ BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, obra cit., pp. 206 a 208. En MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, M^a Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 139, normalmente no tienen repercusión en el sistema retributivo porque, en la mayoría de los casos, no implican la retribución de complemento salarial, siendo compensadas mediante período de descanso.

¹⁰⁵² En este sentido, GÁRATE CASTRO, F. Javier; CABEZA PEREIRO, Jaime, *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, obra cit., p. 104. Por ejemplo, art. 49 III CC de Retevisión I, S.A.U. (BOE 5 de junio 2008, núm. 136); art. 15 CC de Telefónica Servicios Audiovisuales, S.A.U. (BOE 3 de febrero 2007, núm. 30); Art. 48 del IV CC de la Empresa Móviles España, S.A. (BOE 30 de septiembre 2004, núm. 236, prorrogado BOE 31 de enero 2007, núm. 27); cláusula 7 CC 16 de octubre 2003, núm. 248, prorrogado BOE 15 de septiembre 2005, núm. 2005).

¹⁰⁵³ MONREAL BRINGSVAERD, Eric, “El cómputo del tiempo de trabajo”, REDT, núm. 128, 2005, p. 481; UGT- Andalucía; CCOO- Andalucía, *Guía de buenas prácticas en el teletrabajo*, Sevilla, 2004, p. 54.

¹⁰⁵⁴ THIBAUT ARANDA, Javier, “Teledisponibilidad y teletrabajo”, obra cit., p. 907. En los supuestos en que se puede invadir la privacidad del teletrabajador; en la misma obra colectiva GONZÁLEZ MOLINA, María Dolores; LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo; “El teletrabajo y la privacidad del trabajador”, obra cit., pp. 911 a 938. En relación a los poderes de dirección, MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, M^a Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, obra cit., p. 82; ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, *El poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Graphesus, Valladolid, p. 280. Excepto cuando se produzca una intervención sindical en la política retributiva, BOIX LLUCH, Isidor, “Poderes empresariales y contrapoderes sindicales en las industrial química y textil”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, obra cit., pp. 311 a 314.

¹⁰⁵⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 113; GARCÍA NINET, José Ignacio, GARCÍA VIÑA, Jordi, “El salario (Art. 26 ET)”, obra cit., p. 105; GARCÍA NINET, José Ignacio, “Un análisis jurídico laboral del salario a la luz de la doctrina de los tribunales. Aspectos sustantivos, obra cit., p. 179. Entre otras, SSTs de 17 de junio 2003 (RJ 2003/7691); 3 de diciembre 2002 (RJ 2002/1039); 19 de abril 2002 (RJ 2002/7527); 18 de junio 2002 (RJ 2002/9514); 26 de septiembre 2001 (RJ 2001/3529); 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9978).

salarial en función de circunstancias relativas al trabajo realizado, que favorecen directamente la flexibilidad del trabajo y refuerzan la subordinación consentida del trabajador como respuesta a un proceso de “desestandarización del tiempo de trabajo” y a las peculiaridades de ciertas actividades empresariales¹⁰⁵⁶, salvo que se produzca una intervención sindical en la política retributiva¹⁰⁵⁷.

En cuanto a la retribución del complemento, es indudable su carácter salarial, porque no cabe que el empresario alegue que la retribución que recibe el trabajador sea en concepto de compensación de gastos como, por ejemplo, en la utilización de dispositivos buscaperonas¹⁰⁵⁸. En este sentido, la circunstancia real a que responde el pago sería la prestación profesional de los servicios bajo una forma determinada de realización mediante los “buscaperonas”, “con lo que ello implica de permanente localización o disponibilidad, por lo que debe considerarse salario conforme al art. 26.1 y 3 del ET”¹⁰⁵⁹. Los convenios colectivos regulan una gran variedad de tipos y clases de complementos de disponibilidad y su retribución, con la finalidad de compensar la disponibilidad del trabajador o la flexibilidad en el tiempo de trabajo que, por regla general, se aplican voluntariamente por la empresa y con la aceptación libre del trabajador, salvo supuestos excepcionales obligatorios¹⁰⁶⁰. Así por ejemplo, destaca la regulación de complementos por localización, con presencia (que incluye la resolución de la incidencia por los medios proporcionados por la empresa con RDSI, ADSL, etc.), o telefónica (sólo mediante soporte telefónico), que afecta exclusivamente al personal relacionado con la gestión de servicios que requiere un mantenimiento u operación permanente. En estos supuestos, el complemento que se recibe está en función del tipo y período de localización (día laborable, festivo, fin de semana, semana completa, dos, tres semanas o un mes)¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ MERCADER UGUINA, Jesús R.; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, “Retribución variable y gestión del rendimiento”, obra cit., p. 367; MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: El proceso de adaptación al cambio estructural*, obra cit., pp. 305 y 306; ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa, “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador”, obra cit., p. 436.

¹⁰⁵⁷ BOIX LLUCH, Isidor, “Poderes empresariales y contrapoderes sindicales en las industrias química y textil”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, obra cit., pp. 311 a 314.

¹⁰⁵⁸ MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Dir.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, obra cit., p. 477.

¹⁰⁵⁹ STSJ Madrid 9 de marzo 2000 (AS 2000/2346). Entre otras, vid. SSTS 11 de julio 1990 (RJ 1990/6094), STSJ La Rioja 3 de febrero 2005 (AS 2005/83), STSJ País Vasco 15 de enero 2002 (AS 2002/2711), STSJ Galicia 28 de febrero 2003 (JUR 2003/149332). Sobre el complemento de disponibilidad como complemento de puesto de trabajo, GARCÍA NINET, José Ignacio; GARCÍA VIÑA, Jordi, “El salario (Art. 26 ET)”, obra cit., pp. 104 y 105.

¹⁰⁶⁰ Vid. una clasificación de este complemento en ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa, “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador”, obra cit., pp. 431 a 436, y también en MERCADER UGUINA Jesús R.; *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, obra cit., pp. 134 a 138. Sobre el carácter voluntario, ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa, “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador”, obra cit., pp. 432. Por ejemplo, art. 43 IV CC de la empresa Telefónica Móviles España, S.A. (BOE 30 de septiembre 2004, núm. 236); cláusula 21^a:6 del XVII CC interprovincial de Alcatel España, S.A. (BOE 10 de febrero 2006, núm. 35) sustituido por el art. 33 del XVIII CC de Alcatel-Lucent España, S.A. (BOE 17 de septiembre 2008, núm. 225); art. 45.3^o I CC de la empresa Auna Telecomunicaciones, S.A.U. (BOE 25 de mayo 2005, núm. 126).

¹⁰⁶¹ Cláusula XI del IV CC de la empresa Telefónica Data España, S.A. (BOE de 22 octubre 2004, núm. 255, prorrogado hasta 2007, BOE 10 de febrero 2006, núm. 35). Por ejemplo, el día laborable la localización con presencia es de 82 euros frente a los 41 euros si es telefónica. En parecidos términos I CC de la empresa Telefónica Internacional Wholesale Services, S.L. (BOE 22 de septiembre 2003, BOE núm. 227).

En aquellas empresas donde se ha acordado la implantación del teletrabajo se diferencia entre plus de localización y plus de actuación, distinguiéndose en este último la cuantía en función del Grupo/Subgrupo Laboral de pertenencia del empleado ya que, cuando se rebasa un número de horas, éstas tienen la consideración de extraordinarias¹⁰⁶². Sin embargo, el personal que preste sus servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente podrá ser requerido con carácter obligatorio, con el fin de estar disponible en los casos en que el servicio así lo requiera, recibiendo una compensación por cada módulo de ocho horas de disponibilidad y por cada actuación realizada hasta un máximo de tres horas¹⁰⁶³. En cuanto al abono de las cuantías, tanto de disponibilidad (atendiendo llamadas sin desplazamiento y de intervención) como de guardia (intervención directa), de compensación económica mínima semanal por disponibilidad de 80 horas, se abonan al mes siguiente de haberse realizado el trabajo, siempre que sea posible¹⁰⁶⁴.

En general, estas estipulaciones relativas al complemento de disponibilidad no aparecen recogidas en todos los convenios colectivos de empresas que contemplan la posibilidad de implantación del teletrabajo¹⁰⁶⁵. En nuestra opinión, en los casos en que no se pacte la disponibilidad, y cuando por necesidades organizativas y de operativa de negocio el trabajador tenga su centro de operaciones en su propio domicilio o en otro lugar, debería pactarse un complemento específico del puesto de trabajo (complemento de teletrabajo) para compensar con una cantidad fija mensual los inconvenientes que puedan ocasionarse al trabajador como pueden ser, entre otros, la disponibilidad implícita que lleva trabajar en el propio domicilio o en otro lugar, como el contemplado en el Convenio colectivo de BP OIL, España, S.A.U.¹⁰⁶⁶ No se trataría de un plus de disponibilidad, sino de un complemento de teletrabajo, probablemente de naturaleza híbrida, destinado a compensar los mayores gastos del régimen

¹⁰⁶² Cláusula 7 del CC de la empresa Telefónica de España, S.A.U. (BOE 16 de octubre 2003, núm. 248, Actual CC de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248). No obstante, en esta empresa el Acuerdo implantación teletrabajo (2006) estipula que "respecto a los devengos circunstanciales, se percibirán aplicando los que corresponden a su trabajo presencial y las circunstancias que generan el derecho a su percepción". En relación con la compatibilidad con las horas extras, entre otras, STS 21 de febrero 2004 (Rec. 2921/2004) las guardias médicas de presencia son tiempo de trabajo y como tal, las horas que excedan de la jornada máxima legal del art. 34 ET son extraordinarias y deben retribuirse como tales con el valor mínimo establecido en el art. 35.1 ET, de la hora ordinaria; SSTSJ Galicia 23 de mayo 2008 (Rec. 2916/2005), Madrid 23 de enero 2001 (JUR 2001/100470).

¹⁰⁶³ Art. 43 del IV CC de la empresa Telefónica Móviles España, S.A. (BOE 30 de septiembre 2004, núm. 236; prorrogado hasta el 31 de diciembre 2008, BOE 31 de enero 2007, núm. 27) en cuyo art. 67 se establece el compromiso de establecer una regulación del teletrabajo negociada con la representación social.

¹⁰⁶⁴ Cláusula XXIII del IV CC de TS Telefónica Sistemas, S.A.U. 2003, 2004 y 2005 (BOE 10 de octubre 2003, núm. 243). En algunos casos, se contempla una cuantía del complemento por cada 7 días o parte proporcional, si es inferior o superior el período de localización, y otra cuantía según las llamadas atendidas de las incidencias, exijan o no desplazamientos y sean diurnas, nocturnas o festivas; en parecidos términos III CC de Retevisión I, S.A.U. (BOE 5 de junio 2008, núm. 136). Por otro lado, la cantidad que corresponde al plus es diferente, según si la resolución de la incidencia exija o no desplazamiento, en éste último caso la intervención o gestión se efectúa en remoto, art. 45.3º del I CC de Auna Telecomunicaciones, S.A.U. (BOE 25 de mayo 2004, núm. 126).

¹⁰⁶⁵ Por ejemplo, CC del sector de oficinas y despachos de la provincia de Valencia (BOE 7 de octubre 2005, núm. 238-Suplemento 3); CC Ibermática, S.A., años 2003, 2004, 2005 y 2006 (BOE 25 de junio 2004, núm. 153).

¹⁰⁶⁶ Art. 50 del VI CC de la empresa "BP Oil España, S.A.U." (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190).

del teletrabajo, pero de carácter salarial sólo en relación con aquellas cantidades económicas que superen la compensación por los gastos del trabajo¹⁰⁶⁷.

Consideramos que cuando una empresa implante el teletrabajo sin que forme parte de la descripción inicial del puesto, y para que el trabajador siga manteniendo su función y productividad, sería conveniente realizar una valoración de los puestos de trabajo y, en concreto, del desempeño del mismo para asignarle el complemento de teletrabajo¹⁰⁶⁸. Los criterios para determinar y definir qué puestos de trabajo son los afectados por dicho complemento podrían atender a que las tareas las realiza el trabajador en distintas condiciones (lugar de trabajo) que las del resto de puestos de trabajo de igual denominación; a las características singulares del puesto de trabajo, permanente puesta al día de conocimientos, métodos, sistemas, etc.; a que el puesto requiera un grado de iniciativa y/o responsabilidad superior a un puesto de trabajo similar dentro del grupo profesional, siempre que no supusiera estar en un grupo profesional superior; y, por último, a otras circunstancias que comporten una concepción distinta del trabajo corriente¹⁰⁶⁹.

En nuestra opinión, se trata de un complemento de teletrabajo de carácter salarial que tiene en cuenta las circunstancias especiales del puesto de teletrabajo o los inconvenientes ocasionados por la realización de la prestación de servicios en el domicilio del trabajador o en otro lugar, siempre y cuando esta circunstancia no se haya tenido en cuenta en el salario base, como puede ocurrir cuando el teletrabajo forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, salvo excepciones¹⁰⁷⁰. No obstante, cuando el domicilio se convierte en lugar de trabajo, al trabajador se le está obligando a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, ya que el lugar de producción es el propio espacio donde el trabajador desarrolla su vida privada, ocasionando por tanto un coste adicional que no debe quedar sin retribución¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ En los pluses de naturaleza híbrida, la cantidad económica que supere la compensación por los gastos del trabajo, tiene carácter salarial, en este sentido MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales. (Estudio de régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, McGrawHill, Madrid, 1999, p. 81. A favor de abonos de salarios más elevados para compensar los mayores gastos en régimen de teletrabajo, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo "Teletrabajo", obra cit., p. 830.

¹⁰⁶⁸ En el art. 33 del CC de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Vallgorriña para los años 2002 y 2003 (D. O. Generalitat de Catalunya 26 de junio 2003, núm. 3912) se establece que el teletrabajo se puede implantar, entre otros motivos, siempre que se pueda mantener la función y productividad del trabajador.

¹⁰⁶⁹ Estos son los criterios contemplados para determinar qué puestos de trabajo son los afectados por el complemento de puesto de trabajo en el art. 33.3 del XV CC general de la industria química (BOE 29 de agosto 2007, núm. 207) cuyo art. 10. bis contempla la implantación del teletrabajo. En este convenio se prevé que la valoración de los puestos la realizará la empresa, y los Representantes de los Trabajadores emiten informe manifestando su conformidad o no y sus conclusiones. En caso de desacuerdo, y salvo que en la empresa estuviese establecido otro procedimiento, se aplicará la valoración de puestos de trabajo efectuada por la Dirección. No obstante, cabe utilizar el procedimiento de mediación y arbitraje previsto en el convenio.

¹⁰⁷⁰ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., pp. 142 y 143.

¹⁰⁷¹ Igualmente, FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto, "La imposición de la aplicación del teletrabajo. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005", *Revista de Información Laboral Jurisprudencia*, núm. 10, 2005, pp. LN-2 a LN-5; THIBAUT ARANDA, Javier, "Teletrabajo forzado a domicilio", *AL*, núm. 3, 2006, pp. 386 a 396. En STS 11 de abril 2005 (RJ 2005/4060), FJ 6, se afirma además que el trabajador tiene que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares y que esto puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador.

En relación a las horas extraordinarias en el teletrabajo, las dificultades para su remuneración son mayores cuando se han sustituido por horas ordinarias de disponibilidad o por “trabajo invisible”¹⁰⁷² y, en general, también en los supuestos de teletrabajo en que la gestión del tiempo de trabajo corresponde exclusivamente al propio trabajador. En estos casos, se remuneran las horas de actuación en el período de disponibilidad consideradas como tiempo efectivo, que si tienen, por ejemplo, una duración superior a 5 horas se retribuyen como extras (caso de Telefónica)¹⁰⁷³. En efecto, una de las características del teletrabajo es la libertad que tiene el teletrabajador para gestionar el tiempo de trabajo. Esto significa que los cambios horarios que tengan lugar a instancia del teletrabajador no darán lugar a compensación económica alguna, como se ha establecido en el Acuerdo de teletrabajo en Telefónica de España, S.A.U.¹⁰⁷⁴

No obstante, esto no quiere decir que el régimen de las horas extraordinarias sea incompatible con el teletrabajo sino que, por el contrario, la compatibilidad será posible cuando las horas de más realizadas fuera del horario normal de trabajo sean imputables al empresario, o su realización sea pactada en convenio colectivo o contrato individual¹⁰⁷⁵. En estos casos, el problema de la remuneración de las horas extraordinarias es de prueba y, por lo tanto, recaerá sobre el propio trabajador cuando sea éste el que gestione el tiempo de trabajo, por lo que entendemos que deben ser horas extraordinarias ocasionalmente impuestas por el empresario¹⁰⁷⁶.

En cuanto a los efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente (art. 35.5 ET), requisito que, de no cumplimentarse, ha llevado a los tribunales superiores a aceptar “pruebas que podrían resultar, a

¹⁰⁷² BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, obra cit., p. 207.

¹⁰⁷³ Cláusula 7.2 del CC de Telefónica España, S.A.U. (BOE 16 de octubre 2003, núm. 248, prorrogado hasta el 2007, BOE 17 de septiembre 2005, núm. 221; actual CC de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2008-2010, BOE 14 de octubre 2008, núm. 248).

¹⁰⁷⁴ En el Acuerdo implantación teletrabajo (desarrollo cláusula 12.1 CC 2003/2007) en Telefónica de España, S.A.U. (14/02/2006) se establece que “los cambios horarios que tengan lugar a instancia del teletrabajador no darán lugar a compensación económica alguna”. En parecidos términos, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 78.

¹⁰⁷⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 98. Sobre el tratamiento de las horas extraordinarias en la negociación colectiva, vid. MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, obra cit., pp. 304 y 305.

¹⁰⁷⁶ Entre otras, STS 21 de enero 1991 (RJ 1991/67) donde establece que corresponde al trabajador fijar con toda claridad las circunstancias, el número de esas horas y probar a su vez su realización día a día y hora a hora; también STS 8 de febrero 1989 (RJ 1989/702). En estos casos corresponde al trabajador encargarse de que el empleador cumpla con las obligaciones del art. 35. 5 ET, doctrina limitada a los supuestos en los que las horas extraordinarias fueran ocasionales, entre otras, STSJ Cataluña 24 de enero 2007 (AS 2007/2024), STSJ Comunidad Valenciana 13 de septiembre 2001 (AS 2002/647). En este sentido, la postura mayoritaria de los TSJ entiende que “la carga de probar las horas extraordinarias no es utilizable como un medio de defensa protector de la actitud meramente pasiva de la empresa, máxime si se ha incumplido la mencionada obligación legal, por lo que las horas extras han de ser deducidas de la duración de la jornada, inferidas a su vez de las horas de entrada y salida y de descanso intermedio para comer. La actividad probatoria de la empresa demandada respecto de que se trata es exigible, además de por aplicación del citado precepto, porque es quien mejor dispone de los datos y elementos de convicción conducentes a la concreta determinación de las jornadas efectuadas y de sus posibles excesos”; STSJ Valencia 13 de septiembre 2001 (AS 2002/677).

priori, de dudosa legalidad¹⁰⁷⁷ como, por ejemplo, unas hojas con anotaciones de los mismos trabajadores, al considerar el tribunal que correspondía a la empresa aportar documentación que desvirtuara la veracidad de tales pruebas¹⁰⁷⁸.

En cuanto al abono de las horas extraordinarias, se puede realizar mediante una compensación económica, que en ningún caso puede ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido (art. 35.1 ET)¹⁰⁷⁹. En el sector de las telecomunicaciones, la opción mayoritaria de los convenios de empresa consiste en compensarlas económicamente, aún cuando existe algún convenio que no las contempla, optando por la superación de la jornada mediante la disponibilidad¹⁰⁸⁰. Sin embargo, pese a la existencia de esta regulación, es muy probable que las horas extraordinarias reales superen a las registradas, sobre todo en aquellos casos de teletrabajo donde no existe ningún control del tiempo de trabajo sindical, pese a que cada vez son más los convenios, aunque insuficientes, que optan por la compensación en descansos¹⁰⁸¹. No deja de ser un inconveniente para el empleador la compensación por descanso de las horas extraordinarias, puesto que esta opción, en algunos casos, puede entorpecer el normal funcionamiento de la empresa, precisamente por las ausencias breves durante el período de descanso. Para solucionar este inconveniente, las empresas optan por establecer una retribución por objetivos y fórmulas análogas de retribución variable en función del cumplimiento periódico de los objetivos, bien para el conjunto de los trabajadores de la empresa, centro de trabajo o departamento, o para cada trabajador en particular¹⁰⁸².

En definitiva, nos encontramos con una tendencia hacia modelos postfordistas que buscan la flexibilidad en las nuevas formas de organización del trabajo que, como en el caso del teletrabajo, no son compatibles con unas condiciones de trabajo uniformes en materia de tiempo de trabajo (jornada y

¹⁰⁷⁷ BALLESTER PASTOR, Inmaculada; RUANO ALBERTOS, Sara, "Horas extraordinarias. Art. 35 ET", en GARCÍA NINET, José Ignacio, (Dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores (De 1980 a 2005). Homenaje al profesor (...)*, obra cit., p. 391; y las sentencias citadas de TSJ Cantabria 16 de noviembre 2004 (JUR 2004/312286), TSJ Cataluña de 2004 (JUR 2005/16619), TSJ Extremadura 18 de febrero 2004 (JUR 2004/83226), TSJ Galicia 30 de abril 2004 (JUR 2004/228231).

¹⁰⁷⁸ En SSTSJ Galicia 30 de abril 2004 (JUR 2004/228231), Extremadura 18 de febrero 2004 (JUR 2004/83226).

¹⁰⁷⁹ Los convenios colectivos no pueden pactar un valor de las horas extraordinarias inferior al establecido en la norma estatutaria, SSTS 27 de septiembre 2005 (RJ 2005/7406), 12 de enero 2005 (JUR 2005/ 49549) se trata de una norma legal imperativa de derecho necesario e indisponible; 28 de noviembre 2004 (RJ 2005/1059), 21 de diciembre 2004 (JUR 2005/54186), 22 de diciembre 2004 (JUR 2005/54182), que hace que resulte ineficaz la cláusula del convenio STSJ Cataluña 27 de mayo 2005 (AS 2005/1650), STSJ País Vasco 29 de mayo 2001 (AS 2001/1651). Vid SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Retribución garantizada de las horas extras. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2005", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, número 1/2005.

¹⁰⁸⁰ GÁRATE CASTRO, Javier; CABEZA PEREIRO, Jaime, *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, obra cit., p. 107.

¹⁰⁸¹ MERCADER UGUINA, Jesús R., *El contenido económico de la negociación colectiva*, obra cit., pp. 201 y 202.

¹⁰⁸² En este sentido, MERCADER UGUINA, Jesús R. (Direc.), *El contenido económico de la negociación colectiva*, obra cit., pp. 117 a 171. Sobre las distintas fórmulas de retribución variable y nuevas formas de gestión del rendimiento; MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, M^a Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible de trabajo*, obra cit., pp. 102 y 103.

horario) y de condiciones salariales (individualizadas y diversas) y que, por lo tanto, ocasionan la “desaparición” de las horas extraordinarias¹⁰⁸³.

En relación a los complementos de nocturnidad y festivos, también desaparecen o dejan de existir en aquellos casos en los que los trabajadores realicen voluntariamente la prestación de trabajo en ese período. Esto significa que cuando al trabajador se le contrata para realizar una actividad que es libre de gestionar mediante el teletrabajo y/o difícil de controlar por parte del empleador, será necesario que éste justifique la retribución específica por el desempeño de la actividad en el período nocturno o festivo y/o se haya establecido atendiendo a que sea nocturno por su propia naturaleza¹⁰⁸⁴.

En definitiva, todas estas insuficiencias se solventan si se pacta el que hemos denominado complemento de teletrabajo para cubrir los inconvenientes de realización del trabajo en el domicilio o en otro lugar. Este complemento tendría en cuenta las características del puesto de trabajo, o bien la existencia de otras circunstancias concurrentes extraordinarias (dureza, dificultad con respecto al resto de los trabajadores), siempre que no hayan sido tomadas en cuenta en el salario base¹⁰⁸⁵.

3.2.5. Los complementos extrasalariales del teletrabajo

Una vez vistos los complementos salariales en el teletrabajo, también debemos prestar atención a las cantidades que recibe el teletrabajador del empresario que no tienen la consideración de salario, porque son retribuidas en concepto de compensación de gastos o suplidos como consecuencia de la actividad laboral¹⁰⁸⁶. En el teletrabajo, entre las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de retribución también debemos distinguir las que tienen carácter salarial de aquellas otras que tienen carácter extrasalarial, a los efectos que se deriven en materia de seguridad social, fiscal y cálculo de indemnizaciones por extinciones del contrato¹⁰⁸⁷. En efecto, el art. 26.1 del ET contempla qué se entiende por salario,

¹⁰⁸³ MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, M^a Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible de trabajo*, obra cit., 202; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, obra cit., pp. 209 y 210. Vid. también en los casos de estudio en GIANNINI, Mirilla (Dir.), *Telelavoro tra immaginario e realtà. Buone pratiche e rogolazione nelle imprese*, obra cit., pp. 53 a 153. En DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida”, *RIT*, vol. 109, 1990, núm. 4, p. 480, se critica la falta de equivalencia de remuneraciones y prestaciones en la industria informática con respecto al abono de las pagas extras que no reciben los teletrabajadores.

¹⁰⁸⁴ En este sentido, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 142, incluido el supuesto contemplado en art. 36.3, 4 y 5 del ET (trabajo por turnos en los supuestos en que el trabajo forma parte de una actividad rutinaria secuencial).

¹⁰⁸⁵ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 142.

¹⁰⁸⁶ Estos gastos están relacionados con el modo de ejecución (por ejemplo, herramientas telemáticas), o con el lugar de trabajo (domicilio, telecentro, móvil), *in extenso* THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 117. En relación con las tecnologías que se precisan para la puesta en práctica del teletrabajo, ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 119 a 127.

¹⁰⁸⁷ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 117. En concreto, las especialidades

para a continuación en el apartado 2 establecer que no tienen la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos¹⁰⁸⁸. Esto quiere decir que nos encontramos entre dos conceptos que se complementan, si bien es cierto que, “la enumeración contenida en el apartado 2 se ha de considerar abierta”¹⁰⁸⁹.

En este sentido, no sólo cabe considerar como extrasalariales las percepciones económicas que se incluyan en algunos de los tipos mencionados en el art. 26.2 ET, sino también “aquellas ventajas, valiables económicamente” atribuidas por el empresario al trabajador, “en razón de una causa cierta” y ajena a la prestación de trabajo¹⁰⁹⁰. Estas percepciones, que no se encuentran incluidas entre las citadas en el art. 26.2 ET, van a ser objeto de mayores dificultades en cuanto a su naturaleza jurídica, porque en muchos de los casos se aplicará la presunción *iuris tantum* del carácter salarial de las percepciones económicas del trabajador¹⁰⁹¹. Por lo tanto, en este caso debemos prestar atención para que, al menos, se reconozca la naturaleza híbrida de la percepción cuando “exista una notoria desproporción entre asignaciones dinerarias que supuestamente constituyen en su integridad suplidos por gastos y los desembolsos efectuados realmente por el trabajador”, porque entendemos que en estos casos el exceso de lo pagado tendría la consideración de salario como, por ejemplo, el complemento de teletrabajo establecido en la empresa BP OIL, España, S.A.¹⁰⁹². Todo ello cuando la empresa no ofrezca los gastos asociados al teletrabajo en el caso de que no haya eliminado o excluido de la nómina o de los beneficios de los trabajadores participantes algunos conceptos o pluses, por no ser de aplicación en los programas de teletrabajo (por ejemplo, plus de transporte, ticket de restaurante, etc.)¹⁰⁹³.

como integrantes de la base de cotización conforme al Reglamento de Cotización; o como en relación con su consideración a los efectos del IRPF, in *extenso*, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, McGrawHill, Madrid, 1999.

¹⁰⁸⁸ Las indemnizaciones hacen referencia al gasto producido y los suplidos a un abono compensatorio a tanto alzado (útiles o prendas de trabajo, dietas y gastos de locomoción, quebranto de moneda, pluses de distancia y transporte, material informático o fungible aportado por el trabajador, llamadas telefónicas, etc.), en SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Perfil general del salario (un comentario al artículo 26 ET)”, AS, 2004-V, p. 341; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Concepto y estructura del salario. (En torno al artículo 26)”, obra cit., p. 621.

¹⁰⁸⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Perfil general del salario (un comentario al artículo 26 ET)”, AS, 2004-V, p. 341. En contra, la jurisprudencia ha considerado que se trata de una “lista cerrada” SSTS 26 de junio 1995 (JUR 1995/5227), 1 abril de 1996 (JUR 1996/2969), 3 de mayo 1996 (JUR 1996/4372); también MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, obra cit., p. 322.

¹⁰⁹⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales. (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, obra cit., p. 78.

¹⁰⁹¹ En este sentido, GARCÍA MURCIA, Joaquín “Concepto y estructura del salario. (En torno al artículo 26)”, obra cit., p. 620. El carácter extrasalarial no depende de la denominación que le den las partes, sino de que, efectivamente, obedezca a la razón de indemnización o suplido por los gastos, entre otras, STS 25 de mayo 1992 (RJ 1992/3598). Sobre la prueba de la existencia del carácter salarial, entre otras, SSTS 25 de octubre 1988 (RJ 1988/ 8152), 27 de febrero 1998 (RJ 1988/2543), 17 de abril 1998 (RJ 1998/ 3064), 24 de mayo 1999 (RJ 1999/5598).

¹⁰⁹² En este sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social)*, obra cit., p. 81. En relación con los casos dudosos del carácter extrasalarial, GÁRATE CASTRO, Javier; CABEZA PEREIRO, Jaime; *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, obra. cit., 116.

¹⁰⁹³ Estudio realizado en 16 grandes empresas que teletrabajan en Tecnologías de la Información y en Telecomunicaciones, véase SÁNCHEZ, Elena (dir.), *Prácticas de Trabajo Virtual y Teletrabajo en el sector TIC en España. Informe 2008*, Enter, Madrid, 2009, p. 10.

Estas diferencias son importantes en materia de teletrabajo, aunque nuestro estudio se va a centrar en las cantidades recibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad de teletrabajar. Al respecto, entre los supuestos principales de las indemnizaciones y suplidos cabe incluir los siguientes: útiles y herramientas de trabajo, gastos de locomoción y dietas de viajes, pluses de distancia y de transporte, gastos en medidas de protección de prevención de riesgos laborales y otras partidas extrasalariales, que vamos a tratar a continuación.

3.2.5.1. Útiles y herramientas de trabajo. El equipo de trabajo

En relación con la utilización por parte del teletrabajador de las herramientas informáticas (equipo y componentes informáticos), el tratamiento y efectos que produzca esa utilización serán diversos según la propiedad de los mismos pertenezca al trabajador o al empresario¹⁰⁹⁴. En el primer caso, la aplicación del art. 26.2 ET tiene lugar con respecto a los gastos provocados por la adquisición del material, mantenimiento, reparaciones, seguros y otras que deben ser ordenadas y precisadas en los acuerdos de teletrabajo o acuerdo individual, antes del inicio del teletrabajo¹⁰⁹⁵.

Consideramos que la regla general es que los gastos de la “instalación de teletrabajo”, mantenimiento y gestión de los sistemas de soporte que garantizan la asistencia al empleado y las conexiones telemáticas corran a cargo del empleador, que es el titular de las herramientas de trabajo como, por ejemplo, se ha establecido en la empresa SHS Polar¹⁰⁹⁶. En Italia, diversos acuerdos de teletrabajo contemplan aspectos como la obligación de restituir los instrumentos informáticos propiedad de la empresa al cese de la actividad, o la obligación del trabajador de conservar en buen estado esos instrumentos informáticos, salvo el normal deterioro del uso¹⁰⁹⁷. En el AMET se establece que “si el teletrabajo se ejecuta con carácter habitual, el empleador compensará o cubrirá los costes directamente causados por el trabajo, en particular los relativos a la comunicación”.

En caso contrario, las experiencias de teletrabajo han llevado a la empresa a comprometerse a facilitar los medios en un futuro para que el contrato de teletrabajo no suponga para el teletrabajador coste alguno¹⁰⁹⁸. Ahora bien, si el

¹⁰⁹⁴ Vid. Acuerdo Marco Europeo (2002). ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., pp. 828 y 829, distingue según las modalidades de teletrabajo (domicilio, telecentro, móvil).

¹⁰⁹⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, *RL*, núm. 1, 2003, p. 39; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, obra cit., p. 116. En MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, obra cit., p. 157, la empresa puede restituir lo reembolsado por el trabajador, fraccionando el pago mediante asignaciones dinerarias fijas y periódicas, incluyendo los intereses si se comprometió a ello.

¹⁰⁹⁶ El Acuerdo en materia de teletrabajo de la empresa SHS Polar Sistemas Informáticos, S.L. de 21 de marzo 2007, contempla que la empresa proporcionará al trabajador los medios necesarios (ordenador, software, línea ADSL, teléfono) para desarrollar su trabajo, salvo que el trabajador manifieste su deseo expreso de utilizar su propio equipo.

¹⁰⁹⁷ En el primer caso, art. 31 Accordo 2 de julio 2004, art. 20 Accordo 15 de junio 2004 (Sector industria), y en el segundo, art. 60 CCNL 14 de octubre 2002 (Sector terciario).

¹⁰⁹⁸ Acuerdo implantación teletrabajo en Telefónica de España, S.A.U. de 14 febrero 2006, cuyo actual CC para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248) se compromete a elaborar un procedimiento que permita la mejora de

teletrabajo se realiza en casa del trabajador los gastos son mayores con respecto al desempeño del teletrabajo en un telecentro o en régimen de movilidad, porque en este caso el teletrabajador tiene que destinar una parte de su vivienda para realizar la actividad laboral (por ejemplo, complemento de casa-oficina implantado en la empresa BP OIL, España, S.A.)¹⁰⁹⁹. A éstos hay que sumar los gastos ordinarios como consumo de energía eléctrica, limpieza, calefacción, mobiliario, teléfono, etc., que normalmente son asumidos por el empleador y acordados con el teletrabajador¹¹⁰⁰. Estas cantidades deben ser objeto de revisión cuando el teletrabajador justifique documentalmente que los gastos son superiores a los habituales, o bien pueden consistir en una cantidad a tanto alzado cuando la determinación de los gastos sea compleja como, por ejemplo, los gastos de calefacción¹¹⁰¹. Así, hay empresas que incluyen todo el equipo necesario, como la instalación de línea telefónica de trabajo, una indemnización para cubrir costes suplementarios como la habilitación de espacio en el domicilio y los costes energéticos extra, un seguro para cubrir los daños del equipo, o el mobiliario¹¹⁰². En otros casos, el mobiliario corre a cargo del trabajador, pero la empresa reconoce su uso abonando una cantidad mensual, o bien se prevé una cantidad alzada al inicio del teletrabajo para sufragar los gastos de energía eléctrica y otros similares cuando el puesto de trabajo se sitúa en el domicilio del trabajador¹¹⁰³.

Por último, los coste de reparación de las averías de los equipos, seguros y otros ocasionados en el transcurso del desarrollo del teletrabajo, tienen que ser soportados por la empresa, salvo que se deban a un uso negligente por parte del teletrabajador¹¹⁰⁴. En concreto, serán por cuenta del teletrabajador

los aspectos relativos a la dotación de medios y herramientas. Igualmente, Acuerdo Econsult Manager Consultant, en LEHMANN, Alfred, "Estudio del caso Econsult Manager Consultant", en www.telework-mirti.org.

¹⁰⁹⁹ Art. 51 del VI CC BP Oil, España, S.A. (BOE 6 de agosto 2010, núm. 190) donde el trabajador dispone de una cantidad alzada de una sola vez para gastos de acondicionamiento de la vivienda, cuando ello fuera necesario, y de otra cantidad para obras de acondicionamiento (art. 52 complemento de casa-oficina y art. 52 bis complemento de teletrabajo). Sobre la necesidad de abonar estos gastos, en THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 117; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en obra cit., p. 829.

¹¹⁰⁰ En España, Acuerdo de SHS, Polar Sistemas Informáticos, S.L.; excepto Acuerdo de teletrabajo Telefónica de España, S.A.U. que no asume los gastos de agua, luz, calefacción. En Italia, en el sector de industria art. 20 del Accordo 15 de junio 2004, art. 31 Accordo 2 de julio 2004, art. 36 ter. Accordo 4 de mayo 2004, art. 28 CCNL 17 de julio 2001. En el sector terciario, art. 206 Accordo 14 de abril 2004, art. 13 CCNL 2 de febrero 2004, art. 60 CCNL 14 de octubre 2002. En THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 119, estas cantidades son revisables cuando el teletrabajador justifique documentalmente que los gastos son superiores. Y pueden consistir en una cantidad a tanto alzado cuando la determinación de los gastos sea compleja, por ejemplo, gastos en calefacción, en MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", obra cit., p. 40. En este sentido, art. 51 del VI CC BP Oil, España; el Acuerdo Saritel 1994, incluyendo todo el equipo necesario, instalación línea telefónica de trabajo e indemnización para cubrir costes suplementarios del trabajo en casa como espacio, energía, etc.; incluyendo un seguro para cubrir los daños del equipo en Siemens-Nixdorf Information systems, Paderborn 1996; Acuerdo GAD, Münster 1982; IBM Alemania 1991. En otros casos, el mobiliario corre a cargo del trabajador pero la empresa reconoce el uso abonando una cantidad mensual, Acuerdo Integrata AG, Tübingen 1983-84. El Art. 2 Acuerdo ENPACL de 15 de junio 1997, preveía una cantidad alzada al inicio de la experimentación del teletrabajo para sufragar los gastos de energía eléctrica y otros similares cuando el puesto de trabajo se sitúa en el domicilio del trabajador.

¹¹⁰¹ En el primer caso, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 119 y, en el segundo, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", obra cit., p. 40. Así, por ejemplo, Acuerdo ENPAL de 15 de junio 1997

¹¹⁰² Vid. art. 51 CC BP Oil, España; Acuerdo Saritel 1994; Siemens-Nixdorf Information systems, Paderborn 1996; Acuerdo GAD, Münster 1982; IBM Alemania 1991.

¹¹⁰³ Acuerdo Integrata AG, Tübingen 1983-84; art. 2 Acuerdo ENPACL de 15 de junio 1997.

¹¹⁰⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit. p. 830; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 119.

los costes por pérdida o daño al equipo y los datos empleados cuando no cuide diligentemente el equipo proporcionado por el empresario y almacene o distribuya materiales ilegales a través de Internet. Y también cuando el equipo sea propiedad del trabajador y no se alcance acuerdo individual, según se deduce del Acuerdo Marco Europeo (2002), quedando por lo tanto el empresario liberado de responsabilidades¹¹⁰⁵.

En este caso, deducimos que la instalación y mantenimiento, así como los gastos del daño, avería o pérdida en el equipo de trabajo, son responsabilidad del trabajador, correspondiendo al empresario los gastos de comunicaciones (luz, teléfono, etc.) o los derivados de la pérdida de los datos o daños en las comunicaciones¹¹⁰⁶. En efecto, cuando el trabajador aporta las herramientas precisas para teletrabajar, esos gastos tienen que ser asumidos por la empresa, porque forman parte de los costes de producción que deben soportar las empresas, a las que corresponde compensar el deterioro que experimentan esos bienes y el quebranto del patrimonio del trabajador por razón del trabajo¹¹⁰⁷. Por ejemplo, si el hardware y el software son aportados por el trabajador, éste debe recibir un plus en compensación de las reposiciones que tenga que realizar en cierto tiempo, siempre y cuando el teletrabajo se preste con carácter habitual y ocupe una parte considerable de la jornada de trabajo¹¹⁰⁸. En este sentido, entendemos que el carácter habitual implica que la prestación sea desarrollada “bajo la modalidad de teletrabajo que inicialmente se haya pactado y que normalmente se adopta, no para otra”¹¹⁰⁹.

3.2.5.2. *Gastos de locomoción y dietas de viaje, pluses de distancia y de transporte*

El teletrabajador puede recibir la compensación de este tipo de gastos igual que un trabajador presencial, tanto si se trata de teletrabajo compartido en casa, en su domicilio, telecentro o móvil¹¹¹⁰. En realidad, se trata de unas percepciones económicas que el trabajador recibe del empleador para compensar los desplazamientos ocasionales efectuados a instancia del empleador fuera del lugar

¹¹⁰⁵ El Acuerdo Marco Europeo (2002) contempla que “como regla general, el empleador es responsable de proveer, instalar y mantener el equipo necesario para el teletrabajo habitual, salvo que el teletrabajador utilice su propio equipo”.

¹¹⁰⁶ SERRANO GARCÍA, M^a Juana, “Tratamiento del teletrabajo en Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 30.

¹¹⁰⁷ En este sentido, MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, obra cit., p. 156.

¹¹⁰⁸ SELLAS I BENVIGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 145; THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo”, *TL*, núm. 72, 2004, p. 56, por entender que el teletrabajo no debe ser fuente de disminución salarial puesto que se trata de “costes causados directamente por el trabajo”.

¹¹⁰⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 40. En cambio, para SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 29, es suficiente con que la actividad se desarrolle en un lugar diferente del tradicional.

¹¹¹⁰ SELLAS I BENVIGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 146; THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo. Análisis jurídico laboral*, obra cit., p. 120.

habitual de trabajo¹¹¹¹. Por ejemplo, desde el domicilio a la empresa u otro lugar (trabajo a domicilio) para asistir a reuniones, cuando objetivamente exista necesidad de incurrir en ellos y se acredite debidamente¹¹¹². En este caso, el teletrabajador recibirá los gastos de viaje originados con motivo del desempeño de su actividad para acudir desde el domicilio al centro de trabajo. Y los gastos de locomoción para compensarle los gastos de desplazamiento de un lugar a otro, con motivo del contrato de trabajo, para sufragar el costo de los medios utilizados, mediante vehículo propio o ajeno de acuerdo con lo estipulado en el convenio colectivo o contrato de trabajo. Incluso las dietas cuando el teletrabajador no pueda realizar las comidas principales y pernoctar en su domicilio o residencia habitual diariamente¹¹¹³.

En el teletrabajo también cabe el denominado plus de distancia o de transporte, que son cantidades “que se abonan al trabajador en compensación de los gastos, perjuicios y tiempo invertido en los desplazamientos que se ve precisado a realizar desde su residencia hasta el centro de trabajo”¹¹¹⁴. Estas cantidades son diferentes porque el plus de transporte compensa gastos ordinarios por el desplazamiento desde el domicilio del trabajador hasta el centro habitual de trabajo; y el plus de distancia compensa el tiempo empleado ordinariamente en desplazarse hasta el lugar de trabajo, especialmente alejado de la residencia habitual, que justifica la pérdida patrimonial por razón del trabajo y el tiempo en acceder al lugar de trabajo¹¹¹⁵. En general, estos pluses, característicos del teletrabajo móvil, se extienden también a otras modalidades de teletrabajo (domicilio/ telecentro) cuando surge la circunstancia que les da origen, como los desplazamientos desde el domicilio del trabajador al profesional (telecentro), o desde el domicilio al centro de trabajo para reuniones periódicas o ocasionales de la empresa¹¹¹⁶.

3.2.5.3. Gastos en medidas de protección de prevención de riesgos laborales

Los gastos derivados de las medidas de protección en materia preventiva son a cargo de la empresa (art. 14.5 LPRL)¹¹¹⁷, como por ejemplo los dispositivos

¹¹¹¹ Entre otras, SST5 10 de mayo 2004 (RJ 2004/4714), 10 de noviembre 1989 (RJ 1989/7939).

¹¹¹² MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social)*, obra cit., pp. 113 y 114; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 120. Por ejemplo, el contemplado en el Acuerdo Econsult Manager Consultant en los casos de teletrabajo compartido donde se cubren los gastos de transporte entre la vivienda y el puesto de trabajo en los casos de teletrabajo compartido.

¹¹¹³ En este sentido, IGLESIAS CABERO, Manuel, “El complemento extrasalarial de las indemnizaciones o suplidos”, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *Estudios del salario*, obra cit., pp. 595 y 605.

¹¹¹⁴ IGLESIAS CABERO, Manuel, “El complemento extrasalarial de las indemnizaciones o suplidos”, en AAVV, *Estudios del salario*, obra cit., p. 600.

¹¹¹⁵ En este sentido, MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social)*, obra cit., p. 97. Es un plus que no puede quedar vinculado a la categoría profesional como si fuera salario, en MUÑOZ RUIZ, Belén, “Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva”, obra cit., p. 475.

¹¹¹⁶ SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 146; ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 103.

¹¹¹⁷ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE 10 de noviembre 1995). En este sentido, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *Compendio de prevención de riesgos laborales*, Laborum, Murcia, 2004, p. 98.

correctores especiales para la protección de la vista adecuados al trabajo y, en general, cualquier otro relacionado con el puesto de trabajo o las características de la tarea¹¹¹⁸.

El empresario es el obligado principal en materia preventiva, y por lo tanto, no puede recaer ningún gasto relacionado con esta materia sobre los trabajadores, dado que las obligaciones del trabajador le sirven de complemento. No obstante, la percepción de un plus en materia de seguridad y salud desaparece cuando el empleador cumple con el establecimiento de las medidas preventivas¹¹¹⁹. En este sentido, el papel del trabajador se ciñe al cumplimiento de las medidas impuestas por el empresario y al cumplimiento de las obligaciones contempladas en el art. 29 LPRL y, en concreto, al cumplimiento de las condiciones referentes a los puestos de trabajo con pantallas de visualización incluidas en los acuerdos de teletrabajo. Esto significa que los costes derivados del cumplimiento de las recomendaciones en materia de prevención y salud laboral desembolsados por el teletrabajador (ejemplo, instalación de portacopias, asiento giratorio y graduable, instalación adecuada de los puestos de trabajo, etc.) tienen que ser reembolsados por el empresario¹¹²⁰.

3.2.5.4. *Otras partidas extrasalariales: los beneficios accesorios*

En el teletrabajo también es significativo el incremento de unas compensaciones indirectas que actúan como complemento a las necesidades satisfechas por el salario fijo y la retribución variable, con la finalidad de captar a directivos y lograr la permanencia del trabajador¹¹²¹. Estas compensaciones indirectas, denominadas beneficios accesorios, “son contraprestaciones o utilidades, dinerarias o en especie, por la prestación de servicios por cuenta ajena, de carácter indirecto, y al margen de la retribución estricta del trabajo realizado”¹¹²². Entre estos beneficios se encuentran las acciones, seguros, planes de jubilación, coches de empresa, masters, móviles, guarderías, etc., frecuentes en los sectores bien remunerados, y en concreto, en el industrial, en el de transportes y en el de servicios públicos¹¹²³. En el mismo caso se encuentran el sector de las telecomunicaciones y alta tecnología, que destaca por su creatividad al implantar servicios de tintorería, masajes,

¹¹¹⁸ Art. 4.3 RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (BOE 23 de abril 1997). Igualmente, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Problemas y propuestas de soluciones”, obra cit., p. 1061; SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 144, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 120.

¹¹¹⁹ En este sentido, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 66 a 72.

¹¹²⁰ Recomendaciones contempladas en el Acuerdo implantación teletrabajo en Telefónica España, S.A.U. (14/2/2006).

¹¹²¹ En relación con la finalidad de los mismos, MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva”, obra cit., p. 472.

¹¹²² MERCADER UGUINA, Jesús R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, obra cit., p. 145.

¹¹²³ MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir.), *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: El proceso de adaptación al cambio estructural*, obra cit., pp. 322 a 325.

gimnasio, flexibilidad de horarios etc.¹¹²⁴. En relación al concepto que hemos visto, no es posible configurar estos beneficios como complementos extrasalariales exclusivamente, ya que pueden dejar de actuar como parte accesorio a la contraprestación de trabajo y convertirse en parte integrante de la misma¹¹²⁵. No son pocos los convenios colectivos que no participan de la verdadera naturaleza de los beneficios, sobre todo cuando buscan la reducción de costes sustituyendo los salarios en especie por los “beneficios”¹¹²⁶.

Sin embargo, independientemente de la naturaleza problemática de estos beneficios, la realidad es que se trata de percepciones que se adicionan al salario y, en su conjunto, forman la retribución del teletrabajador, y por lo tanto pueden suponer el abono de unas percepciones económicas más elevadas como compensación a los mayores gastos ocasionados con la realización del trabajo en régimen de teletrabajo¹¹²⁷.

En este caso se nos puede plantear una nueva problemática relativa a la vulnerabilidad o no del principio de igualdad retributiva. El caso contrario se presentaría cuando el teletrabajador reciba menos salario en relación con los de los trabajadores presenciales, alegando el empresario la voluntariedad y ventajas del teletrabajo y la reducción del gasto corriente (transporte, ropas, comidas, etc.)¹¹²⁸. En definitiva, con el estudio de la aplicación del principio de igualdad retributiva en el teletrabajo se va a intentar dar respuestas a las “desigualdades” retributivas entre teletrabajadores y trabajadores presenciales.

3.2.6. El principio de igualdad retributiva en el teletrabajo

En materia de remuneración llaman la atención los estudios realizados en torno al impacto de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), porque se ha comprobado que no son unívocos y claros sobre la remuneración de los trabajadores. Sin embargo, con respecto a las cualificaciones, señalan que las TIC “pueden contribuir, aunque no predeterminar, la polarización de los ingresos en el trabajo”¹¹²⁹. Esta realidad, que se manifiesta en el teletrabajo desempeñado por

¹¹²⁴ MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva”, obra cit., p. 471; CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen, BARCELÓN COBEDO, Susana, ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa; MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “Estudio de la estructura salarial: salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales, en MERCADER UGUINA, Jesús R. (Dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva*”, obra cit., pp. 101 y 102.

¹¹²⁵ MERCADER UGUINA, Jesús R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, obra cit., p. 146.

¹¹²⁶ MERCADER UGUINA, Jesús R. (Direc.), *El contenido económico de la negociación colectiva*, obra cit., pp. 103 y 104.

¹¹²⁷ A favor de que los teletrabajadores reciban unas percepciones más elevadas como compensación a los mayores gastos en el teletrabajo, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 830.

¹¹²⁸ En este sentido, ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 106.

¹¹²⁹ En este sentido, ARAGÓN, Jorge; DURÁN, Alicia; ROCHA, Fernando; CRUCES, Jesús, *Las relaciones laborales y la innovación tecnológica en España*, obra cit., p. 71. Por ejemplo, arts. 11 a 17 del III CC de la compañía Cegelec, S.A. (BOE 8 de marzo 2006, núm. 57) contemplando un estatuto especial para el colectivo de directivos y cuadros (retribuciones, evaluación anual, funciones, régimen compensatorio de gastos, prolongación de la jornada, régimen supletorio del ET

trabajadores de élite con un alto nivel de cualificación y dotados de salarios elevados, puede llegar a provocar “un fuerte aislamiento del resto de los trabajadores de la empresa e, incluso en ocasiones, una cierta marginación social”¹¹³⁰. Esta misma situación la encontramos en el teletrabajo “rutinario”, es decir, el realizado por trabajadores que desempeñen tareas repetitivas, mecánicas o que, en general, requieren escasa cualificación. Por este motivo, con respecto al teletrabajo se establecen una serie de cautelas que tienden a proclamar y garantizar la igualdad de las condiciones de empleo entre trabajadores y teletrabajadores.”¹¹³¹.

Desde los inicios del teletrabajo se empezaron a justificar las diferencias salariales en el carácter voluntario del teletrabajo, considerado como un “premio” que obtenía el teletrabajador con ocasión de la reducción de gastos de transporte, ropa, comida, etc., calculados en torno al 10% del salario¹¹³². Esta idea quedó reflejada en algunos convenios o acuerdos colectivos de dudosa legalidad por discriminatoria que, contemplando el teletrabajo como forma de creación de empleo adicional en la empresa, establecían que las condiciones económicas no eran de aplicación a las existentes en ese momento en el convenio colectivo. Por ejemplo, así se recoge en el art. 17 del CC interprovincial 1997-98 de la Empresa “DHL Internacional España, S.A.”, cláusula que no se ha contemplado en los posteriores convenios colectivos¹¹³³.

En este sentido, la normativa comunitaria empieza a adoptar una serie de medidas proclamando en el Acuerdo de teletrabajo (2002) la igualdad de derechos de los teletrabajadores, pero la igualdad que se reconoce no es absoluta, sino sólo con respecto a los trabajadores comparables¹¹³⁴. Sin embargo, el Acuerdo plantea el problema de determinar qué se entiende por trabajador comparable, ya que no lo define. Este concepto no es desconocido porque se contempla tanto en la normativa comunitaria como la estatal, si bien es cierto que con algunas “desviaciones” con respecto al trabajo a tiempo parcial¹¹³⁵.

y demás normas legales), dado el nivel retributivo y de responsabilidad que ostentan, quedando excluido del sistema salarial y de otras condiciones de trabajo previstas en el mismo. Sobre la relación entre las retribuciones y la cualificación profesional, ALFONSO MELLADO, Carlos L., “Clasificación y retribución: los abanicos salariales”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, obra cit., pp. 424 a 440.

¹¹³⁰ MERCADER UGUINA, Jesús R.; *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Madrid, 2002, p. 206.

¹¹³¹ El AMET contempla con respecto a las condiciones de empleo que “los teletrabajadores se beneficiarán de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables, que los trabajadores comparables en los locales del empresario. Sin embargo, a fin de tener en cuenta las particularidades del teletrabajo, podrán ser necesarios acuerdos complementarios específicos de carácter individual y/o colectivo”.

¹¹³² ORTIZ CAHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, obra cit., p. 106; DI MARTINO; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y vida”, obra cit., pp. 480 y 481.

¹¹³³ Art. 17 del CC interprovincial 1997-1998 de la Empresa “DHL Internacional España, Sociedad Anónima”. Sin embargo, esta cláusula no se ha contemplado en los posteriores ni en el actual convenio. En Italia, art. 47 CCNL 26 de agosto 1996 (sector sport, spettacolo, telecomunicazioni). Art. 61 CCNL per i dipendenti delle aziende artigiane, piccole imprese, cooperative sottoscritto 1996 de Cnai, UNAVI, Ancl e Fenasalc, Cisal, Salc, reduciendo el salario en un 30% respecto al salario base, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, *Telelavoro e diritto*, Giappichelli editore, Torino, 1998, p. 296; CALVO GALLEGÓ, Javier, “Negociación colectiva y nuevas actividades y sectores emergentes”, en AAVV, *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*. XIV Jornadas de estudios sobre la negociación colectiva, MTAS, Madrid, 2002, p. 253.

¹¹³⁴ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, en obra cit., p. 32.

¹¹³⁵ OJEDA AVILÉS, Antonio, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, en OJEDA AVILÉS, Antonio (Coord.), *Modalidades*

La normativa comunitaria define al trabajador a tiempo completo comparable como “un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo similar (...)”, (cláusula 3, núm. 2 D. 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre). En efecto, el trabajador comparable sería “el trabajador de la empresa que tenga un mismo tipo de contrato, tarea o actividad laboral o relación laboral y un trabajo o empleo similar”¹¹³⁶. Por lo tanto, el problema queda resuelto cuando dentro de la empresa o del centro de trabajo exista un trabajador comparable pero, por el contrario, pervive cuando en la empresa o centro de trabajo no exista un trabajador comparable en los términos señalados, bien porque las relaciones laborales sean muy distintas o bien porque sólo existan teletrabajadores¹¹³⁷. En este caso, según la normativa comunitaria, la comparación se efectuará en relación con el convenio aplicable o, en caso de no existir ningún convenio aplicable, y de conformidad con la legislación, con los convenios colectivos o prácticas nacionales y, en todo caso, atendiendo a los criterios de igualdad y no discriminación (art. 14 CE y 17 ET)¹¹³⁸.

Por otro lado, dentro de la proclamación de este principio se contempla como excepción la posibilidad de establecer una serie de acuerdos complementarios específicos de carácter individual y/o colectivo “a fin de tener en cuenta las particularidades del teletrabajo” (Cláusula 4º del AMET). En realidad, estos acuerdos responden a una finalidad específica encaminada a regular los aspectos peculiares o particulares del teletrabajo, como pueden ser aquéllos relacionados con los útiles y herramientas de trabajo, gastos, responsabilidades, formación, percepción de determinadas partidas salariales relacionadas con el tiempo de disposición o de disponibilidad del trabajador u otras extrasalariales relacionadas con el lugar de prestación de servicios, etcétera¹¹³⁹.

Teniendo en cuenta este aspecto de la regulación, puede ser que en materia de retribución los teletrabajadores reciban unos ingresos más elevados, por ejemplo, en compensación del incremento de los gastos ocasionados por la realización del teletrabajo, y por la realización misma del teletrabajo¹¹⁴⁰. En este caso, estamos ante una excepción al principio general de igualdad de los teletrabajadores en relación

de contrato de trabajo, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 89 a 145. En concreto, las “desviaciones” de la trasposición española de la directiva, pp. 107 y 108.

¹¹³⁶ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, en obra cit., p. 33, sería el trabajador con “un mismo tipo de contrato -temporal o indefinido-, tarea o actividad laboral, grupo y categoría profesional, antigüedad y otros aspectos laborales similares”. En HERNANDO DE LARRAMENDI, Alvaro, “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo”, *RL*, núm. 21, 2003, p. 82, el que “desempeña las mismas funciones, o asume las mismas tareas o cometidos en los establecimientos de la empresa”; o bien, SERRANO GARCÍA, Juana Mª, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 26, aquél al que le corresponde igual retribución, complementos salariales y extrasalariales, vacaciones, permisos de trabajo retribuidos etc.

¹¹³⁷ En este sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 33. Es decir, es necesario que exista homogeneidad en los grupos comparados. Por este motivo, los tribunales no han apreciado violación del principio de igualdad en los casos de desigualdad retributiva cuando los grupos enfrentados no eran verdaderamente equiparables, entre otras, SSTSJ Madrid de 21 de junio 2005 (JUR 2005/186601) y 30 de mayo 2005 (AS 2005/1541).

¹¹³⁸ En OJEDA AVILÉS, Antonio, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, obra cit., p. 107.

¹¹³⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 33. Por ejemplo, en España vid. el Acuerdo implantación teletrabajo en Telefónica España, S.A.U. (27/12/05).

¹¹⁴⁰ A favor de este incremento, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 830.

a los trabajadores presenciales inherente a la condición de teletrabajador¹¹⁴¹. Esto significa que cuando se tienen en cuenta esas particularidades y especialidades del teletrabajo, encaminadas precisamente a conseguir un trato igual entre todos los trabajadores de la empresa¹¹⁴², los trabajadores presenciales no pueden alegar unas desigualdades salariales, porque en estos casos la desigualdad no entraña discriminación si cumple los requisitos de objetividad y proporcionalidad¹¹⁴³. Si atendemos a la STC 119/2002, relativa al principio de igualdad en la negociación colectiva, en nuestro Derecho la exigencia de igualdad retributiva no es absoluta porque, entre otros motivos, el ordenamiento jurídico legitima la diferencia que provenga, como es el caso de estos acuerdos específicos de teletrabajo, de la presencia de cualquiera de las causas motivadoras de los complementos salariales y de concreción cuantitativa, o de los extrasalariales. Estas causas justifican una remuneración diversa entre trabajadores, cuya existencia no constituye una vulneración del derecho a la igualdad¹¹⁴⁴, porque “la desigualdad de trato se produce entre trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho y no simplemente entre colectivos que, aun perteneciendo a la misma entidad, realizan funciones distintas o poseen diversa caracterización profesional, o se encuentran por alguna razón ante una diferente situación de partida en relación con ese concreto complemento salarial”¹¹⁴⁵.

En definitiva, la desigualdad de trato no vulnera el principio constitucional de igualdad, siempre que aparezca completada por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad¹¹⁴⁶. Todo esto quiere decir que la retribución

¹¹⁴¹ LÓPEZ PARADA, Rafael Antonio, “Las nuevas condiciones de trabajo y el lugar de prestación de servicios” en SERNA CALVO, M^a del Mar (Dir.), Derecho Social y Nuevas Tecnologías, *Cuaderno de Derecho Judicial*, núm. XV, CGPJ, Madrid, 2004, p. 124.

¹¹⁴² MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, obra cit., p. 33; SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002”, obra cit., p. 26.

¹¹⁴³ STC 119/2002, de 20 mayo (RTC 2002/119); 27/2004, de 4 marzo (RTC 2004/27); 161/2004, de 4 octubre (RTC 2004/161) y las anteriores, entre otras, SSTC 22/1981, de 2 julio (RTC 1981/22), 34/1981, de 10 noviembre (RTC 1981/34); 19/1982, de 5 mayo (RTC 1982/19); STS 24 de septiembre 2002 (AL 2002/1373), SSTS 7 de julio 2005 (AL 2005/ 13523); 24 de septiembre de 2002 (AL 2002/1373). Vid. DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Dir.), *Los principios del derecho del trabajo*, CEF, Madrid, 2003, pp. 282 a 284. En el ordenamiento italiano se critica la “igualdad de tratamiento” en relación con la interpretación de las reglas del teletrabajo en la Administración pública, por el tratamiento beneficioso a favor del teletrabajador en relación al trabajador interno, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 213.

¹¹⁴⁴ FJ 4. *In extenso*, GARCÍA PERROTE, Ignacio, “La aplicación práctica del principio de igualdad (algunos pronunciamientos relativamente recientes)”, en SALINAS MOLINA, Fernando; MOLINER TAMBORERO, Gonzalo (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de derecho judicial, núm. XXI, CGPJ, p. 104. En definitiva, “ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 del CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles” (FJ 6°).

¹¹⁴⁵ STC 27/2004, de 4 de marzo (RTC 2004/27) en relación al complemento de antigüedad y vinculación con doble escala salarial incorporada en el convenio de empresa. En relación con los pronunciamientos judiciales y la doble escala salarial, LUJÁN ALCARAZ, José, “Dobles escalas salariales”, AS, núm. 11, 2005, pp. 9 a 18.

¹¹⁴⁶ STC 27/2004, de 4 de marzo. En Italia, la relación entre la retribución y su proporcionalidad se aplica para el denominado “trabajo a proyecto”. La retribución de estos trabajadores debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo realizado teniendo en cuenta las retribuciones, que normalmente se pagan por prestaciones análogas de trabajo autónomo en el lugar de ejecución del contrato, en PERULLI, Adalberto, “El trabajo a proyecto entre problema y sistema”, DL, núm. 71, vol. II, 2004, p. 28 a 32.

del teletrabajador no puede alterarse por realizar esta modalidad de trabajo. Es decir, el salario base y complementos salariales no deben sufrir modificación alguna. Y con respecto a los devengos circunstanciales y complementos extrasalariales “se tienen que percibir aplicando las mismas condiciones que corresponden al trabajo presencial y las circunstancias que generan el derecho a su percepción”¹¹⁴⁷, salvo las excepciones justificativas vistas con anterioridad.

3.2.7. La retribución del teletrabajador a domicilio. Generalidades

En materia de retribución, el teletrabajo a domicilio presenta algunas peculiaridades dignas de mención, teniendo en cuenta que es una de las modalidades del teletrabajo más utilizada en las empresas, sobre todo por la reducción de costes. En efecto, las empresas que han implantado el teletrabajo han logrado una reducción de costes en un promedio de 10.000 euros por año y empleado, y de inmuebles en un 60%¹¹⁴⁸. En España, aproximadamente el 53% de las empresas ofrece facilidades a sus empleados para trabajar desde casa, y aunque la cifra es insuficiente, su estudio es importante por la incidencia económica que tiene en la persona del trabajador¹¹⁴⁹.

La legislación laboral no contempla una regulación *ad hoc*, pero esto no significa que no contemos con un ámbito de protección mínimo, aunque sea insuficiente, y con otro ámbito convencional específico. El Estatuto de los trabajadores (art. 13) y el Convenio de la OIT núm. 177 (1996)¹¹⁵⁰, con regulaciones generales, y los convenios y/o acuerdos de teletrabajo contribuyen a regular algunos de los aspectos retributivos del teletrabajo a domicilio¹¹⁵¹.

La regulación del salario en el trabajo a domicilio se dirige a garantizar la igualdad de trato entre trabajadores a domicilio y trabajadores internos. Sin

¹¹⁴⁷ Condiciones económicas reguladas en el Acuerdo implantación teletrabajo, Telefónica España, S.A.U. (14 febrero de 2006). En GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, “El teletrabajo en el ordenamiento italiano”, obra cit., p. 213, el teletrabajador “se debe colocar sobre una vía totalmente paralela con respecto a su compañero que queda en el lugar de trabajo inicial”.

¹¹⁴⁸ BENAVIDES, Félix, “El teletrabajo: una solución rentable para empresas de todos los tamaños”, en Jornadas “Trabajar y vivir en la Red”, organizadas por Telefónica I+D, Madrid, 5 de febrero 2004, p. 36, material multicopiado.

¹¹⁴⁹ En este sentido, La sociedad de la información en España 2004, p. 136 (en www.telefonica.net).

¹¹⁵⁰ Art. 4.1 contempla que “las políticas nacionales en materia de trabajo a domicilio deberán promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa” y el art. 4.2d) contempla que la igualdad de trato deberá fomentarse, en particular respecto de la remuneración.

¹¹⁵¹ Por ejemplo, en España Acuerdo implantación de teletrabajo en Telefónica España, S.A.U. (2006); o instaurado mediante proyectos con carácter individual, Plan Mobility en IBM España y Portugal, en éste último caso, en CERVANTES, Manuel, “¿Cuáles son los ahorros que se derivan del teletrabajo y cómo se miden las mejoras de productividad?”, Jornadas “Trabajar y vivir en la Red”, organizadas por Telefónica I+D, Madrid, 5 de febrero 2004, pp. 99 a 104; y en otros países, como IBM Austria, cuyo proyecto piloto se llevó en colaboración con el comité de empresa pero que no culminó en un acuerdo formal por discrepancias entre las partes, en KOLM, Paul, “Estudio del caso de IBM Austria”, en <http://www.telework-mirti.org>. En Italia, Acuerdos Saritel de 15 diciembre 1994, Italtel 17 enero 1995, Seat 31 de marzo 1995, Telecom Italia de 1 agosto 1995, Digital de 13 febrero 1996. En general, DI NICOLA, Patricio, “Contrattare il telelavoro”, Lavoro e diritto, núm. 3, 1997, pp. 509 a 512, y también los estudios de caso en GIANNINI, Mirella y otros, Telelavoro tra imaginario e realtà, obra cit., pp. 51 a 150.

embargo, esta garantía presenta problemas en su aplicación práctica, ya que en realidad la igualdad salarial del trabajador a domicilio del art. 13 del ET contemplada con respecto a un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector que se trate es insuficiente. En primer lugar, por la práctica desaparición de las categorías profesionales sustituidas prácticamente en la totalidad de los convenios colectivos por la de los grupos profesionales¹¹⁵². Y en segundo lugar, porque la comparación entre un teletrabajador a domicilio con un trabajador interno no es fácil de llevar a cabo con este parámetro. En efecto, el teletrabajo no sólo está transformando la figura del profesional, sino fundamentalmente los criterios de retribución de un trabajador, porque además de la adscripción a un determinado puesto de trabajo, se van a valorar la presencia de otros elementos, como por ejemplo los niveles de responsabilidades para la prestación de servicios, confianza, resultados y, en general, más que la gestión de funciones o de puestos de trabajo, la gestión del conocimiento¹¹⁵³.

En este sentido, destacan tanto los términos del Convenio de la OIT núm. 177 y los del Acuerdo marco europeo del teletrabajo. En relación con la promoción de la igualdad de la retribución entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, el Convenio de la OIT hace extensible el mandato a las políticas nacionales, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa. En el Acuerdo marco europeo del teletrabajo (2002) se contempla la igualdad con respecto a los trabajadores comparables en los locales del empresario. En el supuesto de que hayan desaparecido los puestos de trabajo presenciales en la empresa, el elemento de comparación será un tipo de trabajo idéntico o similar existente en la empresa, tal como vimos en el epígrafe anterior.

Teniendo en cuenta la garantía de la igualdad retributiva, y sin obviar las dificultades de su aplicación, otro aspecto relevante es la relación entre retribución y las características del teletrabajo a domicilio¹¹⁵⁴. No obstante, ya que la retribución no es un elemento esencial de los presupuestos caracterizadores de esta modalidad de trabajo como la realización del trabajo en el domicilio del trabajador o en otros locales que libremente escoja el trabajador, aquélla podrá ser

¹¹⁵² ALFONSO MELLADO, Carlos; CARDONA RUBERT, María Belén; FABREGAT MONFORT, Gemma, "La movilidad funcional, la polivalencia y las reglas sobre ascensos en la negociación colectiva sectorial de 2004", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, obra cit., p. 188.

¹¹⁵³ SÁEZ SOTO, Emilio, "Transformaciones en la figura del profesional a través del teletrabajo", en *Sociología del trabajo*, núm. 51, 2004, pp. 61 a 82; CERVANTES, Manuel, "¿Cuáles son los ahorros que se derivan del teletrabajo y cómo se miden las mejoras de productividad?", obra cit., p. 100. En ESTEBAN, José Ramón, "¿Cómo implantar con éxito el teletrabajo?", Jornadas sobre el teletrabajo "Trabajar y vivir en la Red", organizadas por Telefónica I+D, Madrid, 5 de febrero 2004, p. 89, material multicopiado; en p. 38 se recomienda, en algunos casos, implantar una fórmula de trabajo por objetivos combinado con un sistema de evaluación, como el de INTEL España. En relación a las reperusiones retributivas que genera implantar un nuevo sistema de clasificación profesional, MORILLO BALADO, Rosario D., "El sistema de clasificación profesional y salarios", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 447 y 448.

¹¹⁵⁴ En Italia, NOGLER, Luca, *Lavoro a domicilio*, Art. 2118; en SCHLESINGER, Piero (Dir.), *Il codice civile commentario*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 511 a 620; GOTTARDI, Donata, "Telelavoro", Estratto dal *Digesto*. Discipline Privatistiche-Sezione Commerciale. Aggiornamento, Utet, 2003, pp. 911 y 912; GAETA, Lorenzo, "Teletrabajo y Derecho: La experiencia italiana", *DL*, núm. 49, 1996, pp. 41 y 42.

fijada por unidad de tiempo o de obra (destajo)¹¹⁵⁵. Al respecto, tradicionalmente se ha señalado que la modalidad típica retributiva en el trabajo a domicilio es la de destajo, justificándose en que sirve de instrumento de control indirecto de la ejecución del trabajo sin fijación de horario o jornada determinada¹¹⁵⁶. De esta manera se evitaban no sólo las dificultades para controlar de otro modo el tiempo de trabajo, y por lo tanto los índices de rendimiento, sino también los posibles abusos empresariales¹¹⁵⁷.

En la actualidad, esto no es del todo correcto, puesto que las tecnologías permiten que desde el domicilio del trabajador existan modernos métodos de control de la actividad¹¹⁵⁸. Además, tenemos que distinguir si se trata de un teletrabajo a domicilio acordado entre trabajadores que realizaban esa prestación en la empresa, o si se trata de un teletrabajo que forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo. En realidad, la conversión de un trabajo realizado en la empresa a uno a domicilio no se produce en la práctica de una manera “brusca”, sino que suele hacerse de manera gradual, iniciándose con una prueba piloto que concluye en un acuerdo de implantación de forma más o menos generalizada¹¹⁵⁹, y de tipo voluntario¹¹⁶⁰. Esto quiere decir que si el trabajo realizado en la empresa se comparte con el domicilio del trabajador y/u otro elegido por él, el sistema de fijación de la retribución del teletrabajo no tiene que sufrir ningún cambio. El Acuerdo de implantación del teletrabajo en la empresa Telefónica de España, S.A.U. (14/02/2006), que opta por una modalidad compartida de trabajo en el domicilio del trabajador y en la oficina, establece que el salario base y los complementos personales no sufrirán modificación. Respecto a los complementos circunstanciales y extrasalariales, se percibirán aplicando las mismas condiciones que corresponden al trabajo presencial y circunstancias que generan el derecho a su percepción. En cuanto a la retribución variable mediante incentivos, se mantiene en sus términos conforme a lo específicamente establecido en cada uno de ellos, pero adaptándose a lo que en el futuro pudiera establecerse.

El empresario puede implantar con posterioridad modificaciones del sistema de retribución basándose en causas económicas, organizativas o de producción,

¹¹⁵⁵ En, NOGLER, Luca, “Lavoro a domicilio, Art. 2118”; en SCHLESINGER, Piero (Dir.), *Il codice civile commentario*, obra cit., p. 80. El art. 1 del Convenio OIT núm 177 considera trabajo a domicilio “el realizado en el domicilio del trabajador o en otros locales que escoja, distinto de los locales del empleador a cambio de una remuneración, (...)”.

¹¹⁵⁶ En este sentido, GALLARDO MOYA, Rosario, *El nuevo y el viejo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, obra cit., p. 86.

¹¹⁵⁷ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966, p. 51; 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. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo III, Edersa, 1985, p. 496.

¹¹⁵⁸ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ, F^{co} José; LUNA HUERTAS, Paula; INFANTE MORO, Alfonso; MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis, “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”; *RL*, núm. 12, 2003, pp. 95 a 115.

¹¹⁵⁹ SOLÁ I MONELLS, Xavier, “La introducción del teletrabajo en la empresa: régimen jurídico”, *DL*, núm. 72, 2004, pp. 93 a 102.

¹¹⁶⁰ La STS 11 de abril de 2005 (AS 2005/4060) establece la obligatoriedad del acuerdo con el trabajador para implantar el teletrabajo a domicilio. En relación a la voluntariedad en la implantación del teletrabajo a domicilio, FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto, “La imposición de la aplicación del teletrabajo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005”, *Revista de información laboral y jurisprudencia*, núm. 10, 2005, p. 6.

siempre y cuando esa medida contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación o perspectivas de la misma, a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (art. 41 ET)¹¹⁶¹, y no sea discriminatoria. En este caso, será necesario establecer rendimientos y carga de trabajo equivalentes a aquéllos de los trabajadores comparables en el local del empresario.

En cambio, si el teletrabajo forma parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, el sistema de remuneración podrá ser a destajo, según las partes lo acuerden, atendiendo al sistema de implantación contemplado en el convenio colectivo, que incluso puede regular la imposición unilateral por el empresario¹¹⁶². No obstante, puede ser que se establezca la retribución por unidad de obra, con la finalidad de disminuir el salario real del teletrabajador vinculado a un rendimiento. Esto significa que por lo menos el trabajador tiene que tener garantizada “una carga de trabajo media de manera constante”¹¹⁶³ o unos rendimientos y carga de trabajo equivalentes a aquéllos de los trabajadores comparables en el local del empresario¹¹⁶⁴, como viene contemplado en el AMET.

En otros casos, el establecimiento del destajo se vincula a la realización de tareas mecánicas y repetitivas realizadas con los instrumentos tecnológicos y telemáticos. Por ejemplo, las transcripciones de cintas magnetofónicas con el contenido de la traducción mecanografiada en el propio domicilio del trabajador, mediante el establecimiento del sistema de cobro por línea transcrita, cuyo cálculo de líneas se ajuste a un determinado tipo de letra y tamaño de la fuente establecido por el empleador¹¹⁶⁵. Sin embargo, tampoco es exclusivo de este tipo de tareas, porque aparece también en una serie de profesiones “liberales” relacionadas con las capacidades creativas o intelectuales del trabajador que trabaja desde su casa (por ejemplo, reporteros gráficos y corresponsales de prensa, maquetadores, dibujantes o, en general, prestación de servicios de información)¹¹⁶⁶.

En el teletrabajo a domicilio no debemos encuadrar la modalidad del destajo como tipo porque, independientemente de lo que las partes pacten, cabe la implantación del salario a tiempo, porque en muchos casos no será el sistema de remuneración adecuado cuando, por ejemplo, se adopte la modalidad interactiva

¹¹⁶¹ En este sentido, THIBAUT ARANDA, Javier, “Teletrabajo forzado a domicilio”, *AL*, núm. 3, 2006, p. 394.

¹¹⁶² Por ejemplo, Art. 40 CC nacional para la empresa de servicios “Gesgrup outsourcing”, sociedad limitada” y sus trabajadores (BOE 5 de mayo 2006, núm. 107).

¹¹⁶³ THIBAUT, Javier; BRIZ, José Luis; FANDOS, José Luis; ÁLVAREZ, Juan Manuel, “Cuarta mesa de trabajo: el teletrabajo”, en *Acciones e investigaciones sociales*, [Escuela Universitaria de Estudios Sociales, Universidad de Zaragoza], Diciembre, núm. 8, 1998, p. 220.

¹¹⁶⁴ En los términos del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (2002).

¹¹⁶⁵ Como el asunto contemplado en la STSJ Cataluña 21 de diciembre 2004 (AS 2005/55).

¹¹⁶⁶ Vid. respectivamente, STS 23 de marzo 2001 (AS 2001/114), SSTSJ Asturias 16 de mayo 2001 (AS 2001/335) y 14 de abril 2000 (AS 2000/1003), SSTSJ Madrid 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321). En TSJ Cataluña 11 de febrero 2000 (AS 2000/1243) el sistema de retribución a la pieza, en la que se abona una cantidad determinada por dibujo confeccionado, y en STS 22 de abril 1996 (RJ 1996/3334), la prestación de servicios de información.

en el domicilio o en otro lugar libremente elegido por el teletrabajador o, en general, cuando esté sujeto a un horario o jornada determinada¹¹⁶⁷.

En definitiva, en el teletrabajo a domicilio se admiten las dos modalidades salariales por unidad de tiempo y de obra. Sin embargo, cuando la retribución se contemple por unidad de obra, hay que establecer una serie de medidas y cautelas para evitar el posible exceso y abuso de este sistema de retribución. En estos casos, es necesario establecer unos mínimos garantizados, es decir, exigir unos objetivos mínimos teniendo en cuenta parámetros temporales mediante la fijación del rendimiento exigible en una unidad de tiempo concreta¹¹⁶⁸.

En relación a los complementos salariales (primas, incentivos, plus, etc.) o cantidades que reciba el teletrabajador a domicilio por la prestación del trabajo, no existe ninguna diferenciación digna de mención que no sea respetuosa con la equiparación con el trabajador interno. No obstante, atendiendo a las peculiaridades y a las características del puesto de trabajo en el teletrabajo a domicilio cabe apreciar la existencia de un complemento por utilización de domicilio a favor de aquellos empleados cuya actividad no requiera de una presencia continuada en los centros de trabajo, y por necesidades operativas del negocio deban utilizar su domicilio particular para realizar parte de su actividad, a través de los medios proporcionados por la empresa¹¹⁶⁹.

No obstante, las horas extraordinarias prácticamente no existen, porque vienen a ser sustituidas por las horas de disponibilidad (que suelen tener una retribución inferior a la hora ordinaria de trabajo). Sin embargo, esto no impide que el trabajador tenga derecho a la retribución de horas extraordinarias, en el caso de que exista una conexión interactiva o una jornada preestablecida y una remuneración a tiempo, siempre y cuando el empresario sea el responsable de la realización de esas horas y, por lo tanto, no dependa de la voluntad del trabajador¹¹⁷⁰, e igualmente en relación a los festivos y trabajos nocturnos¹¹⁷¹. Esto es así porque se suele establecer que el trabajador no puede utilizar el teletrabajo como instrumento para generar derecho a nuevas compensaciones económicas,

¹¹⁶⁷ Si partimos del concepto de trabajo a domicilio aportado por el Convenio de la OIT núm 177 sobre el trabajo a domicilio, porque si tenemos en cuenta la regulación estatal (art. 13 ET) este tipo de trabajo no tiene la consideración de contrato de trabajo a domicilio. En el sentido del art. 13 ET, SÁNCHEZ RODAS, Cristina, "Contrato de trabajo a domicilio", en OJEDA AVILÉS, Antonio, *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 187; MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Sobre una nueva manera de teletrabajar", obra cit., p. 54.

¹¹⁶⁸ Conferencia "Día temático del comité de altos responsables de la inspección de trabajo sobre teletrabajo", Segovia 9 de mayo 2002, material multicopiado.

¹¹⁶⁹ El art. 27 VII CC Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, Sociedad Anónima (BOE 1 de diciembre 2009, núm. 289) contempla una cantidad para este tipo de complemento de 70 euros al mes.

¹¹⁷⁰ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Tempo de traballo e novas tecnoloxías", en AAVV., *A ordenación do tempo de traballo*, CGRL, Santiago de Compostela, 2004, p. 273.

¹¹⁷¹ En relación con el trabajo a domicilio, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 324, si el cambio horario es a instancia del empleador, sí dará compensación económica a los efectos de horas extras, nocturnas, etc., porque con respecto a las horas nocturnas es perfectamente aplicable el régimen común. En este sentido, el art. 31 del Accordo 02/07/2004 (Sector industria) establece que a los teletrabajadores no se les aplica el régimen del trabajo extraordinario, festivos y nocturnos cuando la prestación no está predeterminada o fijada.

tanto si se trata de un salario a tiempo como a unidad de obra¹¹⁷². En este último caso puede establecerse un sistema de cálculo de la retribución en función de la productividad obtenida por el teletrabajador en un determinado período de tiempo, respetando el salario base garantizado en el convenio colectivo¹¹⁷³. Las gratificaciones extraordinarias se calculan mediante un porcentaje determinado o teniendo en cuenta el total de las cantidades recibidas en períodos comprendidos entre ciertos límites¹¹⁷⁴.

En cuanto a los complementos extrasalariales, la única peculiaridad que presentan es que el empleador debe compensar al trabajador por los gastos que ocasiona a éste realizar la prestación en el propio domicilio u otro lugar libremente elegido por él. Esta compensación se puede realizar mediante la inclusión de un plus de casa-oficina y/o complemento de teletrabajo¹¹⁷⁵. Sin embargo, cuando este complemento de carácter extrasalarial no sólo cubra gastos ordinarios (suministros energéticos, limpieza, etc.), sino que además cubra otros, como los derivados de la incomodidad que pudiera suponer tener la oficina en el domicilio del trabajador y cualquier otro de similar naturaleza, o en los casos en los que exista una notoria desproporción entre las asignaciones dinerarias percibidas en concepto de suplidos en relación con los desembolsos realmente realizados por el trabajador, la naturaleza de ese complemento no es extrasalarial sino híbrida, como por ejemplo el complemento de teletrabajo de la empresa “BP, Oil España, S.A.”¹¹⁷⁶. Esto puede producir dos efectos diferentes: por un lado, que el complemento deja de tener la consideración de extrasalarial y se imputa el carácter salarial porque no se encuentra incluido en los supuestos del art. 26.2 ET, sino entre los complementos del puesto de trabajo; y por otro lado, que se reconozca la naturaleza híbrida del complemento, considerándose por tanto que el exceso de lo pagado tiene carácter salarial, tal como apuntamos con anterioridad¹¹⁷⁷.

En relación con los instrumentos o herramientas de trabajo en el domicilio del trabajador, es clásica la distinción de si éstas son aportadas o no por el empresario.

¹¹⁷² En el Acuerdo implantación teletrabajo en Telefónica España, S.A.U. (14/2/2006) se contempla que los cambios fuera del horario habitual, y a instancia del teletrabajador, no generarán compensación económica alguna. En el año 1996 CCOO critica que, para cumplir los plazos estipulados, el trabajador puede verse en la obligación de terminar el trabajo a costa de horas extras que no sean remuneradas, aunque los superiores reconozcan la insuficiencia de la jornada laboral, en CCOO, *Teletrabajo de lo inevitable a la oportunidad*, FOREM, Madrid, 1996, pág. 54.

¹¹⁷³ Por ejemplo, como el establecido en el Acuerdo Dun & Bradstreet Kosmos de 8 de junio 1995.

¹¹⁷⁴ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 338.

¹¹⁷⁵ Art. 51 del VI CC de la empresa BP Oil España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190), estableciendo un complemento salarial fijo al mes en concepto de compensación, y una cantidad establecida para realizar todas aquellas obras de acondicionamiento en su vivienda que estime necesarias derivadas de la especialidad del teletrabajo.

¹¹⁷⁶ En efecto, se trata de un supuesto de teletrabajo a jornada completa en el domicilio del trabajador. Por un lado, el trabajador tiene derecho a un complemento salarial, actualizable cada año (420 euros mensuales en fecha de 1 de abril 2004), que compensa tanto los gastos ordinarios de calefacción, luz, limpieza, así como cualquier otro de similar naturaleza, aparte de la incomodidad que pudiera suponer tener la oficina en el domicilio. Y por otro lado, a una cantidad máxima de 1.803,04 euros para realizar obras de acondicionamiento en la vivienda para la prestación de servicios que implica el teletrabajo. En este caso, se trata de una cantidad extrasalarial que requiere aprobación inicial del responsable del negocio y justificación con posterioridad. Entiendo que estas cantidades superan “lo normal”, como por ejemplo los 25,82 euros mensuales (gastos ordinarios) previstos en art. 13 Contratto collettivo integrativo in materia di telelavoro. Università Di Pisa (18/04/2005).

¹¹⁷⁷ En este sentido, MATORRAS DÍAS-CANEJA, Ana, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, obra cit., p. 81.

En este último caso, a los efectos del pago de indemnización en concepto de desgaste, si es el empresario el que facilita las herramientas de trabajo, se debe establecer un tiempo mínimo de duración y los criterios en los casos de deterioro, extravío, etc., antes de plazo, obligando al trabajador a la reposición¹¹⁷⁸. En realidad, el trabajador es un depositario de los bienes propiedad de la empresa, lo que significa que entran en juego las prescripciones del Código Civil con respecto al comodato (arts. 1741 a 1752), y las laborales sobre los deberes de diligencia (art. 5 ET)¹¹⁷⁹. Ello es así porque las herramientas de trabajo y los accesorios utilizados por el trabajador para la prestación de trabajo, y puestos a disposición por el empresario o abonados aparte (hardware y software, e instalaciones en general) para llevar a cabo el teletrabajo, no tienen la consideración de salario en especie¹¹⁸⁰. En todo caso, hay que tener en cuenta que en el teletrabajo a domicilio el concepto de gasto por desgaste de útiles o herramientas adquiere una gran trascendencia, puesto que su contenido se amplía en otros conceptos como el de calefacción, servicio de limpieza, agua y otros más¹¹⁸¹.

Finalmente, cabe preguntarse cuál es el régimen de responsabilidad y, por lo tanto, qué repercusión tienen en el salario de los teletrabajadores las interrupciones de la actividad, teniendo en cuenta que se producen en el domicilio del trabajador. En concreto, cuándo es de aplicación el supuesto contemplado en el art. 30 del ET si el empresario no tiene un control directo e inmediato de las herramientas de trabajo, que en muchos casos son de su propiedad. En el caso del teletrabajo a domicilio, los supuestos de la imposibilidad de la prestación con derecho al salario constituyen un tema directamente relacionado con el reforzamiento de los deberes de diligencia del trabajador (art. 5 ET)¹¹⁸². Por regla general, los acuerdos colectivos de teletrabajo suelen contemplar que las interrupciones de la Red o pérdida de las herramientas telemáticas, debidas a un accidente o deterioro que no sea imputable al trabajador, sean asumidas por la empresa¹¹⁸³. En todo caso, hay que entender aplicable el derecho al salario en los casos de interrupción de la prestación en los términos contemplados en el art. 30 del ET¹¹⁸⁴.

¹¹⁷⁸ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 201.

¹¹⁷⁹ Entre otros, en Italia, art. 3 del CCNL 02/02/2005 (Sector Sport, Spettacolo, Telecomunicación) estableciendo que el empresario proveerá a los teletrabajadores de las herramientas telemáticas, en régimen de comodato, conforme contempla el ex art. 1803 Código Civil Italiano. Al finalizar o al cesar, el teletrabajador se compromete a restituir lo recibido en comodato en buen estado de conservación, salvo el normal deterioro por el uso, en art. 3 CCNL ITEA 12 de junio 1998, art. 14, 1 de septiembre 2002 CCNL (sector sport, spettacolo, telecomunicazioni), Accordo 15 de junio 2004 (sector industria). Sobre las obligaciones del trabajador, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 201; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 146.

¹¹⁸⁰ En este sentido, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El régimen jurídico del teletrabajo en España*, obra cit., p. 102; MARTÍN FLÓREZ, Lourdes, "Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo", *REDT*, núm. 71, 1995, p. 418.

¹¹⁸¹ GALA DURÁN, Carolina "Teletrabajo y sistema de seguridad social", *RL*, núm. 15/16, 2001, p. 130. En, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 340, como pueden ser pago de alquileres, locales, calefacción, o "cualquier otro servicio". El art. 56 del CC 2005-2007, Vodafone España, S.A. establece una compensación 150 euros al mes para cubrir los gastos propios derivados del desarrollo de esta actividad fuera de un centro de trabajo.

¹¹⁸² DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 347.

¹¹⁸³ Entre otros, art. 30.3 CCNL 8 de junio de 2000; art. 10 Accordo sul telelavoro IBM Italia, de 10 de julio 2003; art. 20 Accordo de 15 de junio de 2004 (Sector industria); art. 31 Accordo 2 de julio 2004 (sector industria).

¹¹⁸⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 827.

CAPÍTULO IV

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL TELETRABAJO

La prevención de riesgos laborales en el teletrabajo

4.1. Consideraciones generales sobre la aplicación de la normativa preventiva en el teletrabajo

La utilización de las nuevas tecnologías y, por lo tanto, del teletrabajo, 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 trabajo¹¹⁸⁵. En este epígrafe vamos a tratar los problemas relacionados con la aplicación de la normativa preventiva en materia de seguridad y salud en el teletrabajo, para defender la necesidad de una regulación específica en esta materia. Analizando el papel del teletrabajador en materia de seguridad laboral, y ya que éste tiene un mayor protagonismo en la organización del trabajo, creemos que debe compartir ese papel con el actual referente en materia de seguridad laboral: el empresario. En todo caso, los problemas que surgen en el teletrabajo respecto a esta materia pueden reducirse en el momento en se implante la cultura preventiva en esta forma de organización del trabajo.

En el teletrabajo la seguridad y salud de los trabajadores ocupan un lugar destacado en cuanto que están en juego la garantía de los derechos constitucionales reconocidos en esta materia a los trabajadores. Una muestra de esta relevancia constitucional es la abundante normativa preventiva existente a los efectos del estudio de su aplicación a esta forma de trabajo. En líneas generales, la normativa general contenida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) es de aplicación también al teletrabajo¹¹⁸⁶, siempre y cuando se tengan en cuenta las imposibilidades, en unos casos, o las dificultades en otros, para aplicar las medidas preventivas contempladas en dicha normativa general que van a necesitar de una adaptación o regulación a las peculiaridades del teletrabajo¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁵ PÉREZ PÉREZ, Manuel, "Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos", *RL* 1988/1, p. 248, "las nuevas tecnologías no modifican sólo el contenido y el tiempo de prestación de trabajo sino que condicionan sensiblemente las circunstancias (ambiente) en que aquél se desenvuelve: afectan de manera inmediata a las exigencias de *seguridad e higiene en el trabajo*".

¹¹⁸⁶ En Italia, ante la inexistencia de normas específicas, también se produce el reenvío a la normativa general, en este sentido, GAETA, Lorenzo; MANACORDA, Paola; RIZZO, Renato, *Telelavoro. L'ufficio a distanza*, Ediesse, Roma, 1995, p. 36.

¹¹⁸⁷ Igualmente, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Problemas y propuestas de soluciones", en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, pp. 1.047 y 1.048.

En efecto, aparte de consagrar el carácter universal de las medidas preventivas, la LPRL contempla su aplicación en el ámbito de las relaciones laborales (art. 3)¹¹⁸⁸. Así, la LPRL se va aplicar a todo teletrabajo que se desempeñe en el ámbito de un contrato de trabajo, pero con la problemática de que esa normativa se extiende a todo tipo de prestación realizada en un lugar de trabajo que no tiene la consideración del centro de trabajo tradicional, salvo los supuestos de telecentro, y donde el empresario no va a contar, por regla general, con un poder de disposición directo e inmediato sobre el trabajador¹¹⁸⁹.

Aunque la LPRL es de aplicación a todo tipo de relación laboral por expreso mandato, debemos tener en cuenta que la normativa preventiva abarca a los trabajadores que prestan servicios en lugares de trabajo de los que el empresario, por regla general, es titular o bien puede desempeñar la vigilancia y control de las medidas preventivas para su cumplimiento por el trabajador¹¹⁹⁰. Y esta realidad no está presente ni en el teletrabajo subordinado ni en el teletrabajo a domicilio, al que también es de aplicación la LPRL, en tanto que el legislador no lo excluye expresamente, como es el caso de los empleados al servicio del hogar familiar y del personal militar¹¹⁹¹.

En este sentido, comprobamos que la LPRL no incluye a todos los trabajadores subordinados sujetos a un determinado vínculo jurídico como, por ejemplo, el personal al servicio del hogar familiar¹¹⁹². No obstante, entendemos que no hay razón suficiente que justifique la inclusión plena de los trabajadores subordinados que no presten la actividad en lugares de trabajo donde el empresario pueda controlar y vigilar el cumplimiento de las medidas preventivas, como los trabajadores a domicilio, por razones obvias que impiden el cumplimiento pleno de la obligación general de seguridad (art. 14 LPRL)¹¹⁹³, así como tampoco la

¹¹⁸⁸ En contra del carácter universal, PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, "Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos", *RMTAS*, núm. 53, p. 59, porque estamos ante una ley que excluye a unos y no incluye a otros colectivos.

¹¹⁸⁹ En contra, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 117, aunque sí pueden ser de aplicación -pero con problemas- las "no condicionadas por esa localización", como pueden ser las normas sobre pantallas de visualización y demás medios informáticos.

¹¹⁹⁰ Por ser titular de la empresa y por tener atribuidos los poderes de organización y de dirección de la actividad productiva, al empresario le corresponde garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, incluyendo a terceros, en este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; APARICIO TOVAR, Joaquín, *Comentarios a La Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 51.

¹¹⁹¹ La exclusión del personal militar se infiere al incluir sólo al personal civil, en SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; GARCÍA BLASCO, Juan; GONZÁLEZ LABRADA, Manuel; CARDENAL CARRO, Miguel, *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 73.

¹¹⁹² En relación a la exclusión del personal al servicio del hogar familiar en régimen de dependencia y ajenidad, QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 63 a 65; MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBA, Sonia, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", *AS*, 2004-V, p. 979; PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, "Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos", obra cit., p. 60.

¹¹⁹³ El fundamento del deber empresarial no sólo se encuentra en el contrato de trabajo sino también en el de la titularidad del centro de trabajo, en este sentido VALVERDE ASENCIO, Antonio, "La responsabilidad del empresario en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En particular sobre la consideración del mismo como sujeto responsable", en OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José (coord.), *La prevención de*

exclusión absoluta del personal al servicio del hogar familiar, porque entendemos que el fundamento de la exclusión es análogo al de los trabajadores a domicilio¹¹⁹⁴, si bien es cierto que, por regla general, en aquéllos existe una ausencia de riesgos específicos que requieran de equipos o instrumentos de protección¹¹⁹⁵, salvo los relacionados con el uso de sustancias como amoníaco, abrasivos, escaleras, y otros riesgos específicos¹¹⁹⁶.

En relación a los trabajadores a domicilio, y más concretamente en la variante de teletrabajo a domicilio sin conexión interactiva, el art. 13 ET se remite a unas medidas de seguridad necesarias que se determinarán en un futuro. Sin embargo, esa determinación normativa en materia de seguridad y salud laboral que atienda a las peculiaridades del lugar de la prestación no se ha producido por el momento. Al respecto, la única referencia que podemos encontrar y que se remite a la aplicación de la legislación nacional, es la realizada por la normativa internacional sobre el trabajo a domicilio (Convenio de la OIT núm. 177) señalando la necesidad de tener en cuenta las características propias del trabajo a domicilio¹¹⁹⁷. Aunque esta remisión a la legislación general, y por tanto a la LPRL, sirva para determinar un marco de regulación de la seguridad y salud en el trabajo a domicilio, no es suficiente puesto que, tal como la doctrina ha criticado, “no va a tener como resultado la protección eficaz” de los trabajadores a domicilio¹¹⁹⁸.

En definitiva, aunque tanto al caso del teletrabajo subordinado como al supuesto de teletrabajo a domicilio le es de aplicación la normativa preventiva general (LPRL), los problemas son comunes desde el momento en que el empresario no puede ni controlar ni vigilar el lugar de trabajo¹¹⁹⁹, salvo que instale con dicha finalidad dispositivos en el ordenador del trabajador, cámaras, etc. y no supongan violación de los derechos fundamentales del trabajador (intimidad,

riesgos laborales. Aspectos claves de la ley 31/1995, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 148; IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 120.

¹¹⁹⁴ GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores, “Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: el servicio del hogar familiar”, en AAVV, *La ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1997, pp. 161 y ss.; también en GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores; GARCÍA VALVERDE, Francisco, “La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El «juego» de la normativa civil y penal”, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, 2005, p. 74, manteniendo que no cabe que el contenido de la prevención quede exclusivamente en la ordenación de las obligaciones y responsabilidades de los sujetos laborales. El fundamento de la exclusión se atribuye a la prevalencia del derecho a la intimidad, concretado en el respeto a la inviolabilidad del hogar familiar (art. 18.2 y 3 CE), en SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; GARCÍA BLASCO, Juan; GONZÁLEZ LABRADA, Manuel; CARDENAL CARRO, Miguel, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 71.

¹¹⁹⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo; PIZÁ GRANADOS, Jaime, *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 76. También MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBA, Sonia, “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, AS, 2004-V, p. 981.

¹¹⁹⁶ AYALA DEL PINO, Cristina “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar”, *Saber.es. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, volumen 5, 2007, pp. 14 y 15.

¹¹⁹⁷ Recomendación de la Comisión sobre el trabajo a domicilio, de 20 de junio 1996 y la Ratificación del C. OIT sobre el trabajo a domicilio, de 20 de junio de 1996 (DO L 10 de junio 1998, núm. 165).

¹¹⁹⁸ IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *La obligación general de seguridad*, obra cit., p. 135.

¹¹⁹⁹ En este sentido, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Problemas y propuestas de soluciones”, en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 1.052. En relación con la inviolabilidad del domicilio, NOGLER, Luca, “Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro”, *Revista quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 21, 1998, p. 125.

libertad informática, etc.). Al respecto, la regulación en los diversos acuerdos de teletrabajo tiende, por regla general, a declarar que la normativa general en materia de seguridad y salud en el trabajo afecta a los teletrabajadores¹²⁰⁰ concretando, en algunos casos, aquellos aspectos más problemáticos que dificulten la aplicación de esa normativa general¹²⁰¹. En este sentido, coincidimos con la doctrina en la falta de una regulación específica en materia de prevención de riesgos que sea aplicable a los trabajadores que prestan servicios en domicilios privados y que, por lo tanto, atienda a los problemas derivados del ejercicio de la actividad profesional en el domicilio del trabajador¹²⁰².

Por otro lado, en relación a la seguridad laboral hay que resaltar el impacto del teletrabajo sobre esta materia teniendo en cuenta que nos encontramos ante una nueva forma de organización del trabajo lejos del modelo fordista donde cabía identificar al empresario como el único sujeto-productor de la seguridad de la empresa. Los cambios producidos en la tecnología y en la organización del trabajo provocan que se abra la posibilidad de que el empresario no sea el único referente de la seguridad en el trabajo. En efecto, es posible que ese papel sea compartido cuando el trabajador, en algunos casos de teletrabajo, tiene un mayor protagonismo en la organización del trabajo (por ejemplo, su autogestión de la organización y tiempo de trabajo) y se le dota de mayor autonomía en la ejecución, ocasionando bien un incremento o una disminución de los riesgos laborales. Esto puede suponer, lógicamente, que el empresario sea bastante reticente a asumir las obligaciones y la responsabilidad del cumplimiento de la normativa de seguridad cuando el trabajador no preste servicios en el centro de trabajo y tenga, por lo tanto, mayor protagonismo en la organización y responsabilidad del trabajo¹²⁰³.

En estos casos, podría plantearse la necesidad de que el trabajador asumiera un rol o un papel más relevante en materia de seguridad laboral, ya que evitar la producción de ciertos riesgos puede estar más a su alcance que del empleador¹²⁰⁴, a quien corresponde la responsabilidad en esta materia por el hecho

¹²⁰⁰ Al respecto, GAETA, Lorenzo; MANACORDA, Paola; RIZZO, Renato, *Telelavoro. L'ufficio a distanza*, Ediesse, Roma, 1995, p. 35.

¹²⁰¹ Por ejemplo, los acuerdos en Italia en el Sector industria, art. 17.I CCNL 1 de junio 2005, art. 31 Accordo 2 de julio 2004, art. 20 Accordo 15 de junio 2004, Accordo 8 de junio 2004, Accordo 27 de mayo 2004, Accordo 24 de mayo 2004, art. 31.5 Accordo 21 de mayo 2004, art. 37.7 bis Accordo 18 de mayo 2004, art. 20.7 Accordo 24 de abril 2004, art. 10 CCNL 23 de enero 2003, art. 59 ter CCNL 29 de noviembre 2002. En el Sector sport, spettacolo, telecomunicazione, art. 27 CCNL 28 de junio 2000, Accordo 11 de junio 2003.

¹²⁰² En iguales términos pero con referencia también a los trabajadores al servicio del hogar familiar, MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBA, Sonia, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", *AS*, 2004-V, p. 981. La doctrina italiana plantea la necesidad de una reglamentación específica en BORTONE, Roberta; CIMAGLIA, M^a Cristina, "Aspetti legislativi e contrattuali del telelavoro", en GIANNINI, Mirella (dir.), *Telelavoro tra immaginario e realtà. Buone pratiche e regolazione nelle imprese*, Fondazione G. Brodolini, Roma, 2006, p. 39.

¹²⁰³ CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Ambiente de trabajo y nuevas técnicas normativas", *RL*, núm. 10, 2006, pp. 19 y 20. Así, por ejemplo, tuvimos ocasión de señalar en el capítulo sobre el tiempo de trabajo que si el teletrabajador decide voluntariamente realizar la prestación en período nocturno, o en otros libremente elegidos en cumplimiento del principio a la libertad de gestión de su tiempo de trabajo, esos períodos no se computarían como tales.

¹²⁰⁴ Por ejemplo, en Italia los acuerdos de teletrabajo suelen contemplar que cada teletrabajador será responsable no sólo de su propia seguridad y salud, sino también de las de aquellas otras personas que convivan con él. En este sentido, PACIFI, Giorgio; NASTASI, Teresa, *IL manuale del telelavoro per la piccola e media impresa*, Franco Angeli, Roma, 1999, p. 53.

de ser titular de la organización productiva¹²⁰⁵. Al respecto, habría que adoptar esta solución con suma cautela, ya que no se trataría de delegar responsabilidades del empresario en el trabajador, sino de “compartirlas” buscando la efectividad en la prevención de riesgos laborales y el cumplimiento, en todo caso, de las obligaciones empresariales (por ejemplo información, formación, vigilancia de la salud) atendiendo a las especiales circunstancias del cumplimiento de la obligación empresarial de vigilancia en el ámbito del teletrabajo¹²⁰⁶. En este sentido, cabría exigir cierta “razonabilidad” en la implantación de una cultura preventiva en el teletrabajo y una mayor implicación del trabajador en las obligaciones preventivas¹²⁰⁷.

En nuestro ordenamiento encontramos antecedentes en la derogada OGSHT¹²⁰⁸ donde se regulaban unas obligaciones específicas, distintas a las del resto de trabajadores y similares a las del empresario, a los directivos, personal técnico y mandos intermedios. Sobre éstos recaía la obligación de hacer cumplir a los trabajadores sus obligaciones en materia de seguridad e higiene, obligaciones de información, de paralización del trabajo en caso de peligro inminente e intervención en la extinción de los siniestros que pudieran ocasionar víctimas en la empresa. En este sentido, si estas obligaciones eran incumplidas y se imputaba la responsabilidad a la empresa, se podía exigir a los trabajadores no sólo la responsabilidad laboral sino también la administrativa, como por ejemplo la inhabilitación para continuar ejerciendo las funciones directivas en caso de reiteración de faltas graves (art. 158)¹²⁰⁹. Esta imputación de responsabilidad fue criticada desde sus inicios por la doctrina debido a su dudosa legalidad¹²¹⁰.

En la actualidad no existe una regulación semejante, puesto que la responsabilidad administrativa recae sobre el empleador, y desde la entrada en

¹²⁰⁵ Por ejemplo, la Ley 28/2005 respecto a la prohibición de fumar en los centros de trabajo contempla una novedad importante en el ámbito laboral, y es la responsabilidad administrativa directa del trabajador que vulnere la prohibición de fumar; con más detalle DEL REY GUANTER, Salvador, “La prohibición de fumar en los centros de trabajo en la Ley 28/2005: aspectos más relevantes”, en CASAS BAAMONDE, M^a Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la constitución española*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 865 a 868.

¹²⁰⁶ Estas obligaciones (información, formación y vigilancia de la salud) “constituyen el eje sobre el que se construye toda la política preventiva, perfectamente aplicables, con ligeras adecuaciones que entran dentro del tenor de la norma”, en IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. Problemas y propuestas de soluciones”, en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 1.062. En estos casos, MARTÍNEZ FONTS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, p. 263, se plantea la necesidad de dotar de mayor grado de responsabilidad al trabajador.

¹²⁰⁷ En relación a la razonabilidad en la implantación de la cultura preventiva, VÁZQUEZ MATEO, Felipe, “Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva”, *RL*, núm. 12, 2008, pp. 30 a 36.

¹²⁰⁸ Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (OGSHT), BOE 16 de marzo 1971.

¹²⁰⁹ *In extenso*, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, en OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José (coord.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la ley 31/1995*, obra cit., pp. 197 y 198; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 50; GARCÍA SALAS, Ana Isabel, *Directivos y mandos en materia de seguridad y salud en el trabajo*, CARL, Sevilla, 2004, pp. 34 y 135.

¹²¹⁰ Al respecto, FÉRNANDEZ MARCOS, Leodegario, *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, p. 185.

vigor de la Ley 50/1998, también sobre las entidades que actúen como servicio de prevención, los promotores y propietarios de obras y los trabajadores por cuenta propia¹²¹¹. En definitiva, estamos ante una cuestión muy resbaladiza, puesto que el legislador no contempla esta corresponsabilidad administrativa en supuestos específicos que atiendan a la efectividad de la prevención de riesgos, cuando el trabajador ocupa con respecto al lugar de trabajo una posición o determinados aspectos equivalentes a los del empresario¹²¹². A lo largo del capítulo abordaremos la efectividad o no de este tratamiento en el teletrabajo atendiendo a cómo se ejecute y al grado de autonomía y responsabilidad del trabajador respecto al mismo.

El resto de la normativa preventiva también es de aplicación, siempre y cuando se atienda a las particularidades del teletrabajo en materia de seguridad y salud y, en concreto, a las relacionadas con la herramienta de trabajo (el ordenador) en el teletrabajo contempladas en el del RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización¹²¹³ que transpone la normativa comunitaria al respecto¹²¹⁴. En el mencionado Decreto se establece que el ámbito subjetivo está formado por “cualquier trabajador que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización (art. 2c)”¹²¹⁵. No obstante, la definición aportada por el legislador es bastante indeterminada porque no concreta el carácter habitual en un número determinado de horas para entender quién es trabajador habitual de equipos con pantalla de visualización. En este sentido, existe una Guía técnica elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) que establece los criterios para determinar esa condición¹²¹⁶. Según la misma, tienen esa condición todos los trabajadores que superen el límite de las 4 horas diarias ó 20 semanales de trabajo efectivo con dichos equipos y, con ciertas condiciones, los que realicen entre 2 y 4 horas diarias (o 10 ó 20 horas semanales) de trabajo efectivo¹²¹⁷. Pueden considerarse excluidos aquéllos cuyo trabajo efectivo con

¹²¹¹ En este sentido, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, obra cit., p. 71.

¹²¹² En MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, p. 263, “probablemente debe postularse un mayor grado de responsabilidad del trabajador en la utilización de los medios de seguridad dispuestos por el empleador...”.

¹²¹³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Notas sobre la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo”, en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 1027. En Italia, el D. 626/1994 que transpone la normativa comunitaria en materia de prevención excluye de su aplicación al trabajo a domicilio. Sin embargo, en contra de alguna postura, es plenamente aplicable al no ser de aplicación al teletrabajo la normativa del trabajo a domicilio, en LEPORE, Michele, “La sicurezza e la tutela della salute dei telelavoratori. L’Accordo europeo del 16 luglio 2002”, *Argomenti di diritto del lavoro*, núm. 3, 2002, pp. 815 a 819.

¹²¹⁴ D. 90/270/CEE del Consejo de 29 de mayo de 1990, quinta directiva específica de acuerdo con el art. 16.1 de la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

¹²¹⁵ Art. 2.b “provisto, en su caso, de un teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato”. Este RD transpone la D. 90/270.

¹²¹⁶ La Guía se encuentra publicada en <http://www.mtas.es/insht/practice/guias.htm>. En opinión de THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico laboral*, CES, Madrid, 2001, p. 180, para lograr una delimitación más concreta del ámbito de aplicación sería suficiente con elevar a rango normativo estas recomendaciones del INSHT.

¹²¹⁷ Los criterios para determinar la condición de trabajador usuario de pantallas son: 1) depender del equipo con pantalla

pantallas de visualización sea inferior a 2 horas diarias ó 10 semanales. Por lo tanto, el reglamento no hace alusión al lugar de la prestación de servicios y, aunque sí al carácter de la “habitualidad”, debemos entender que se incluye a los teletrabajadores que realizan la prestación de servicios con videoterminals en su propio domicilio o en otro lugar, incluyendo los telecentros¹²¹⁸. También tendrían cabida los teletrabajadores que utilicen dispositivos móviles, pero sólo cuando el dispositivo se utilice de modo continuado en un puesto de trabajo, porque el art. 1.3 excluye expresamente los sistemas portátiles que “no se utilicen de modo continuado en un puesto de trabajo”, y por lo tanto el teletrabajo móvil¹²¹⁹. La exclusión del teletrabajo móvil no se entiende muy bien puesto que los riesgos están presentes en estos dispositivos¹²²⁰, motivo por el cual consideramos que la norma se ha quedado totalmente desfasada y desactualizada.

Además debemos añadir otras disposiciones relacionadas con el lugar de desarrollo de la actividad, tales como el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; como también el RD 1215/1997, de 18 de julio, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización de los equipos de trabajo y el RD 773/1997, de 30 de mayo, que contiene las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual¹²²¹.

En definitiva, teniendo en cuenta que la aplicación de la normativa preventiva plantea serios problemas, vamos a intentar aportar las soluciones posibles aun cuando muchas de ellas requieran, según los casos, una actuación del legislador o un mayor protagonismo de los agentes sociales en la negociación colectiva¹²²². Para empezar, tendremos en cuenta riesgos específicos asociados a posibles daños no sólo físicos sino también psíquicos, porque el desempeño de una actividad profesional en otro lugar de trabajo que no sea el habitual puede desencadenar problemas relacionados con la confusión del trabajo con la vida familiar, aislamiento, estrés relacionado con el teletrabajo, etc.

de visualización para hacer su trabajo, no pudiendo disponer fácilmente de medios alternativos para conseguir los mismos resultados; 2) no poder decidir voluntariamente si utiliza o no el equipo con pantalla de visualización para realizar su trabajo; 3) necesitar una formación o experiencia específica en el uso del equipo, exigidas por la empresa, para hacer su trabajo; 4) utilizar habitualmente equipos con pantallas de visualización durante periodos continuos de una hora o más; 5) utilizar equipos con pantallas de visualización diariamente o casi diariamente, en la forma descrita en el punto anterior; 6) que la obtención rápida de información por parte del usuario a través de la pantalla constituya un requisito importante del trabajo; 7) que las necesidades de la tarea exijan un nivel alto de atención por parte del usuario, por ejemplo debido a que las consecuencias de un error puedan ser críticas.

¹²¹⁸ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Notas sobre la prevención de riesgos laborales”, obra cit., p. 1028.

¹²¹⁹ En parecidos términos, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Notas sobre la prevención de riesgos laborales”, obra cit., p. 1029; también NOGLER, Luca, *Lavoro a domicilio*, Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 553; BIAGI, Marco; LOPEZ, Alexandra, “Tercario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica”, *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 3, 2000, p. 308.

¹²²⁰ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico laboral*, obra cit., p. 180.

¹²²¹ *In extenso*, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 192 a 203.

¹²²² Con breve referencia a una prevención específica en lo que se refiere a las nuevas tecnologías informáticas, art. 59 del CC de ámbito estatal que regula las relaciones laborales de las empresas de mediación en seguros privados (BOE 8 de junio 2006, núm. 136).

4.2. Los riesgos laborales en el teletrabajo

Entre los riesgos laborales que vamos a analizar en el teletrabajo nos detendremos en aquellos asociados a las nuevas formas de organización del trabajo (tales como estrés, aislamiento, adecuación y limitaciones de espacio, escasa separación entre la vida laboral y familiar, distribución del tiempo de trabajo, exposición a ondas electromagnéticas y uso de teléfonos móviles).

Los riesgos laborales presentes en el teletrabajo pueden ser tanto físicos (oftalmológicos, osteomusculares)¹²²³ como psíquicos y psicosomáticos. En general, podemos relacionar los físicos con las posturas y, sobre todo, con la utilización de la especial herramienta de trabajo que es el ordenador, que también puede repercutir en el estado anímico y psíquico del trabajador y, por lo tanto, provocar situaciones de aislamiento o de estrés laboral. También hay que tener en cuenta el lugar de trabajo (luz, espacio, ventilación, ruido, etc.)¹²²⁴.

En general, los teletrabajadores están expuestos a unos riesgos asociados a la utilización de los equipos de pantallas de visualización y relacionados con la frecuencia, períodos de trabajo ante la pantalla, la intensidad, grado de atención necesarios para desempeñar las tareas, ritmos, pausas y otros análogos¹²²⁵. Este tipo de actividad viene a engrosar las estadísticas relativas a las dolencias musculares y óseas, que en la UE padecen más de la mitad de las personas con problemas físicos relacionados con el trabajo. Sin embargo, no son las únicas, puesto que se viene observando la aparición de las denominadas enfermedades emergentes (estrés, depresión, ansiedad, acoso y otros similares) que son responsables del 18% de los problemas de salud asociados con el trabajo, una cuarta parte de los cuales implica dos semanas o más de ausencia laboral. No obstante, la aparición de estas dolencias no se debe tanto a la exposición a un riesgo específico, como a un conjunto de factores (organización del trabajo, modalidades de ordenación del tiempo de trabajo, relaciones jerárquicas, fatiga) que deben inscribirse dentro de un contexto global que la OIT define como bienestar en el trabajo¹²²⁶.

¹²²³ Según un estudio publicado en el 2002 por el Archives of Otolaryngology Head and Neck Surgery, en EEUU, dentro del sector del telemarketing, el 31% de los teleoperadores sufren "fatiga vocal". El problema no sólo se debe al tipo de ocupación, sino también al resultado de los efectos combinados de factores laborales, personales y biológicos. El tratamiento exige no sólo reducir la carga laboral sino también cambios en el lugar de trabajo o en el estilo de vida (Diario "El Mundo", 28 de mayo de 2002, p. 57).

¹²²⁴ En este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, MTAS, 2001, p. 853. En PACIFICI, Giorgio; NASTASI, Teresa, *Il manuale del telelavoro per la piccola e media impresa*, Franco Angeli, 1999, pp. 81 a 84, donde se establecen cuales son las medidas ergonómicas en relación con el lugar de trabajo (temperatura, iluminación, mesa, silla, etc.). Vid. el art. 59 CC de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados (BOE 8 de junio 2006, núm. 136) que contempla la prevención específica para el personal que preferentemente utilice aparatos informáticos.

¹²²⁵ *In extenso*, DE VICENTE PACHÉS, Fernando, "Seguridad y salud en el teletrabajo", obra cit., pp. 1082 a 1087; THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., pp. 178 a 190. En Italia, NOGLER, Luca, *Lavoro a domicilio*, obra cit., pp. 553 y 554.

¹²²⁶ Comunicación de la Comisión "Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)", COM (2002) 118 final. En este sentido, la Comisión y el Consejo de la Unión Europea han delimitado cuatro campos de actuación como son: promover el enfoque global del bienestar en el trabajo, reforzar la cultura de la prevención, combinar los instrumentos y los esfuerzos de cooperación, e intensificar la cooperación internacional. *In extenso*, los comentarios a esta nueva estrategia comunitaria en DE LA VILLA

En definitiva, en la delimitación de los riesgos profesionales emergentes debemos incluir no sólo los trastornos relacionados con el estrés, el acoso, etc., sino también los ergonómicos y los riesgos organizacionales derivados de las nuevas formas de organización del trabajo¹²²⁷. No obstante, aunque las lesiones osteomusculares relacionadas con el trabajo son las más extendidas, el estrés puede convertirse en el riesgo más frecuente relacionado con el trabajo, sobre todo si se extiende no sólo a las profesiones directivas y técnicas sino a ocupaciones intermedias o manuales¹²²⁸.

El crecimiento de estos riesgos psicosociales¹²²⁹ y la necesidad de adaptación a los cambios en el mundo del trabajo plantean la creación de una Nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)¹²³⁰. Esta estrategia juega un papel importante en materia de seguridad y salud en el teletrabajo porque no sólo reconoce la existencia de problemas específicos, en el caso de los teletrabajadores, en que el patrono es responsable de su salud y seguridad, independientemente del lugar donde se realiza el trabajo, sino que también plantea la necesidad de adoptar medidas para prevenir los riesgos y realizar controles en el caso de trabajadores móviles o que trabajan en sus domicilios¹²³¹. Estas medidas deben ser negociadas por los interlocutores sociales a nivel multisectorial. En esta Comunicación se plantea la acción legislativa sobre cuestiones de ergonomía, en particular las lesiones atribuibles al trabajo repetitivo (RSI), y la participación de los trabajadores y empresarios para afrontar el problema de estrés¹²³².

En este sentido, el dictamen del Comité Económico y Social¹²³³ con respecto a la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo 1990, referente

DE LA SERNA, Paula, "Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad, 2002-2006", *RMTAS*, núm. 42, pp. 244 a 247; LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M^a Piedad, "Nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006)", *IL, Legislación y convenios colectivos*, núm. 12, 2003, pp. 9 a 12.

¹²²⁷ En idénticos términos, CAVAS MARTÍN, Faustino, "Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales", *AS*, núm. 18, 2006, p. 10. Sobre los aspectos psicológicos, ALONSO FABREGAT, María Bernardina; CIFRE GALLEGU, Eva, "Teletrabajo y salud: un nuevo reto para la psicología", *Papeles del psicólogo*, núm. 83, 2002, www.papelesdelpsicologo.es, pp. 1 a 5.

¹²²⁸ PINILLA GARCÍA, Javier, "Estrés laboral, un riesgo universal". *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004, p. 18.

¹²²⁹ En el Convenio de la OIT (1986) se define como "aquellos aspectos de la concepción, organización y gestión del trabajo así como de su contexto socio-ambiental que tienen la potencialidad de causar daños físicos, sociales o psicológicos en los trabajadores".

¹²³⁰ Resolución del Consejo de 3 de junio de 2002 sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006) (DOCE de 5 de julio de 2002, n° C 161).

¹²³¹ La estrategia 2002-2006 ha sido sustituida por la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), por Resolución de 25 de junio de 2007, DOUE de 30 de junio de 2007, n° C 145. Esta última -de carácter continuista con la anterior-, hace hincapié en la necesidad de investigar los nuevos riesgos como, por ejemplo, los que derivan de las nuevas tecnologías, y de las nanotecnologías. En este sentido, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 45 a 48.

¹²³² A nivel europeo se ha suscrito por UNICE, UEAPME, CEEP y la Confederación Europea de Sindicatos (incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros) un Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Ligado al Trabajo. En España, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes (UGT, CCOO, CEOE, CEPYME) del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC) 2005, comparten el mencionado Acuerdo sobre el estrés en el lugar de trabajo y lo incorporan como anexo al AINC (BOE 16 de marzo de 2005, núm. 64).

¹²³³ CES 855/2002.

a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud, relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, reconoce que la directiva no es un vehículo adecuado para medidas adicionales en materia de RSI, puesto que existen muchos más factores de riesgos que no están vinculados con el trabajo de pantallas de visualización. Al respecto, el principal problema de esta directiva está en su aplicación práctica sobre todo en lo que se refiere al “Análisis de los puestos de trabajo” (art. 3) y a la interrupción o reducción de la carga de trabajo en pantalla (art. 7), por lo cual se hace necesaria su reforma y, por lo tanto, una adaptación que facilite su aplicación y extensión al teletrabajo¹²³⁴.

En relación al estrés laboral causado por el teletrabajo, debemos tener en cuenta que aquél puede afectar a cualquier lugar de trabajo y a cualquier trabajador. El estrés ligado al trabajo puede ser provocado por diferentes factores, tales como el contenido del trabajo, su organización, entorno, falta de comunicación y otros similares¹²³⁵. Se entiende que es un estado que va acompañado de quejas o disfunciones físicas, psicológicas o sociales y que resulta de la incapacidad de los individuos de estar a la altura de las exigencias o las expectativas puestas en ellos¹²³⁶. El individuo es capaz de manejar la tensión a corto plazo, lo que puede ser considerado como positivo, pero tiene dificultades en resistir una exposición prolongada a una presión intensa¹²³⁷. Por lo tanto, si se identifica un problema de estrés ligado al trabajo, el empresario, con la participación y colaboración de los trabajadores y/o representantes, debe adoptar las medidas adecuadas para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo, ya que es el empresario el que tiene la obligación legal de proteger la seguridad y salud de los trabajadores¹²³⁸.

No obstante, estas patologías derivadas de una etiología profesional son constitutivas de un accidente de trabajo¹²³⁹, lo cual significa que la ausencia del cuadro de enfermedades relacionadas con el trabajo impide esa calificación y, por lo tanto, atender a los aspectos preventivos de tales enfermedades¹²⁴⁰. Sin

¹²³⁴ La Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo presentó informe (16/09/2002) pidiendo que se extienda el alcance de la Directiva 89/391/CEE (Marco de Seguridad), publicada en DO L 183 de 29 de junio de 1989, entre otros, a los trabajadores a domicilio. Y con respeto a las dolencias musculares y óseas, que se presente una directiva global sobre la ergonomía en el trabajo que revise y mejore la aplicación de la D. 90/270/CEE sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. *In extenso*, LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M^a Piedad, “Nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006), obra cit., pp. 18 y 19.

¹²³⁵ Es significativa la tabla de factores inductores del estrés en el teletrabajo, vid. DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, MTAS, Madrid, 2001, p. 100.

¹²³⁶ Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Ligado al Trabajo incorporado como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 (AINC 2005), (BOE 16 de marzo 2005, núm. 64).

¹²³⁷ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales”, obra cit., p. 13, distingue entre estrés “bueno” (eustress), necesario para la protección del organismo y el progreso, y el estrés “negativo” (distress), que produce la afectación física y psicológica por exceso de energía.

¹²³⁸ STSJ Madrid 5 de octubre 2005 (AS 2005/2555), Fj 3^o. Igualmente, Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Ligado al Trabajo incorporado como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 (ANC 2005), (BOE 16 de marzo 2005, núm. 64).

¹²³⁹ TOLOSA TRIBIÑO, Cesar, “Los nuevos riesgos laborales y su tratamiento en el ámbito sancionador y de Seguridad Social”, *RL*, núm. 10, 2004, p. 466.

¹²⁴⁰ VADILLO RUIZ, Julio, “Nota sobre las principales deficiencias de la política de prevención de las enfermedades profesionales”, *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004, p. 29.

embargo, el empresario debe abordar esta cuestión en el marco de una evaluación general de los riesgos profesionales, a través de una política sobre el estrés y/o mediante medidas concretas que identifiquen los factores específicos¹²⁴¹. En este sentido, en primer lugar la prevención del estrés puede ir dirigida a una intervención sobre la organización (prevención primaria) y, en segundo lugar, sobre el trabajador (prevención complementaria). La primera estaría dirigida a las causas del problema, actuando sobre las condiciones de trabajo y modificando ciertos aspectos modificativos; y la segunda interviniendo sobre el individuo mediante estrategias de adaptación¹²⁴².

En el teletrabajo estas medidas pueden afectar a la organización del trabajo (en tareas repetitivas asociadas a la gestión por resultados), tiempo de trabajo (respeto de las pausas, descansos, límites de jornada, etc.), responsabilidad (de acuerdo con la formación y oportunidades de promoción profesional) y otros similares¹²⁴³. En definitiva, considerado el estrés como riesgo laboral por los daños que causa a la salud de los trabajadores, se deben aplicar todas las normas generales relativas a la gestión de todos los riesgos laborales contempladas en la LPRL¹²⁴⁴.

Por otra parte, otro factor de riesgo relevante en el teletrabajo que debe tenerse en cuenta es el aislamiento del teletrabajador¹²⁴⁵. La falta de comunicación puede originar esa sensación al teletrabajador, motivo por el que se contemplan una serie de medidas que tienden a favorecer la comunicación del teletrabajador con los compañeros y la del empresario con los teletrabajadores (por ejemplo, reuniones periódicas en el centro de trabajo)¹²⁴⁶. En este caso, el empleador debe asegurar la adopción de medidas destinadas a prevenir el aislamiento del teletrabajador del resto de los compañeros de la empresa, por lo que debe facilitar

¹²⁴¹ Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Ligado al Trabajo incorporado como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 (ANC 2005), (BOE16 de marzo 2005, núm. 64).

¹²⁴² En este sentido, BLASCO, Juan Enrique, "Trastornos mentales y reinserción laboral", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004, p. 55. La Guía elaborada por el Instituto Alemán de Seguridad y Salud en el Trabajo, ofrece consejos sobre cómo evitar los aspectos negativos de esta nueva forma de trabajo, en MERCADER UGUINA, Jesús, *Derecho del trabajo, Nuevas tecnologías y Sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 134.

¹²⁴³ Entre las propuestas para paliar el efecto de los factores inductores del estrés se acude al Modelo Karasek, "(...). De acuerdo con este modelo, no sólo los requerimientos psicológicos del trabajo son los que derivan en estrés y en enfermedades relacionadas, sino las condiciones de elevados requerimientos, combinadas con un bajo control por parte del trabajador sobre los procesos de trabajo", en DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, obra cit., p. 101. Sobre las ventajas y críticas de este modelo, en PINILLA GARCÍA, Javier, "Estrés laboral un riesgo universal", obra cit., pp. 11 y 13.

¹²⁴⁴ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, "Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales", obra cit., p. 19.

¹²⁴⁵ In extenso, NOGLER, Luca, *Lavoro a domicilio*, obra cit., pp. 559 a 562.

¹²⁴⁶ NOGLER, Luca, *Lavoro a domicilio*, obra cit., p. 560. Por ejemplo, en Econsult Manager Consultant, acudir a la oficina una o dos veces por semana. En Saritel, organización de encuentros con los teletrabajadores con regularidad, uso del correo electrónico, fax, audiokonferencias, etc., para mantenerse en contacto, envío a los teletrabajadores de toda la información interna a disposición del personal en la central. La empresa estaba vinculada mediante un acuerdo a una sociedad de mensajeros que proporcionaba un servicio de entregas 24 horas al día para cuando fuera necesario enviarles objetos -como contratos, instrumentos y documentos comerciales- a los teletrabajadores. En IBM Alemania, los empleados tienen que acudir, al menos, una vez por semana a la oficina, y corresponde al jefe de sección decidir si es conveniente que los contactos sean más frecuentes (<http://www.telework-mirti.org>).

regularmente reuniones con sus compañeros así como el acceso a información de la empresa tal como se prevé en el Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo 2002¹²⁴⁷.

Sin embargo, llama la atención que esta obligación del empresario no se haya recogido en la cláusula sobre seguridad y salud sino en la de organización del trabajo, puesto que el aislamiento no es un riesgo de accidente o enfermedad profesional. En este caso, la razón de que se quiera evitar el aislamiento se relaciona con los inconvenientes que éste puede traer consigo, como pueden ser no identificarse con los fines y objetivos de la empresa y obtener un menor rendimiento y una baja motivación¹²⁴⁸. En todo caso, es necesario que el empleador reconozca de forma clara el derecho de los trabajadores a relacionarse entre sí mediante las herramientas de trabajo (Internet y correo electrónico)¹²⁴⁹ para evitar el ejercicio del poder disciplinario en el caso en que sea el titular de las mismas. Junto a estas medidas, cabría añadir otras como la de realizar acciones formativas que desarrollen la capacidad de trabajar solo en el domicilio, organizar reuniones regulares y eventos sociales, promover acciones que permitan a los representantes del teletrabajador disponer de una mayor interacción, realización de estudios que la analicen y que se generen en el marco interno de la empresa para identificar qué aspectos relacionales no se desarrollan con el teletrabajo¹²⁵⁰. En definitiva, se trata de adoptar medidas que palien los efectos del aislamiento puesto que, como ha afirmado la doctrina, en aras a preservar el sentimiento de independencia, “que es en gran medida el fundamento y la base de la conciencia profesional”¹²⁵¹, la eliminación de dicho aislamiento no se considera un objetivo final.

Otro factor de riesgo relacionado con el lugar de trabajo son las limitaciones de espacio y las dificultades de los empleados para crear un espacio de trabajo adecuado en sus casas de acuerdo con los estándares de seguridad en el puesto de trabajo y, sobre todo, la necesidad de separar la vida privada y familiar del trabajo. En estos casos, las soluciones propuestas en los acuerdos colectivos y/o individuales van desde cubrir con una cantidad a tanto alzado la adecuación del espacio “privado” al profesional, suministrar el mobiliario del puesto de trabajo para que se utilice un equipo adecuado desde el punto de vista ergonómico, hasta obligar al trabajador a que ese espacio destinado al teletrabajo en su propio domicilio cuente con una salida al exterior¹²⁵² o bien esté separado del resto del

¹²⁴⁷ En Italia, sector industria art. 20 CCNL 1 de junio 2005; art. 10 CCNL 23 de enero 2003; art. 59 ter CCNL 29 de noviembre 2002; Parte X del Accordo 19 de diciembre 2002; el art. 10 CCNL 23 de enero 2001. Según, THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo”, *TL*, núm. 72, 2004, p. 62, se trata de “previsión excesivamente genérica” que ha de concretarse en los acuerdos que se suscriban.

¹²⁴⁸ En MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo marco sobre el teletrabajo”, *AS*, núm. 1, 2003, p. 46.

¹²⁴⁹ THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 62.

¹²⁵⁰ Líneas de actuación propuestas en DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, obra cit., p. 94.

¹²⁵¹ En este sentido, DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y vida”, obra cit., p. 483.

¹²⁵² DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y vida”, obra cit., p. 484. En el art. 50 del VI CC BP Oil España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190) contempla dotar los gastos de acondicionamiento

edificio dedicado a la vida familiar o particular, evitando el acceso de terceras personas ajenas al trabajo y el riesgo de accidentes de trabajo¹²⁵³.

A ello debemos añadir que unos de los principales problemas del teletrabajo es la escasa separación entre la vida laboral y familiar, aspecto que se observa en mayor medida en el colectivo femenino, y además algunos teletrabajadores deben estar conectados 24 horas al día. En estos casos, es necesario el establecimiento en el domicilio de espacios separados dedicados exclusivamente al teletrabajo; ayudas económicas (antes referenciadas); investigaciones destinadas a analizar el lugar de teletrabajo y la familia; y por último, en los contratos laborales se debe alcanzar un equilibrio entre la privacidad y la accesibilidad al lugar de trabajo¹²⁵⁴. En este último caso son frecuentes los acuerdos de teletrabajo que contemplan la posibilidad de que el trabajador preste su consentimiento para que el empresario, técnicos o representantes de los trabajadores accedan al domicilio para hacer efectivo el cumplimiento de sus obligaciones en materia preventiva¹²⁵⁵. En todo caso, el teletrabajo se presenta como una modalidad de trabajo que tiene carácter reversible, lo cual indica que el teletrabajo es voluntario pero sólo si no es parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, por acuerdo individual y/o colectivo. Es decir, el teletrabajador puede retornar a las instalaciones del empleador bien a solicitud de éste o a petición propia, según las modalidades que se establezcan en el acuerdo individual y/o colectivo¹²⁵⁶.

Por último, otro aspecto que debemos reseñar está relacionado con la distribución del tiempo de trabajo aunque, por regla general, la flexibilidad del horario tenga sus connotaciones positivas en la salud del trabajador¹²⁵⁷. En este sentido, las directivas comunitarias y la legislación no cubren los aspectos psicosociales de las distintas modalidades de teletrabajo, y en la práctica, como hemos visto en el capítulo del tiempo de trabajo, los teletrabajadores se someten

de la vivienda con una cantidad a tanto alzado cuando fuera necesario. El suministro del mobiliario también en la empresa Gesellschaft für automatische Datenverarbeitung (GAD), Münster, que introdujo el teletrabajo en 1982 (<http://www.telework-mirti.org>); o, en general, facilitando las medidas ergonómicas suficientes, art. 59 del CC del sector de la Mediación de Seguros Privados (BOE 8 de junio 2006, núm. 136).

¹²⁵³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1034; GONZÁLEZ MOLINA, M^a Dolores; LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, "El teletrabajo y la privacidad del trabajador", en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 935.

¹²⁵⁴ Según las líneas de actuación propuestas, en DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, obra cit., p. 96.

¹²⁵⁵ Por ejemplo, en España el Acuerdo de Implantación de Teletrabajo en Telefónica España, S.A.U. (14/02/2006) se contempla que "queda expresamente autorizada Telefónica de España para que los técnicos y/o delegados de prevención pueda acceder al domicilio antes señalado para las comprobaciones que estime oportunas, previa notificación al interesado con 48 horas de antelación al menos y autorización del teletrabajador", con respeto a la inviolabilidad del domicilio y la observancia de las comunicaciones legales oportunas.

¹²⁵⁶ Acuerdo Marco Europeo 2002. Por ejemplo, la preferencia o prioridad para ocupar un puesto vacante o de nueva creación en los locales de la empresa, en THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo", obra cit., p. 52. Sobre la reversibilidad pactada en CC, art. 10 bis del CC de la Industria Química (BOE 2 de agosto 2004, núm. 189). En el Acuerdo implantación teletrabajo de la empresa Telefónica de España, S.A.U. (14/02/2006), el carácter reversible se aplica durante los dos primeros meses. Transcurrido ese período el trabajador se somete a teletrabajar hasta transcurrido un año de la firma del Acuerdo Individual, que podrá ser prorrogado. En el momento de cada prórroga anual se recupera la reversibilidad durante los dos meses siguientes.

¹²⁵⁷ En este mismo sentido, PÉREZ PÉREZ, Manuel, "Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos", en obra cit., p. 248.

en ocasiones a sobrecargas de trabajo y horarios intensivos que hacen que aparezcan ciertas enfermedades como consecuencia de esos ritmos de trabajo. En estos casos juegan un papel importante el cumplimiento de las reglas sobre ergonomía y las acciones formativas sobre organización del tiempo de trabajo, evitar las tareas repetitivas permanentemente, y sobre todo son necesarios acuerdos colectivos y contratos detallados con respecto a los ritmos de trabajo y a la monitorización, así como el establecimiento de un registro de empresarios y teletrabajadores¹²⁵⁸. En este sentido, es importante que la negociación colectiva sea consciente de la relevancia del trabajo con terminales de ordenador y, en consecuencia, establezca la posibilidad de un sistema de organización del trabajo que permita a los trabajadores poder intercalar sus diferentes funciones, con el fin de no permanecer demasiado tiempo de manera continua frente a la pantalla, facilitando la disminución del riesgo a los trabajadores que puedan derivar en situaciones de estrés y otras enfermedades laborales¹²⁵⁹.

De todas formas, no debemos olvidar las actuales tendencias que hacen un llamamiento en el sentido de que no sólo hay que considerar el tiempo de trabajo desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo, y la necesidad de descanso como un elemento de prevención de riesgos, sino que también hay que tener en cuenta otros elementos que condicionan la regulación del tiempo de trabajo, como son la vida personal y familiar del trabajador. Por lo tanto, en lo que respecta a la regulación del tiempo de trabajo, habrá que compatibilizar la protección de la seguridad y salud tanto con las necesidades organizativas del empresario como con el tiempo vital del trabajador¹²⁶⁰.

En cuanto a los efectos de la exposición constante a las ondas electromagnéticas emitidas por los ordenadores, aun cuando la doctrina ha afirmado que se trata de un riesgo que está por determinar¹²⁶¹, coincidimos en que las emisiones de radiaciones han de considerarse infundadas¹²⁶² y, en todo caso, de escasa relevancia sobre la salud del trabajador. No obstante, quedan otros riesgos potenciales, como el uso generalizado de los teléfonos móviles, cuyo alcance aún está pendiente de determinación¹²⁶³.

¹²⁵⁸ DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana, *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, obra cit., p. 93. Por ejemplo, el Acuerdo Implantación Teletrabajo en Telefónica España, S.A.U. (14/02/2006) se plantea la posibilidad de compaginar un control del teletrabajo con la necesaria flexibilidad para realizar el trabajo igual que si se trabajase en la oficina (por ejemplo, días y horarios pactados que permitan las variaciones precisas).

¹²⁵⁹ Art. 78 del CC del Grupo Motorpress Ibérica (BOE 22 de septiembre 2006, núm. 227).

¹²⁶⁰ Al respecto, RABANAL CARBAJO, Pedro, "Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo", en *AL*, núm. 16, 2006, pp. 1.906 a 1.925. A favor de que determinados derechos laborales como el tiempo de trabajo tengan también una vertiente sanitaria, LÓPEZ PARADA, Rafael A., "Informática, productividad y salud laboral", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LAGARRETA, Ricardo (coords), *Nuevas tecnologías de la información y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

¹²⁶¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Rafael, "Teletrabajo", obra cit., p. 852.

¹²⁶² PACIFICI, Giorgio; NASTASI, Teresa, *Il manuale del telelavoro per la piccola e media impresa*, Franco Angeli, 1999, p. 82.

¹²⁶³ En MERCADER UGUINA, Jesús R, *Derecho de Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 134.

4.3. El papel del empresario como garante de seguridad en el teletrabajo

4.3.1. Obligación empresarial general

En el teletrabajo, el papel del empresario en materia de seguridad y salud es también principal, puesto que entra en juego la aplicación de la LPRL que establece el deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1) y la obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2)¹²⁶⁴.

Este deber general del empresario tiene su fundamento en el contrato de trabajo y, por lo tanto, en el poder de dirección, organización y ejecución del trabajo¹²⁶⁵. Sin embargo, en el teletrabajo se pueden dar situaciones en las que por el grado de autonomía o de responsabilidad del trabajador, por ejemplo, en cuanto a la organización del trabajo, la falta de control externo o de supervisión puede provocar que se trabaje en exceso o que se trabaje poco afectando así a horarios y ritmos biológicos. El exceso de trabajo y la disponibilidad de trabajar en cualquier momento y lugar pueden provocar la denominada «adicción al trabajo», caracterizada por una excesiva dedicación de tiempo y esfuerzo así como un trastorno compulsivo e involuntario a continuar trabajando, además de un desinterés total por otro tipo de actividades¹²⁶⁶, apareciendo una serie de riesgos psicosociales a los que *supra* hicimos referencia.

El teletrabajo se caracteriza por la libertad que goza el teletrabajador de gestionar la organización de su tiempo de trabajo (cláusula 9 AMET), en este sentido, la dependencia laboral se atenúa en beneficio de una facultad de autoorganización mayor “basándose la jerarquía empresarial más en estímulos que en sanciones”¹²⁶⁷. Al respecto, el empresario no puede ampararse en la libertad de autoorganización que tiene el trabajador para gestionar su tiempo de trabajo, para intentar eximirse o limitar la responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esto quiere decir que tiene plena efectividad la aplicación del art. 14 LPRL, en cuanto el empresario es el principal responsable en materia de prevención de riesgos laborales y, por lo tanto, cuando tenga conocimiento de un deterioro de la salud del trabajador como consecuencia del trabajo (ejemplo, estrés laboral ocasionado por la organización y gestión implantada en la empresa que le

¹²⁶⁴ En Italia, igualmente, art. 2087 del código civil italiano, en CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania, “Il telelavoro: profili giuridici e sociologici”, *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1998-I, p. 436.

¹²⁶⁵ *In extenso*, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *La obligación general de seguridad*, obra cit., pp. 115 a 150. En MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *RMTAS*, núm. 23, p. 26, la posición de poder empresarial atiende a dos fundamentos: uno, la organización laboral de la empresa en su conjunto (vertiente organizativa-general); y otro, la satisfacción del derecho de crédito del empresario frente al concreto trabajador (vertiente contractual-individual).

¹²⁶⁶ CIFRE GALLEGGO, Eva, “Estrategias de mejora de salud psicosocial del teletrabajador”, *CEF. Trabajo y Seguridad Social. Comentarios y casos prácticos. Recursos humanos*, núm. 300, 2008, p. 189; ALONSO FABREGAT, María Bernardina, “Teletrabajo y salud: un nuevo reto para la psicología”, obra cit., p. 3.

¹²⁶⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, obra cit., p. 28.

exige un excesivo tiempo dedicado al trabajo) y no tome las medidas de seguridad necesarias¹²⁶⁸, su conducta debe ser considerada como un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones impuestas en la LPRL, entre las cuales se incluye la de prevenir los riesgos laborales de naturaleza psicosocial¹²⁶⁹.

En general, el deber del empresario reside no sólo en la adopción de unas medidas determinadas, sino también en garantizar un resultado frente a la aparición de determinados riesgos. En este sentido, el empresario debe introducir mecanismos de gestión que sirvan para identificar permanentemente los riesgos y valorarlos para su eliminación o protección. Para ello debe contar con una organización preventiva para la identificación y evaluación de los riesgos y, posteriormente, diseñar una planificación preventiva. En la gestión preventiva es necesario que figuren como elementos básicos la formación de los trabajadores y la vigilancia de la salud, y como instrumentos las evaluaciones de riesgos y los planes preventivos que, junto con las normas jurídicas, constituyen la fuente de las obligaciones preventivas en la empresa¹²⁷⁰.

4.3.2. Los riesgos laborales, especialmente los psicosociales, y la obligación empresarial

Los riesgos psicosociales como, por ejemplo, el estrés laboral deben ser delimitados en sus justos términos para que obliguen al empresario a intervenir desde un punto de vista de la seguridad y salud. En este sentido, la aparición de una patología concreta puede obligar al empresario, a falta de otras medidas de protección adicionales, a asignarle al trabajador un puesto de trabajo adaptado a sus particulares condiciones de salud (art. 15.1 d LPRL) cuando por la especial sensibilidad del trabajador, sus propias características personales o estado biológico conocido, pudiera presentar ciertos riesgos (art. 25.1 LPRL). En realidad, si el riesgo afecta con carácter general a quienes prestan servicios en los puestos de trabajo la solución empresarial debe ir encaminada a la adopción de otras medidas distintas a la del cambio del puesto de trabajo como puede ser la implementación de las medidas correctoras para todos los trabajadores afectados por el riesgo. Y así cuando quede demostrado que el trabajador esté sometido en el trabajo al estrés emocional el empresario debe alejar al trabajador de aquello que le produzca el daño¹²⁷¹.

¹²⁶⁸ En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 54, en relación al estrés del trabajo ante el videoterminal afirma "que se puede disminuir considerablemente adoptando medidas organizativas adecuadas", como por ejemplo las pausas, límites al tiempo de trabajo, una programación adecuada del trabajo, establecimiento de una organización del trabajo que respete las relaciones sociales en el trabajo, etc. In extenso, OZAMARIZ, Agustín J., *El significado del trabajo en la sociedad de informatizada. Reflexiones sobre la incidencia de la salud mental en las empresas del conocimiento*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

¹²⁶⁹ Vid. STSJ Madrid 5 de octubre 2005 (AS 2005/2555) situación de estrés laboral provocado con la organización y gestión implantada por el empresario que, conocedor del menoscabo de la salud, no adopta medidas para prevenirlo, evitarlo o reducirlo. En este sentido, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002) contempla que "la carga de trabajo y los promedios de rendimiento del teletrabajador serán equivalentes a aquellos de los trabajadores comparables en el local del empresario".

¹²⁷⁰ LÓPEZ PARADA, Rafael Antonio, "Informática, productividad y salud laboral", obra cit., pp. 105 a 108.

¹²⁷¹ En estos términos, STSJ Canarias/Las Palmas 31 de mayo 2001 (AS 2001/4273) en relación con un médico en situación

En este sentido, la aplicación del art. 25 de la LPRL también en el teletrabajo va a obligar al empresario a cambiar de puesto o de función al teletrabajador especialmente sensible ya que, como ha advertido la doctrina, el mencionado precepto “no permite llegar a una conclusión diversa”¹²⁷², y porque cabe, con carácter general, que cualquier trabajador en relación con cualquier puesto de trabajo se lo exija al empresario¹²⁷³, sobre todo cuando estemos ante una especial sensibilidad sobrevenida¹²⁷⁴, por ejemplo, el cambio del lugar de trabajo o del domicilio cuando éste venga concretado en el acuerdo individual de teletrabajo. De esta forma, se da efectividad al principio general de adaptación del trabajo a la persona y al posible incumplimiento del empresario, como por ejemplo, cuando con carácter previo no haya realizado un reconocimiento médico en que quedara constancia de la adecuación del trabajo y de la capacidad psicofísica de los trabajadores¹²⁷⁵.

No obstante, nos podemos plantear si, como medida alternativa cuando no sea posible el cambio de puesto de trabajo, el empresario puede optar por la reversión del teletrabajador al centro de trabajo. En principio, es perfectamente posible, si bien es cierto que no mediante el mecanismo previsto en el art. 39 ET, sino en el art. 40 ET¹²⁷⁶. En este sentido, se ha afirmado que se trata de una medida realizada independientemente del poder de movilidad geográfica, ya que responde a necesidades que no están relacionadas con la organización productiva sino directamente con el trabajador. En estos casos, cuando la medida afecta a la salud del trabajador, el cambio de lugar de trabajo y, por tanto, de movilidad locativa, constituye un derecho del trabajador¹²⁷⁷, y como tal derecho, una obligación del empresario en el cumplimiento del principio de adaptación del trabajo a la persona.

Sin embargo, esta obligación se torna conflictiva en los supuestos en que el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo y el empresario sólo cuente con una organización productiva virtual o, formando

de IT derivada de enfermedad común (llama la atención la calificación de común) como consecuencia de padecer HTA con falta de supresión nocturna, que tiene su origen en el estrés provocado por la obligatoriedad de asumir servicios nocturnos en el Servicio de Urgencias adscrito.

¹²⁷² Igualmente, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales”, obra cit., p. 1064. En FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario, *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Dickinson, Madrid, 1996, p. 125, no existe la obligación empresarial cuando las circunstancias no han sido conocidas por el empresario como consecuencia de los reconocimientos médicos o bien por manifestación fundada del propio trabajador.

¹²⁷³ En este sentido, pero sólo en relación con la prohibición de emplear a trabajadores en puestos de trabajo incompatibles en los términos del art. 25 LPRL, GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; APARICIO TOVAR, Joaquín, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Valladolid, 1996, p. 25.

¹²⁷⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José; PÉREZ BORREGO, Gregorio, “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995”, en OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José (coord.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la ley 31/1995*, obra cit., p. 409.

¹²⁷⁵ Al respecto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., GARCÍA BLASCO, Juan; GONZÁLEZ LABRADA, Manuel; CARDENAL CARRO, Miguel, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, obra cit., p. 235.

¹²⁷⁶ En este sentido, SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000, p. 273, con respecto al cambio de un telecentro u oficina satélite a un centro de trabajo.

¹²⁷⁷ SERRANO OLIVARES, Raquel, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, obra cit., p. 94.

parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, el centro o centros de trabajo hayan desaparecido, como consecuencia de unas modificaciones sustanciales¹²⁷⁸. Desde un punto de vista laboral, el empresario podría adoptar la vía del art. 52 ET, es decir, la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida correspondiendo al trabajador la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (art. 53.1 ET). Excepto que las dolencias ocasionadas al trabajador sean debidas a un incumplimiento grave y culpable del empresario. En estos casos, el empresario que tenga conocimiento de aquéllas debe adoptar las medidas encaminadas a prevenirlas, evitarlas o disminuirlas cuando, por ejemplo, sean provocadas por el sistema de organización y gestión implantado en la empresa¹²⁷⁹ y no recurra a la adaptación de condiciones o tiempo de trabajo y, en general, a los supuestos de cambios de puesto o de función por la vía del art. 39 ET. En este último caso, el trabajador cuenta con la posibilidad del recurso a la vía del art. 50.1 c) ET como causa justa para solicitar la extinción del contrato de trabajo correspondiéndole las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente (art. 50.2 ET), así como también por el incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad¹²⁸⁰.

Finalmente, estas medidas contempladas en la LPRL, pueden ser de difícil cumplimiento en los supuestos de teletrabajo cuya característica principal es la autoorganización en el tiempo y en la gestión de la prestación de servicios por parte del propio teletrabajador dotado de una gran autonomía y alta especialización¹²⁸¹. En estos casos, el poder directivo “sufre necesariamente una especie de comprensión, directamente proporcional a la acentuada autonomía adquirida por los trabajadores en la organización de las formas y resultados del cumplimiento”¹²⁸² que difícilmente hacen posible el establecimiento de tales medidas.

¹²⁷⁸ En realidad, el derecho del trabajador sólo es posible si un acuerdo individual y/o colectivo establece el derecho de reversión, porque si no el teletrabajador tendrá que optar por cumplir el pacto de teletrabajo o, en su caso, a rescindir su contrato de trabajo. En relación con el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (2002), PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, *RL* 2005/1, p. 1330. Vid. STSJ Cataluña 8 de enero 2003 (*RL* 2003/TSJ 1731), supuesto en que el trabajador no acepta teletrabajar en un proceso de reorganización interna acompañado de cierre de Delegación, donde el tribunal no aprecia los supuestos previstos en el art. 50 ET.

¹²⁷⁹ En este sentido, estrés laboral en STSJ Madrid 5 de octubre 2005 (AS 2005/2555).

¹²⁸⁰ En general, con respecto al incumplimiento del deber empresarial de seguridad en el trabajo PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, *AL*, núm. 4, 1992, p. 43.

¹²⁸¹ Por ejemplo, en los casos en que la empresa opta por la auto-declaración de los teletrabajadores como manera de controlar la actividad de los mismos, método que, cuando se utiliza, permite a los teletrabajadores asumir una cierta responsabilidad, en PUJOLAR, Olivier, “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. 139.

¹²⁸² En DESSJ, Ombreta, “Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, obra cit., 185.

4.3.3. El teletrabajador y la obligación empresarial

La responsabilidad en materia preventiva no es única del empresario puesto que al teletrabajador se le debe exigir una especial diligencia con respecto a la conservación y buen estado de los equipos asignados¹²⁸³, lo cual significa que también el trabajador debe velar por el mantenimiento de unos niveles adecuados de seguridad¹²⁸⁴. En el caso de que el trabajador haga una utilización negligente de las instalaciones y de los equipos de trabajo no cabe exigir responsabilidad al empresario¹²⁸⁵, si el empresario cumple con sus obligaciones de seguridad, como tampoco en el caso de que no colabore con el empresario negándose a facilitar el acceso de éste o de los responsables de prevención a su domicilio para cumplir con las obligaciones empresariales de vigilancia y control, y que puedan verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte del trabajador¹²⁸⁶. En este último caso, se ha señalado la necesidad de acordar el consentimiento del trabajador para hacer eficaz la tutela de seguridad y la salud de los teletrabajadores que prestan los servicios en sus propios domicilios, para compatibilizar el derecho a la intimidad con el deber empresarial en materia de prevención de riesgos laborales¹²⁸⁷.

El papel del empresario sigue siendo principal y primordial en materia de seguridad y salud en el teletrabajo, principalmente porque si es a él a quién interesa este modo de organización y descentralización del trabajo, es lógico que asuma los riesgos del teletrabajo y las responsabilidades del teletrabajo¹²⁸⁸. Este papel del empresario se especifica además en unas obligaciones concretas que éste tiene que respetar para hacer eficaz el cumplimiento de la normativa preventiva, y que vamos a analizar a continuación, ya que aunque algunas serán de fácil realización, otras necesitarán en cambio de la colaboración del trabajador para el efectivo cumplimiento, porque si no será imposible su realización por parte del empresario¹²⁸⁹. En realidad, la normativa de prevención de riesgos laborales está directamente relacionada con el lugar de la prestación, y si tenemos en cuenta que el centro de imputación normativa se centra en el lugar establecido y controlado por el empresario (de pertenencia a la empresa), para aplicarla con

¹²⁸³ En parecidos términos, "especialmente en los casos de funcionamiento defectuoso", DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, obra cit., p. 201.

¹²⁸⁴ En el Acuerdo Marco Europeo Teletrabajo (2002) se estipula que "el teletrabajador cuidará diligentemente del equipo que le haya sido proporcionado". Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 3 del RD 488/1997, el empresario tiene una obligación preventiva general consistente en adoptar las medidas necesarias para eliminar o atenuar, en su caso, los riesgos inherentes a la utilización de equipos con pantallas de visualización.

¹²⁸⁵ En parecidos términos, art. 12 Accordo IBM Italia 10 de julio 2003.

¹²⁸⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 855.

¹²⁸⁷ Entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., pp. 854 y 855, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1060; DE VICENTE PACHÉS, Fernando, "Seguridad y salud en el teletrabajo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 1079.

¹²⁸⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 853.

¹²⁸⁹ En IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1.057, el problema de la normativa de seguridad y salud radica en cómo se aplica. En la p. 1.061 apunta la posibilidad doctrinal de que haya un reparto de obligaciones entre el empresario (las sometidas a su poder de dirección y organización) y el trabajador (condiciones del lugar de trabajo).

eficacia es necesario contar con una especial colaboración del trabajador que, en la mayoría de los casos, va a ser el titular de ese lugar de trabajo (por ejemplo, el domicilio)¹²⁹⁰.

En definitiva, con respecto al teletrabajo es necesaria una mayor colaboración del trabajador y, por lo tanto, una mayor exigibilidad en la labor preventiva y de seguridad proporcional a la disminución de las prerrogativas y posibilidades del empresario en materia de seguridad y salud¹²⁹¹. Se puede llegar incluso a la exoneración de responsabilidad del empresario en materia preventiva cuando el teletrabajador no se atiene al cumplimiento de la normativa preventiva¹²⁹² conforme a la formación y a las instrucciones relativas a los medios e instrumentos de trabajo utilizados¹²⁹³, siempre teniendo en cuenta que el empresario no tenga acordadas con el teletrabajador las visitas periódicas para el control de los puestos y de las herramientas telemáticas¹²⁹⁴. Esto no significa que el correlato del derecho a una protección eficaz sea un deber del trabajador, sino más bien una obligación de cooperación que se infiere de los deberes contemplados para los trabajadores en el art. 29 LPRL. En este sentido, el deber de observar y poner en práctica las medidas de prevención corresponde al empresario y no al propio trabajador (art. 14. 2 LPRL)¹²⁹⁵ y, por lo tanto, es al empresario a quien corresponde la obligación de seguridad en relación al equipo utilizado por el trabajador¹²⁹⁶.

4.4. Evaluación de riesgos

El empresario debe aplicar en el teletrabajo las medidas que integran el deber general de prevención de acuerdo con los principios de acción preventiva, entre los cuales se encuentra la evaluación de los riesgos (art. 15. 1 LPRL). Esto significa que el empresario debe realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los teletrabajadores teniendo en cuenta, con carácter

¹²⁹⁰ Según RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 117, una parte de las normas de prevención de riesgos que tienen como centro de imputación la empresa "no pueden encontrar aplicación en ningún caso".

¹²⁹¹ MATEO, José Manuel, "Presente y futuro del teletrabajo: Razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación", *Aedipe*, núm. 13, p. 34.

¹²⁹² Art. 15 Accordo Confcommercio de 20 junio 1997, art. 5.3 Accordo Università di Pisa de 18 abril 2005, art. 6 Accordo Caridata. *In extenso*, PACIFICI, Giorgio; NASTASI, Teresa, *IL manuale del telelavoro per la piccola e media impresa*, Franco Angeli, Roma, 1999, p. 119.

¹²⁹³ Art. 2.8 del Accordo Dun & Bradstreet Kosmos de 8 junio 1995; art. 2.8 Accordo Digital Equipment de 13 febrero 1996, art. 14. 4 Accordo Commercio 20 de junio 1997.

¹²⁹⁴ En ESPOSITO, Marco, "Salute e sicurezza", GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo, *Telelavoro e diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 135, las cláusulas de exoneración de responsabilidad del empresario se consideran ambiguas e inválidas cuando el empresario tiene previstas visitas periódicas para el control de los puestos e instrumentos telemáticos. Con respecto a la necesidad de verificar el control de las obligaciones impuestas, CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania, "Il telelavoro: profili giuridici e sociologici", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998-1, p. 441.

¹²⁹⁵ ÁLVAREZ, Juan C.; FUENTES, Francisca; LOZANO, Francisco; LUMBREERAS, Fernando; PÉREZ, Rosa, "Prevención de riesgos. Análisis sectorializado de la negociación colectiva", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, *La negociación colectiva en España: Una mirada crítica*, Tirant lo Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 588.

¹²⁹⁶ Guía elaborada por el Instituto Federal Alemán de Seguridad y Salud en el Trabajo, en MERCADER UGUINA, Jesús R., *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, obra cit., p. 132.

general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajos existentes y de los teletrabajadores que deban desempeñarlos.

También debe realizarla con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo, como por ejemplo, el domicilio del teletrabajador. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo, por ejemplo locales, instalaciones, productos y demás útiles y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido (art. 16.2 LPRL)¹²⁹⁷.

En este sentido, aunque la doctrina afirma que nos encontramos ante unas de las obligaciones de dudosa efectividad en relación con el teletrabajo¹²⁹⁸, esta afirmación se relativizaría si para hacer efectivo el cumplimiento el empresario cuenta tanto para realizar la inicial evaluación como posteriormente verificar el cumplimiento de las medidas, de la inspección del lugar de trabajo por parte de los sujetos con competencia en la materia preventiva¹²⁹⁹. Por lo tanto, para atender a la evaluación de los riesgos sobre el lugar de trabajo privado (domicilio u otra dependencia del trabajador) y de los instrumentos propiedad de la empresa es necesario el acuerdo o consentimiento del trabajador¹³⁰⁰, previo aviso, tal como contemplan algunos de los acuerdos y convenios existentes sobre el teletrabajo, en orden a salvaguardar los derechos del trabajador (intimidad y privacidad) y del cumplimiento de las obligaciones empresariales (adoptar medidas preventivas)¹³⁰¹, y siempre que la prestación de teletrabajo pueda efectuarse en el domicilio del trabajador de acuerdo con un ambiente de trabajo conforme a la normativa general de prevención y seguridad¹³⁰².

Dependiendo de la naturaleza de la actividad del teletrabajo, el empresario realizará la evaluación de riesgos y adoptará las correspondientes medidas de seguridad, atendiendo al tipo de enlace comunicativo entre el terminal del trabajador y la empresa¹³⁰³. Así, si la comunicación es *off line* o *one way line*, desconectado o conectado con una sola dirección, el empresario no tiene ningún

¹²⁹⁷ En este sentido, SELLAS I BENVINGUT, Ramón, *El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España*, Aranzadi, Navarra, 2001.

¹²⁹⁸ Al respecto, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", obra cit., 1.063.

¹²⁹⁹ En ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 854, la evaluación inicial de los riesgos exigida por el art. 16 LPRL conlleva, "la obligación del teletrabajador de permitir la presencia en su domicilio del empresario" y sujetos especializados en salud laboral "para verificar la idoneidad del particular medio de trabajo". En contra, CAMAS RODA, Ferrán, *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2002, p. 254.

¹³⁰⁰ En ESPOSITO, Marco, "Salute e sicurezza", en GAETA, Lorenzo, PASCUCCHI, Paolo, *Telelavoro e diritto*, obra cit., p. 134, para resolver la delicada cuestión sobre la evaluación de riesgos en el domicilio es forzoso acudir a la autonomía individual "con richiami incerti".

¹³⁰¹ Art. 17. 1 CCNL 1 de junio 2005. En el sector de industria, art. 31 Accordo 2 de julio 2004, art. 20 Accordo 28 de junio 2004, art. 20 Accordo 15 de junio 2004, art. 31 Accordo 21 de mayo 2004, Art. 20 Accordo 24 de abril 2004. En el sector sport, spettacolo, telecomunicazioni, art. 41 CCNL 21 de junio 2004, art. 27 CCNL 11 de julio 2003, Accordo 11 de junio 2003.

¹³⁰² Art. 51 CCNL 15 de marzo 2001.

¹³⁰³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., pp. 1.036 y 1.037.

tipo de control y, por lo tanto, se hace necesario un examen previo sobre las condiciones del teletrabajador y del lugar de trabajo. En cambio, cuando la conexión es *on line*, la interactividad permite al empresario conocer en tiempo real la realización de la prestación de servicios y, por consiguiente, el cumplimiento de la normativa preventiva (pausas, descansos, etc.)¹³⁰⁴.

En estos casos, para verificar tales pausas serán necesarios unos dispositivos informáticos a modo de "tacógrafos" que registren los tiempos de utilización del ordenador y que, en el supuesto de que se superen, interrumpan el funcionamiento del mismo¹³⁰⁵. De este modo, se da cumplimiento a las prescripciones contenidas en el art. 3 del RD 488/1997, dado que el empresario debe reducir la duración máxima del trabajo continuado en pantalla, organizando la actividad diaria de forma que esta tarea se alterne con otras, o estableciendo las pausas necesarias cuando la alternancia de tareas no sea posible o no baste para disminuir el riesgo suficiente.

No obstante, nos encontramos ante un obstáculo, ya que la periodicidad, duración y condiciones de organización de los cambios de actividad y pausas se deben acordar en los convenios colectivos (art. 3.4), y no todos los convenios los contemplan¹³⁰⁶. Sin embargo, en estos casos cabe acudir a la Guía Técnica para la evaluación y prevención de riesgos laborales relativos a la utilización de equipos que incluyen pantallas de visualización del INSHT, que establece unas pausas de diez ó quince minutos por cada 90 minutos de trabajo con pantalla, y si las tareas requieren una gran atención una pausa de diez minutos por cada 60 minutos¹³⁰⁷, excepto cuando los trabajadores dispongan de un margen de autonomía suficiente en la organización de las actividades y, por lo tanto, "puedan seguir su propio ritmo de trabajo y realizar pequeñas pausas discrecionales siempre y cuando no esté sometido a un apremio excesivo de tiempo"¹³⁰⁸.

En cuanto a las características del puesto de trabajo, la dificultad en el teletrabajo se manifiesta ante la imposibilidad por parte del empresario de hacer efectiva la evaluación de riesgos de los trabajadores móviles que no desarrollen parte de la actividad en la empresa, en un telecentro o en su propio domicilio, como puede ser un lugar proporcionado por el cliente, un hotel y otros análogos¹³⁰⁹.

¹³⁰⁴ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1037.

¹³⁰⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 183.

¹³⁰⁶ En Italia, el art. 54 del D. 626/1994 establece unas pausas en defecto de su no regulación en convenio colectivo, y la prohibición de acumulación al principio o al final de la jornada. Así mismo, tienen la consideración de jornada los tiempos de espera de la respuesta del sistema informático. En este sentido, la doctrina critica la falta de una regulación similar, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 183. Vid. art. 80 del CC de Prensa No Diaria (BOE 24 de febrero, núm. 41) que contempla una pausa de 15 minutos por cada dos horas de trabajo que tiene la consideración de tiempo efectivo de trabajo y no acumulable; en el art. 78 CC del Grupo Motorpress Ibérica (BOE 22 septiembre 2006, núm. 227) durante ese período el trabajador puede realizar otras tareas siempre que estén dentro de su competencia.

¹³⁰⁷ Por remisión, vid. art. 58 del CC de la empresa Digitex Informática, S.L. (BOE 10 de noviembre 2004, núm. 271). Entre otros, art. 85 II CC de Ediciones Reunidas, S.A. (BOE 16 de enero 2008, núm. 14) 15 minutos por cada dos horas; art. 58 CC El Mobiliario Urbano, S.L.U. (BOE 8 de marzo 2007, núm. 58).

¹³⁰⁸ Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos con pantallas de visualización (<http://www.mtas.es/insht/practice/guias.htm>).

¹³⁰⁹ En MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1037, las obligaciones

En estos supuestos corresponde al empresario la efectividad de las obligaciones en relación con la coordinación de actividades empresariales (art. 24 LPRL), es decir, deberes de cooperación, información e instrucción, salvo que la prestación se realice en un lugar privado o que no tenga la consideración de centro de trabajo¹³¹⁰. El empresario debe garantizar que los medios aportados al trabajador estén en condiciones idóneas para realizar el trabajo en movilidad (equipos portátiles adecuados, automóvil dotado de mayor seguridad ante la frecuencia de los desplazamientos). Por el contrario, el empresario no puede extender otras obligaciones a los supuestos de teletrabajo en los que el teletrabajador decida libremente el lugar de trabajo o bien lo cambie constantemente, salvo que estos lugares estén predeterminados, sean conocidos y evaluados a los efectos de exigibilidad de las oportunas responsabilidades que se puedan derivar¹³¹¹.

Otro aspecto importante a destacar en la evaluación de riesgos es la adecuación de esa forma de trabajar al sujeto que la realiza. No todo trabajador reúne las condiciones para poder teletrabajar, por lo que sería conveniente excluir a aquéllos con algún impedimento o dificultad física o psíquica para realizar esa actividad sin riesgo¹³¹². En estos casos, la elección del teletrabajador es fundamental para llevar a cabo con éxito la prueba o experiencia piloto en una empresa¹³¹³. Es necesario identificar los perfiles y las tareas más aptas para teletrabajar, porque no todas son susceptibles para el teletrabajo como tampoco todos los trabajadores lo son para teletrabajar. En este sentido, se ha planteado que se debería partir tanto de un perfil profesional y psicosocial determinado como de unas tareas que sean objetivables, sin dificultad para su medición y, por lo tanto, definidas, cuantificables e incluso, en muchísimos casos, repetitivas¹³¹⁴. En todo caso se hace necesario evaluar una serie de aspectos como el grado de relación del trabajo con la información, los requisitos físicos de las tareas, la definición de la producción o producto final, los plazos definidos, las telecomunicaciones y, en todo caso, la idoneidad del entorno laboral y familiar de esos futuros teletrabajadores, especialmente cuando se va a simultanear con trabajo presencial para evitar, entre otros riesgos, los excesos en los tiempos de teletrabajo¹³¹⁵.

del empresario y del teletrabajador móvil "se modalizan en atención a las nuevas y particulares circunstancias que rodean la prestación en cuestión".

¹³¹⁰ "Cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo", art. 2b del RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (BOE 31 de enero 2004, núm. 27).

¹³¹¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., pp. 856 y 857.

¹³¹² En SÁNCHEZ FIERRO, Julio, "Los trastornos psicosociales en el mundo del trabajo", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004, pp. 50 y 51, se afirma que entre los instrumentos para luchar contra los riesgos psicosociales se encuentra el ajuste persona-puesto de trabajo.

¹³¹³ En parecidos términos, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1032. Sobre los perfiles y selección de participantes en la prueba piloto eWready de Telefónica, vid. Jornadas sobre teletrabajo "Trabajar y vivir la red", pp. 78 y 79, en www.telefonica.net.

¹³¹⁴ En este sentido, ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo una sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 75.

¹³¹⁵ En este mismo sentido, CASADO, Rafael, "La implantación del teletrabajo" en Jornadas sobre el Teletrabajo "Trabajar y vivir la red", p. 28, celebrada el 5 de febrero 2004 en el Salón de Actos de Telefónica I+D, (www.telefonica.net).

4.5. Vigilancia de la salud

En virtud del art. 22 de la LPRL el empresario debe garantizar a los teletrabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al teletrabajo. En particular, y entre otros, debe tener en cuenta los riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, el posible efecto añadido o combinado de los mismos, y la eventual patología acompañante¹³¹⁶. El empresario debe realizar esta vigilancia: a) antes de comenzar a trabajar el teletrabajador con una pantalla de visualización; b) posteriormente, con una periodicidad ajustada al nivel de riesgo a juicio del médico responsable; c) cuando aparezcan trastornos que pudieran deberse a este tipo de trabajo (art. 4.1 RD 488/1997)¹³¹⁷.

En este sentido, una de las cuestiones más problemáticas está relacionada con la obligatoriedad de los reconocimientos médicos en el teletrabajo. Esto es así porque el art. 22 LPRL establece, con carácter general, la voluntariedad de los mismos y el consiguiente consentimiento de los trabajadores y, excepcionalmente, la obligatoriedad, previo informe de los representantes de los trabajadores, en los casos en los que la realización de los reconocimientos médicos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos¹³¹⁸.

Teniendo en cuenta esta última excepción al carácter voluntario de los reconocimientos médicos, en nuestro ordenamiento no encontramos una disposición específica que establezca esta obligatoriedad para el teletrabajo, como podría ser el RD 488/1997¹³¹⁹ y como reglamentariamente se contempla en el ordenamiento italiano¹³²⁰. En este sentido, la doctrina señaló que los

¹³¹⁶ MONTEBLANCO MONTESINOS, Santiago, "La utilización de pantallas de visualización en el trabajo: seguridad y salud", en *AL*, núm. 11, 2000, pp. 175 a 177.

¹³¹⁷ La vigilancia se realiza por personal sanitario competente según las pautas y protocolos que se elaboren. Al respecto, Protocolos de Vigilancia Sanitaria Específica en Pantallas de Visualización de Datos de la Comisión de Salud Pública. Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en www.msc.es/ciudadanos/saludAmblaboral/docs/datos.pdf. Y siempre y cuando la negociación se vincule a los mismos, en NAVARRO NIETO, Federico, "El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva", *TL*, núm. 75, 2004, p. 30. Entre otros, art. 58 II CC Digitex Informática, S.L. (BOE 10 de noviembre 2004, núm. 271).

¹³¹⁸ El fundamento de esta obligación de encuentra en el art. 10 de la Directiva Marco, sin establecer la obligación al trabajador, "limitándose a enunciar que las legislaciones nacionales establecerían medidas de vigilancia sobre la salud del trabajador, con lo que dejaba la puerta abierta a esta posibilidad", en GORELLI HERNANDEZ, Juan, "Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, obra cit., p. 233.

¹³¹⁹ El término "disposición legal" se refiere tanto a las normas de rango legal como reglamentario, en SALA FRANCO, Tomás; ARNAU NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 101; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, obra cit., p. 239; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis A., "Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (Comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)", *REDT*, núm. 82, 1997, p. 102; GARCÍA NINET, Ignacio; VICENTE PALACIO, Arántzazu, "Derechos y obligaciones" en GARCÍA NINET, J. Ignacio; GARRIGUES JIMÉNEZ, Amparo (coords.), *Curso sobre Prevención de Riesgos Laborales*, Universitat Jaume I, Castelló, 1998, p. 210.

¹³²⁰ Art. 55 D. 626/1994 que traspone la normativa comunitaria en relación a las disposiciones mínimas relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, Al respecto, PACIFICI, Giorgio; NASTASI, Teresa, *Il manuale del telelavoro per la piccola e media impresa*, Franco Angeli, 1999, p. 82.

reglamentos posteriores a la LPRL referidos a riesgos específicos o actividades de especial peligrosidad, como el RD 488/1997, no hicieran referencia expresa a esa obligatoriedad¹³²¹, y por este motivo ha criticado que se haya renunciado a la posibilidad del establecimiento obligatorio de los controles médicos, entendiendo que no existe razón aparente para considerar que puedan vulnerar los derechos de la personalidad del teletrabajador¹³²².

Consideramos que estos reconocimientos deberían ser obligatorios, por regla general, en cualquier modalidad de teletrabajo, y en todo caso, serían exigibles en los supuestos en que el teletrabajo no se ejecuta mediante conexiones interactivas. En estos casos el empresario no puede realizar una vigilancia de la salud del trabajador en los mismos términos que la desempeñada en el centro de trabajo, ni comprobar otras alteraciones originadas por la utilización de las tecnologías de las comunicaciones¹³²³. Sin duda alguna, los reconocimientos médicos, oftalmológicos y osteomusculares que se realicen al trabajador deben ir acompañados por otro de tipo psicológico, puesto que como hemos visto es necesario que el teletrabajador reúna un perfil psicosocial¹³²⁴.

En el teletrabajo no interactivo los reconocimientos médicos pueden ser imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los teletrabajadores, y constituye un derecho de los trabajadores que sean realizados con cargo a la empresa por personal especializado¹³²⁵. Los resultados de la vigilancia de la salud, por ejemplo, obligan al empresario a proporcionar gratuitamente a los trabajadores dispositivos correctores especiales para la protección de la vista que sean adecuados al trabajo con el equipo de que se trate, si se demuestra su necesidad y siempre que no puedan utilizarse dispositivos correctores normales (art. 4.3 RD 488/177)¹³²⁶.

¹³²¹ PURCALLA BONILLA, Miguel A., "Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico", en AS, 1997-V, p. 693.

¹³²² THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 185.

¹³²³ En este sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1039.

¹³²⁴ En STC 15 de noviembre 2004 (RTC 2004/196) (Fj 7) se afirma que el reconocimiento médico en la relación laboral "no es una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar". En este sentido, no debemos olvidar la regla general establecida en el AMET basada en la voluntariedad del teletrabajo.

¹³²⁵ Por ejemplo, las revisiones oftalmológicas, traumatológicas o cualesquiera otras que sean necesarias, son "imprescindibles" para tener conocimiento de que la prestación de puestos de trabajo en determinadas condiciones no son perjudiciales para salud de los trabajadores. En este sentido, el art. 75.4 del CC Empresa Agencia EFE, S.A. (BOE 27 de enero 2005, núm. 23) establece que "Los trabajadores que desempeñen puestos de trabajo que, a juicio del Comité de Seguridad y Salud, sean prestados en determinadas condiciones de trabajo que requieran, para tener conocimiento de que no están siendo perjudiciales para la salud de los trabajadores, revisiones oftalmológicas, traumatológicas o cualesquiera otras que sean necesarias, tendrán derecho a que las mismas sean realizadas a cargo de la Empresa, por personal especializado. El Comité de Seguridad y Salud establecerá la periodicidad adecuada para cada supuesto".

¹³²⁶ En Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos con pantallas de visualización (<http://www.mtas.es/insh/practice/guias.htm>), se entiende por dispositivos correctores especiales "aquellos dispositivos correctores de la visión (normalmente gafas) que sean prescritos en los exámenes de salud, por el médico responsable de los mismos, con el fin de poder trabajar a las distancias requeridas específicamente en el puesto equipado con pantalla de visualización". Por dispositivos correctores normales entiende, "aquellos dispositivos destinados a corregir los defectos visuales con una finalidad distinta a la anterior". Por ejemplo, vid. art. 41.3 CC Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE 16 de agosto 2007, núm. 196).

En realidad, en el teletrabajo no interactivo el empresario no puede tener ninguna constancia del estado de salud del teletrabajador, ni siquiera en el caso de que estén previstas las visitas del personal técnico o representante en materia preventiva al domicilio o lugar de trabajo privado del trabajador, porque este personal no tiene encomendadas funciones de vigilancia de la salud. Por este motivo, el reconocimiento médico no sólo podría ser la *última ratio* en el proceso de evaluación de riesgos sino también una necesidad para la prevención de riesgos laborales¹³²⁷. Es decir, cuando el empleador no cuenta con un control permanente de la actividad con la que se teletrabaja y, por lo tanto, según la doctrina, no sea posible cualquier otro medio de la evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores¹³²⁸, se hace necesaria la obligatoriedad de los mencionados reconocimientos médicos en las tres fases (inicial, periódica y cuando aparezcan trastornos que puedan deberse al teletrabajo)¹³²⁹, incluido el teletrabajo móvil¹³³⁰.

En este sentido, debería ser plenamente aplicable con carácter obligatorio los reconocimientos médicos estipulados en la disposición legal del art. 4 del RD 488/1997, antes del inicio del teletrabajo, periódicamente y, en todo caso, cuando aparezcan trastornos que pudieran deberse a este tipo de trabajo¹³³¹ y para todo tipo de modalidad de teletrabajo, excepto el teletrabajo móvil. Este último sería exigible, no en virtud del RD, que lo excluye, sino atendiendo al razonamiento anterior y respetando las limitaciones legales (causar las menores molestias posibles al trabajador, proporcionalidad de las pruebas realizadas respecto del riesgo y el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador) del art. 22 LPRL¹³³². En todo caso, habrá que atender a las prescripciones contenidas en el art. 37 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP)¹³³³, en virtud del cual se establecen otras medidas de vigilancia médica de naturaleza voluntaria u obligatoria en virtud de las circunstancias que

¹³²⁷ MARTÍNEZ FONS, Daniel, *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 37.

¹³²⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; APARCIO TOVAR, Joaquín, *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, p. 152.

¹³²⁹ Por ejemplo, la Guía del Instituto Federal Alemán de Seguridad y Salud en el Trabajo aconseja controlar la vista de los trabajadores en dos ocasiones: "antes de comenzar el teletrabajo y en distintos periodos de la vida laboral", en MERCADER UGUINA, Jesús R., *Derecho del trabajo. Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, obra cit., p. 134. En la STJCE 12 de diciembre 1996, asuntos C-74/95 y C-129/1995, (TJCE 1996/231), todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la D. 90/270/CEE deben someterse al reconocimiento periódico de los ojos previsto en el art. 16.1.

¹³³⁰ Art. 8. 5 CC Getronics (BOE 9 de junio 2006, num. 137).

¹³³¹ En GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, "Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo", obra cit., p. 236, "la evaluación debe ser continua y el que el estado de salud se convierta en riesgo laboral es algo que puede producirse en cualquier momento".

¹³³² En relación a los límites legales, GOÑI SEIN, José Luis, "Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", en RDS, núm. 5, 1999, pp. 49 a 74; GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, *La vigilancia de la salud en el centro de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 25 a 31; PURCALLA BONILLA, Miguel A., "Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico", obra cit., pp. 697 a 705.

¹³³³ Art. 37 RSP prevé una evaluación de la salud inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos; una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud (...); y una vigilancia de la salud a intervalos periódicos.

se presenten en cada caso¹³³⁴. No obstante, entendemos junto con la doctrina que el carácter constitucional de la obligatoriedad contemplada en la disposición legal no se debe a que el empresario esté estableciendo una garantía de protección de la salud del trabajador, sino más bien una facultad empresarial en orden a comprobar la aptitud del trabajador para una tarea sujeta a riesgos específicos y, por lo tanto, verificar la necesidad de identificar las condiciones de salud incompatibles con el trabajo¹³³⁵.

En otro orden, debemos hacer referencia al tratamiento de la vigilancia de la salud en el teletrabajo contemplado en la negociación colectiva. En principio, cabe plantear si la negociación colectiva puede desarrollar las medidas de vigilancia de la salud y, en concreto, establecer pruebas obligatorias de vigilancia de la salud. Al margen de las distintas posturas doctrinales, que no se muestran partidarias de esta posibilidad, consideramos que, a falta de regulación legal del teletrabajo, la negociación colectiva puede ser el instrumento más idóneo en la regulación y desarrollo de la vigilancia de la salud¹³³⁶.

De esta manera, la vigilancia de la salud se puede llevar a cabo con el consentimiento expreso del trabajador pero “exceptuando los reconocimientos iniciales, necesarios para poder llevar a cabo un control y seguimiento de la evolución del estado de la salud del trabajador en relación con los riesgos derivados de su trabajo”¹³³⁷. En este sentido, la obligación del empresario no depende de su voluntad ni la del trabajador, “sino exclusivamente de la identificación de riesgos que eventualmente puedan tener efectos negativos sobre la salud del trabajador, puesto que son dichos riesgos, y no otra circunstancia, los que hacen exigible la conducta empresarial de vigilancia”¹³³⁸. Incluso la obligatoriedad de ese reconocimiento puede descansar en el deber de cooperación del trabajador con el

¹³³⁴ En MARTÍNEZ FONS, Daniel, *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales*, obra cit., pp. 47 y 48, los reconocimientos iniciales y los que procedan tras la asignación de nuevas funciones son obligatorios, “bien si existe un riesgo en la actividad, bien con la finalidad de detectar si el estado biológico del sujeto lo hace especialmente sensible para el desempeño de las tareas (...)”. Igualmente, “en relación con la evaluación de la salud del trabajador que reanude el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, (...) cuando constituya elemento imprescindible en la política preventiva (...)”.

¹³³⁵ En este mismo sentido, GOÑI SEIN, José Luis, “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, obra cit., p. 73.

¹³³⁶ En contra, entre otros, MARTÍNEZ FONS, Daniel, *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales*, obra cit., p. 45; GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, *La vigilancia de la salud en el centro de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 62. A favor, en los casos en que asuma una función de complementariedad respecto a la Ley y demás normas reglamentarias de desarrollo, (cuando el CC regule los supuestos en que la vigilancia asuma una función evaluadora de los efectos que provoca las condiciones de trabajo, las circunstancias de verificación de la adecuación del trabajador a su puesto o función, en el momento del ingreso, periódicamente o cuando lo exijan circunstancias personales), SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; GARCÍA BLASCO, Juan; GONZÁLEZ LABRADA, Manuel; CARDENAL CARRO, Miguel, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 215 y 216; “asumiendo una función aplicativa, de desarrollo o ejecutiva de las normas heterónomas sobre la cuestión”, en PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico”, en AS, 1997-V, p. 696.

¹³³⁷ Art. 75.2 del CC empresa Agencia EFE, S.A. (BOE 27 de enero 2005, núm. 23) y los restantes supuestos excepcionados en el art. 22 LPRL; art. 78 del CC del Grupo Motorpress Ibérica (BOE 22 de septiembre 2006, núm. 227) con respecto al derecho de los trabajadores que realicen trabajos en terminales de ordenadores, pantallas de grabación y de vídeo a una revisión médica especial (oftalmología, traumatología...) concebida especialmente para el puesto que desempeñan. En NAVARRO NIETO, Federico, “El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva”, obra cit., pp. 33 y 34, son frecuentes los convenios colectivos que disponen la obligatoriedad cuando se trate del momento del ingreso en la empresa, para lo que es necesario que se establezca algún tipo de condicionantes.

¹³³⁸ MARTÍNEZ FONS, Daniel, *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales*, obra cit., p. 32.

empresario para garantizar las condiciones de seguridad en el trabajo (art. 29. 2 LPRL), como también en la calificación como infracción laboral de la negativa del trabajador a su realización¹³³⁹.

En estos casos, la negociación colectiva junto con la evaluación de riesgos laborales, juega un papel importante en cuanto que es la encargada de manifestar cuáles son los riesgos existentes o los posibles daños derivados de la prestación del trabajo¹³⁴⁰. En este sentido, nos encontramos con convenios colectivos que recogen la obligatoriedad de los reconocimientos médicos que sirven al empresario para comprobar la aptitud del trabajador en relación con el teletrabajo. Estos reconocimientos médicos se pueden realizar, por ejemplo, antes de la incorporación del trabajador a la organización para evaluar los riesgos específicos¹³⁴¹, o bien cuando el trabajador se encuentre desplazado en cliente y, le sea requerido a la empresa el certificado de aptitud por parte de la empresa contratista del servicio (trabajadores móviles)¹³⁴², o incluso iniciada la relación laboral en los supuestos en los que se produzcan situaciones que así lo aconsejen¹³⁴³.

En definitiva, la negociación colectiva es el instrumento idóneo para concretar, en su caso, la obligatoriedad, voluntariedad o periodicidad de los reconocimientos médicos y, por tanto, para resolver los problemas aplicables a las previsiones reglamentarias en torno a la vigilancia de la salud, en relación con el art. 37.3b) de RSP¹³⁴⁴, sobre todo en el teletrabajo.

No obstante, la negociación colectiva puede contemplar otras medidas relacionadas con la vigilancia de la salud, otorgando cierto protagonismo al teletrabajador y legitimándole para solicitar visitas de inspección¹³⁴⁵ en los casos en que el empresario incumpla sus obligaciones en materia de seguridad y salud¹³⁴⁶. En estos casos, esta medida no sólo la puede llevar a cabo el trabajador, porque el empresario puede solicitar de los órganos competentes la mencionada visita en

¹³³⁹ En NAVARRO NIETO, Federico, "El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva", obra cit., p. 34.

¹³⁴⁰ MONTEBLANCO MONTESINOS, Santiago, "La utilización de pantallas de visualización en el trabajo: seguridad y salud", obra cit., p. 176. Por ejemplo, con especial valoración de los riesgos a trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, y trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, remitiéndose a la aplicación del protocolo de reconocimientos médicos para usuarios de pantallas de visualización del Ministerio de Sanidad, art. 29 del CC Empresa Reintegra, S.A. (BOE 12 de diciembre 2006, núm. 296).

¹³⁴¹ Art. 82.3 CC BP OIL España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190).

¹³⁴² Art. 8. 5 CC Getronics (BOE 9 de junio 2006, num. 137). En otros casos, la obligatoriedad se remite a lo dispuesto en el art. 22 LPRL ó 37 del RSP, art. 60 CC Digitex informática S.L. (BOE 10 noviembre de 2004, núm. 271); art. 60 CC Estatal para el Sector de Contact Center (BOE 20 de febrero 2008, núm. 44).

¹³⁴³ CC de la Empresa CTC Ingeniería Dedicada, S.A. (BOE 6 de mayo 2005, núm. 108). Art. 82.4 CC BP OIL España, S.A.U. (BOE 6 de agosto de 2010, núm. 190) determinando en cada planificación anual para cada uno de los riesgos de los puestos, los protocolos de vigilancia de la salud y las pruebas complementarias y la periodicidad, al menos anual.

¹³⁴⁴ En este sentido, PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, "Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico", en AS, 1997-V, p. 697.

¹³⁴⁵ Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002).

¹³⁴⁶ Por escrito a la dirección de la empresa especificando los motivos, en el Sector Industria, art. 31 Accordo 2 de julio 2004; art. 20 Accordo 28 de junio 2004; art. 20 Accordo 15 de junio 2004; Accordo 8 de junio 2004; Accordo 27 de mayo 2004; Accordo 24 de mayo 2004; art. 31. 7 Accordo 21 de mayo 2004; art. 20.7 Accordo 24 de abril 2004.

orden a exigir las supuestas responsabilidades derivadas del incumplimiento del trabajador de las obligaciones en materia de seguridad y salud¹³⁴⁷.

En materia de responsabilidad del empresario éste se exonera de responsabilidad penal y administrativa cuando el trabajador sufre un daño como consecuencia de no realizarse el reconocimiento médico voluntario a causa de la negativa del trabajador, salvo que esté en juego la salud de otros¹³⁴⁸, así como en los casos de responsabilidad civil en el caso que no concurra con un incumplimiento del deber de seguridad empresarial¹³⁴⁹. Esta exoneración, o al menos aminoración, empresarial de responsabilidad descansa en la autonomía del trabajador y en la libertad personal para tomar decisiones sobre su salud¹³⁵⁰. En este sentido, y precisamente por primar el derecho fundamental en cuestión, el trabajador asume el riesgo de peligro y, por lo tanto, no cabría la exigibilidad de responsabilidad del empresario por daños¹³⁵¹. En estos casos, la doctrina ha subrayado la necesidad de que el empresario deje acreditado el cumplimiento de la obligación empresarial mediante la elaboración de un protocolo certificado notarialmente, constando la renuncia al reconocimiento médico por medio de la cual el trabajador asume su propia responsabilidad¹³⁵².

4.6. Formación e información, consulta y participación

Tanto la formación en materia preventiva como la información sobre dicha materia son obligaciones de especial importancia en el teletrabajo¹³⁵³. Ello es así porque la formación debe ser específica, es decir, tiene que atender a las peculiaridades de esta forma de prestar servicios a distancia mediante la utilización de los

¹³⁴⁷ Al respecto, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", obra cit., p. 44.

¹³⁴⁸ Siempre y cuando el empresario no tome las medidas oportunas como las disciplinarias o, en los casos de exámenes obligatorios previos, no admitiéndolo al trabajo, en PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, CES, Madrid, 2005, p. 199.

¹³⁴⁹ En iguales términos, GOÑI SEIN, José Luis, "Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 74. En, LUQUE PARRA, Manuel, *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*, CES, Madrid, 2002, pp. 62 a 65, la culpa exclusiva de la víctima interrumpe el nexo causal (art. 1105 CC.), en p. 65, "nada impide que nos encontremos ante un accidente de trabajo en el que no concurra imprudencia alguna del trabajador, ni vulneración empresarial de ningún deber específico o del deber general de protección eficaz por su parte. En este supuesto, ninguna responsabilidad (civil o recargo) le será imputable al empresario". En general, CALVO GALLEGOS, Javier, *La obligación General de Prevención y la Responsabilidad Civil o Contractual del Empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

¹³⁵⁰ En GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; APARICIO TOVAR, Joaquín, *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Valladolid, 1996, p. 152, el trabajador "es libre de asumir riesgos para sí mismo a consecuencia de su negativa a someterse al control médico".

¹³⁵¹ En este mismo sentido, PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, obra cit., p. 111, añadiendo que tampoco cabría una sanción disciplinaria. Matizando, GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, *La vigilancia de la salud en el centro de trabajo*, obra cit., p. 100, que no cabe la sanción disciplinaria cuando el empresario pretenda someter al trabajador a pruebas médicas sin que esté legalmente obligado a realizárselas.

¹³⁵² GARCÍA SERRANO, Ana; PEDROSA ALQUÉZAR, Isabel, *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, La Ley, Madrid, 1999, p. 73.

¹³⁵³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1.041; IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1.062, la formación e información son las obligaciones que mayor incidencia pueden tener sobre las condiciones de seguridad en la prestación de trabajo.

medios telemáticos. Prueba de ello son las distintas menciones a la formación e información realizadas en el RD 488/1997 y en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002)¹³⁵⁴. En este último, se establece que la formación debe ser adecuada respecto al equipo técnico puesto a disposición del trabajador y a las características de esta forma de organización del trabajo. No obstante, la formación en prevención de riesgos tiene que ser específica y exclusiva para los teletrabajadores, y en todo caso necesaria, con independencia de que el equipo sea facilitado por el empleador, porque el trabajador ha de recibirla en relación con los riesgos laborales concretos que puedan presentarse¹³⁵⁵.

Los teletrabajadores y los representantes de los trabajadores deben recibir una formación e información adecuadas sobre los riesgos derivados de la utilización de los equipos que incluyan pantallas de visualización, así como las medidas de prevención y protección que hayan de adoptarse¹³⁵⁶. El empresario debe garantizar que cada trabajador reciba una formación adecuada sobre las modalidades de uso de equipos con pantallas de visualización, antes de comenzar el trabajo y cada vez que la organización del puesto de trabajo se modifique de forma apreciable, como ocurre con el teletrabajo¹³⁵⁷.

La formación específica en prevención de riesgos laborales puede llevarse a cabo, si el trabajador trabaja mediante una conexión interactiva, a través de la comunicación telemática, salvo que la naturaleza de la misma requiera la presencia del trabajador en la sede donde se preste la formación¹³⁵⁸. En concreto, esa formación específica debe atender a los problemas derivados del aislamiento y del cambio de horario de trabajo, favoreciendo la comunicación y la planificación de su jornada de trabajo y el aprendizaje de la gestión de la agenda del teletrabajador. En el caso de los teletrabajadores a domicilio, la formación debe ir dirigida al diseño de la oficina en casa (por ejemplo, ergonomía y cumplimiento de las normas de seguridad laboral)¹³⁵⁹ y particularmente, a los riesgos relacionados no sólo con la seguridad del teletrabajador sino también de aquellas otras personas que conviven en los ambientes próximos al lugar de trabajo del teletrabajador¹³⁶⁰.

¹³⁵⁴ Al respecto, en el ordenamiento italiano, LEPORE, Michele, "La sicurezza e la tutela della salute del telelavoratori. L'accordo europeo del 16 luglio 2002", *Argomenti di diritto del lavoro*, Tomo 2002, fasc. 3, p. 820.

¹³⁵⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo", obra cit., p. 44.

¹³⁵⁶ En este sentido, la obligación de formar es dinámica para FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, "Formación en materia de prevención de riesgos laborales", en OJEDA AVILÉS, Antonio, ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José (coord.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la ley 31/1995*, obra cit., pp. 301 y 302.

¹³⁵⁷ Art. 5.1 y 3 del RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. La formación inicial debe adecuarse a la capacidad y habilidades del trabajador, así como a las exigencias concretas de la tarea que se le vaya a encomendar, en Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos con pantallas de visualización (<http://www.mtas.es/inshht/practice/guias.htm>).

¹³⁵⁸ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Notas sobre la prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1042.

¹³⁵⁹ CIVIT, Cristina; MARCA, Montserrat, *Implantación del teletrabajo en Europa*, Gestión 2000, Barcelona, 2000, p. 146.

¹³⁶⁰ En este sentido, VISCOMI, Antonio, "La salute e la sicurezza", en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo; POTTI, Ubaldo, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il sole 24 ore, Milano, 1999, p. 147.

Otro aspecto relevante es que el empresario proporcione la formación necesaria para que la prestación de trabajo se realice en condiciones de seguridad, tanto para el trabajador como para quienes estén en ambientes próximos a su espacio laboral¹³⁶¹. El teletrabajador que realice la prestación de servicios en el domicilio, o en un lugar privado donde convive en un ámbito familiar, debe ser formado para mantener un nivel de seguridad no sólo para él mismo sino también para las personas que conviven en ese ámbito laboral-familiar, las cuales pueden sufrir las consecuencias de los efectos de las acciones u omisiones del trabajo realizadas por el teletrabajador¹³⁶². Esto es así porque, en todo caso, el empresario tiene que tener en cuenta las garantías constitucionales relativas a la libertad personal del trabajador y a la inviolabilidad del domicilio¹³⁶³.

En definitiva, el lugar que ocupa la formación en materia de seguridad y salud en el trabajo es relevante cuando está dirigida a la prevención de riesgos psíquicos en el teletrabajo. Así, por ejemplo, en relación con unos de los riesgos psicosociales más frecuentes, el estrés, se ha demostrado que los trabajadores que reciben formación para la innovación tecnológica (preparación para afrontar tareas complejas, desarrollar destrezas y aprendizaje continuo) tienen un mayor bienestar psicológico¹³⁶⁴. En este sentido, sería recomendable que las empresas incorporen dentro del objetivo del plan formativo en materia de teletrabajo las cuestiones psico-sociales precisas para una correcta adecuación al nuevo entorno laboral. Este módulo formativo estaría relacionado con las habilidades necesarias para la optimización de los recursos, la gestión del tiempo, el control del estrés, el tiempo de trabajo y su organización y, por último, las técnicas antiestrés¹³⁶⁵.

En materia de información, el empresario debe informar, entre otros, de los riesgos derivados de la utilización de los equipos informáticos y de las medidas de protección y prevención que deban adoptarse mediante mensajes recogidos en la Intranet de la empresa (recomendaciones, uso de tecnologías y prevenciones que deban adoptarse). La información también puede actualizarse en el salvapantallas o mediante circulares, e incluso puede aparecer en la alfombrilla para colocar el ratón del ordenador del trabajador conteniendo unas viñetas relacionadas con la salud laboral¹³⁶⁶. Respecto de este deber de información de la política y directivas

¹³⁶¹ En la Administración pública italiana, art. 5.5 Acuerdo colectivo marco de 23 marzo 2000.

¹³⁶² Existen en la negociación colectiva estipulaciones que obligan a los trabajadores a aplicar las medidas de seguridad, no sólo con respecto a su persona sino también respecto a aquellas otras personas próximas al espacio o lugar de trabajo, de acuerdo con la formación e instrucciones recibidas relativas a los medios e instrumentos de trabajo utilizados, vid. art. 62 CCNL 14 de octubre 2002.

¹³⁶³ En este sentido, VISCOMI, Antonio, "La salute e la sicurezza", en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo; POTTI, Ubaldo, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, obra cit., p. 163.

¹³⁶⁴ ALFARO DE PRADO, Ana; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-COLLADO, José, "Estrés laboral y tecnoestrés: un nuevo reto para los recursos humanos", *Trabajo*, núm. 14, 2004, p. 183.

¹³⁶⁵ Acuerdo Implantación Teletrabajo en Telefónica de España, S.A.U. (14 de febrero 2006).

¹³⁶⁶ BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, CES, Madrid, 2002, p. 218. En THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 189, la formación e información "deberá comprender el funcionamiento del software y la forma en que se puede llegar a producir daños para la salud, y el papel desempeñado por los propios trabajadores y sus representantes en el reconocimiento de dichos riesgos y los canales que pueden utilizar para comunicar los eventuales síntomas o deficiencias detectados".

empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo, algunos acuerdos colectivos de teletrabajo hacen mención a los riesgos específicos del teletrabajo, como por ejemplo los derivados de la utilización de videoterminales¹³⁶⁷; y otros contemplan la información de los riesgos y de las medidas de prevención de forma genérica, o sea, aquéllos asociados al puesto de trabajo¹³⁶⁸.

Por último, el papel de la información y la formación en materia preventiva se acentúa en el teletrabajo, desde el momento en que va ser un elemento relevante a la hora de determinar la responsabilidad del empresario de los riesgos en el teletrabajo¹³⁶⁹. En este sentido, es importante que el teletrabajador reciba la capacitación profesional necesaria, porque la responsabilidad del empresario se agrava cuando en el lugar de trabajo no existe un técnico, un facultativo o al menos un encargado experto o trabajador bien informado, para que dé las debidas instrucciones a los trabajadores previendo incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador¹³⁷⁰.

En relación al régimen jurídico de la consulta y participación de los trabajadores y sus representantes, el RD 488/1997 se remite expresamente a lo dispuesto en el art. 18.2 LPRL y, por lo tanto, rige lo estipulado en la LPRL al no existir especialidad alguna¹³⁷¹, al margen de los problemas de estas representaciones de los trabajadores en el teletrabajo¹³⁷². En este sentido, es importante subrayar la necesidad de que la empresa cuente con autorización expresa para que, mediante los técnicos y/o delegados de prevención, se pueda acceder al domicilio del teletrabajador para que éstos lleven a cabo las comprobaciones que estimen oportunas, previa notificación al interesado con 48 horas de antelación al menos, y autorización del teletrabajador, y con la observancias de las comunicaciones legales oportunas, siendo, a su vez, informados los representantes de los trabajadores de la evolución de los estudios y controles de la salud que determinen la incidencia del teletrabajo en la salud laboral¹³⁷³.

¹³⁶⁷ En Italia, Sector de Industria art. 31.8 del Accordo 2 de julio 2004, art. 20.7 del Accordo 28 de junio 2004, art. 20.7 del Accordo 15 de junio 2004, Accordo 8 de junio 2004, Accordo 27 de mayo 2004, Accordo 24 de mayo 2004, art. 31.7 del Accordo 21 de mayo 2004, art. 20.7 del Accordo 24 de abril 2004. En el Sector de la Administración pública; art. 5 CCNL 24 de mayo 2000.

¹³⁶⁸ En Italia, Sector de deportes, espectáculos y telecomunicaciones art. 26 CCNL 2 de febrero 2005, art. 26 de CCNL 6 de junio 2004, art. 30 CCNL 8 de junio 2000.

¹³⁶⁹ CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania, "Il telelavoro: profili giuridice e sociologici", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998-I, p. 441. Por ejemplo, en el Sector deportes, espectáculos y telecomunicaciones, art. 82 CCNL 20 de septiembre 2001.

¹³⁷⁰ STS 30 de junio 2003 (RJ 2003/7694). En este sentido, son frecuentes el número de convenios que establecen una conexión entre la formación general y la preventiva, al respecto NAVARRO NIETO, Federico, "El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva", obra cit., p. 27.

¹³⁷¹ VICENTE PACHÉS, Fernando, "Seguridad y salud en el teletrabajo", obra cit., p. 1.087.

¹³⁷² IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 1.063; igualmente, en CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Ambiente de trabajo y nueva técnicas normativas", obra cit., p. 20, en relación a la tutela del ambiente de trabajo desde el punto de vista sindical.

¹³⁷³ En estos mismos términos, Acuerdo implantación Teletrabajo en Telefónica de España, S.A.U. (14 de febrero 2006). En Italia, entre otros, en el Sector Industria, art. 31.7 Accordo 2 de julio 2004; en la Administración pública, art. 6 CCNL 23 marzo 2000; en el de Deportes, espectáculos y telecomunicaciones, art. 22 CCNL 28 de junio 2000. En los acuerdos de empresa, art. 5 Accordo Università di Pisa de 18 abril 2005, art. 15 Accordo Concommercio de 20 junio 1997, art. 2.8 Accordo Digital Equipment de 13 febrero 1995, art. 2.8 Accordo Dun & Bradstreet Kosmos de 8 de junio 1995.

4.7. Los teletrabajadores móviles

En materia de seguridad y salud en el teletrabajo debemos destacar que la tutela de la salud del teletrabajador puede sufrir cierta variación dependiendo de la modalidad de teletrabajo que lleve a cabo. En efecto, las empresas que exigen movilidad a los teletrabajadores y, por lo tanto, el denominado teletrabajo itinerante o móvil se enfrentan con riesgos asociados a esa movilidad¹³⁷⁴. Entre éstos estarían la presencia de factores estresantes, el incremento del riesgo de accidentes provocados en los desplazamientos mediante los medios de transporte, sobre todo, del automóvil; los conflictos en la salud del trabajador, con la correspondiente incidencia en la recuperación del descanso, ocasionados por la disponibilidad exigida al teletrabajador por el empresario bien en fines de semana o en turnos nocturnos; el aumento del síndrome carpiano por la utilización intensiva de los ordenadores portátiles¹³⁷⁵; y así un largo etcétera.

Los conflictos que en materia de seguridad y salud puedan surgir en torno al cumplimiento del empresario de sus obligaciones preventivas sobre estos trabajadores supera el ámbito de disponibilidad material y física en el que normalmente despliega todos sus efectos¹³⁷⁶, llegando incluso casi a desaparecer si el teletrabajador itinerante realiza la prestación no interactiva o cuando trabaje en un lugar proporcionado por el cliente como, por ejemplo, un establecimiento hotelero que escape de la órbita del empresario¹³⁷⁷. Sin entrar en el debate de la responsabilidad, el art. 14.1 y 2 de la LPRL es bastante explícito en cuanto al alcance de las obligaciones empresariales, máxime cuando la última reforma en esta materia concretó dichas acciones empresariales en una mayor diligencia empresarial ante la identificación de los riesgos, su evaluación y control¹³⁷⁸.

Con todo, a pesar de esta intensificación de las acciones empresariales en el control de los riesgos laborales, debemos cuestionarnos si puede limitarse

¹³⁷⁴ Son trabajadores que realizan "la ejecución de obra o servicios en cualquier punto de la geografía nacional", en localidad distinta a la que se radique el centro de trabajo o residencia habitual del empleado y, por lo tanto, no tiene la consideración formal de desplazamiento sino de incorporación a obra, vid. art. 9 IV CC de Amper Soluciones, S.A. (BOE 26 de septiembre 2006, núm. 230).

¹³⁷⁵ BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, obra cit., p. 219.

¹³⁷⁶ La actividad que realizan estos trabajadores está suficientemente justificada por razones productivas u organizativas que requieren la ejecución de obras o servicios en cualquier punto de la geografía nacional (art.9 IV CC de Amper Soluciones, S.A., BOE 26 de septiembre 2006, núm. 230).

¹³⁷⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 856.

¹³⁷⁸ En este sentido, CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen, "La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque", *TL*, núm. 73, 2004, p. 59, en relación a la nueva redacción del art. 14. 2 LPRL por Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Al respecto, la nueva redacción obliga a desarrollar al empresario una acción permanente consistente en el seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos. Además de realizar la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. No obstante, para la doctrina esta reforma "tendrá que venir acompañada, si pretende lograr sus objetivos, de otra serie de medidas de fomento y promoción de la prevención", en IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, obra cit., p. 74. En general, sobre el RD 171/2004 que desarrolla el artículo 24 de la LPRL, vid. DOMÍNGUEZ PEREJÓN, Carlos, "Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco normativo de la ley de prevención de riesgos laborales", *TL*, núm. 73, 2004, pp. 91 a 95.

el alcance de las obligaciones en los supuestos de teletrabajo itinerante o móvil y, en su caso, con qué protección cuentan estos trabajadores. En este sentido, es obvio que no puede limitarse el alcance de las obligaciones empresariales, pero no es menos cierto que algunas son de dudosa efectividad¹³⁷⁹. En cambio, en otros casos, el cumplimiento vendrá marcado por la propia dinámica de la prestación de trabajo cuando el propio trabajador pueda administrar los descansos con “cierta autonomía” y, por lo tanto, escoger los tiempos de descanso en el transcurso de una jornada laboral, sobre todo cuando ha realizado un período intensivo de trabajo con las tecnologías de la comunicación¹³⁸⁰.

En definitiva, es obvio que en el teletrabajo va a ser necesario contar con una especial colaboración del teletrabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo y, por lo tanto, habrá que estudiar el alcance del papel del empresario en relación con la exigibilidad o no de esa especial colaboración, cuestión que trataremos más adelante dentro de las obligaciones del teletrabajador¹³⁸¹.

En otras ocasiones, los problemas en materia de seguridad y salud laboral del teletrabajador disminuyen si son realizados en un telecentro donde se tiene que respetar el cumplimiento de las normas de prevención del lugar¹³⁸². En los telecentros el empresario, la Inspección de Trabajo y los representantes de los trabajadores pueden acceder al centro de trabajo (dotado con infraestructura para el teletrabajo) para comprobar el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo¹³⁸³. Esto significa que cada empresario tiene que verificar, por ejemplo, el estado de las instalaciones y de los equipos a los efectos del cumplimiento de la normativa preventiva conforme se incorporen sus trabajadores a un telecentro¹³⁸⁴.

Sin embargo, los efectos de la normativa preventiva no sólo se extienden a un telecentro, sino también a “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”¹³⁸⁵ como, por ejemplo, actividad en un lugar de trabajo de la empresa

¹³⁷⁹ Por ejemplo, en IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Teletrabajo y prevención de riesgos laborales”, obra cit., p. 1.063, la verificación del puesto de trabajo y de las interrupciones necesarias, evaluación de riesgos, reparto de tareas que evite la repetición, etc.

¹³⁸⁰ En este sentido, BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, obra cit., pp. 217 y 218.

¹³⁸¹ A favor de esa exigibilidad, al menos, para facilitar el acceso del empresario al domicilio del trabajador para el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 855.

¹³⁸² En BELZUNEGUI ERASO, Ángel, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, obra cit., pp. 221, “los teletrabajadores deben acoplarse a las condiciones físicas donde hayan de prestar su servicio”.

¹³⁸³ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 174.

¹³⁸⁴ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 175. Incluida la evaluación previa de los riesgos potenciales del telecentro en relación a la actividad de sus trabajadores, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 856.

¹³⁸⁵ Art. 2 RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (BOE 31 de enero 2004, núm. 27). En GALVÁN DE GRANDA, José Luis, “Consideraciones críticas del Reglamento sobre concurrencia de actividades empresariales”, Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales, núm. 3, 2005, p. 14, “Parece claro que el legislador ha querido restringir la libertad de movimientos del trabajador dentro del centro de trabajo y esta restricción traerá sin duda

cliente¹³⁸⁶. Esto significa que cuando en un mismo lugar de trabajo deban desarrollar actividades por razón de trabajo teletrabajadores y/o trabajadores de dos o más empresas, éstas deben cooperar en la aplicación de la normativa preventiva, independientemente de si entre los empresarios existe o no una relación jurídica, puesto que el único requisito que exige el art. 24.1 LPRL es el desempeño de un trabajo en un lugar común¹³⁸⁷, estableciendo los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección, prevención e información de los riesgos laborales (art. 24.1 LPRL). En este sentido, es significativo subrayar la trascendencia del deber de cooperación también en el teletrabajo, ya que la normativa ha extendido su aplicación a todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos. Este deber de cooperación se basa sobre todo en la información de los riesgos laborales que debe ser trasladada por cada empresa a sus respectivos trabajadores, que en el teletrabajo se comunica, en la medida de lo posible, mediante los instrumentos telemáticos¹³⁸⁸.

Por otro lado, el empresario titular del centro de trabajo, o la persona que ejerza los correspondientes poderes de disposición y gestión en el centro de trabajo¹³⁸⁹, tiene que adoptar las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores (art. 24.2 LPRL)¹³⁹⁰.

En los supuestos de contrata entre empresa de servicios informáticos y una empresa de “software” en que los trabajadores de la segunda desarrollan sus servicios en régimen de teletrabajo respecto de la empresa principal y, en su caso, también respecto de la contratista¹³⁹¹, sólo tiene lugar la aplicación del 24.3 LPRL en los supuestos de teletrabajo interactivo. En realidad, la actividad del teletrabajo mediante una conexión permanente y en tiempo real, entre la empresa principal y

sus consecuencias jurídicas. No es lo mismo que un trabajador se desplace a un lugar de su empresa al que pueda acceder, sin más, porque no hay prohibición alguna, que dicho desplazamiento no venga motivado por un deber, porque dicho desplazamiento, (...), al no estar motivado por un deber no se debería haber realizado”.

¹³⁸⁶ Que incluso alcanza a los espacios de utilización conjunta donde se mueven las redes de empresas y, por lo tanto, con mayor riesgo de accidentes de trabajo, al respecto OJEDA AVILÉS, Antonio, “Aspectos laborales de las redes de empresas”, *REDT*, núm. 125, 2005, pp. 910 y 911.

¹³⁸⁷ SALCEDO BELTRÁN, Carmen, *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 107.

¹³⁸⁸ En IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *Compendio de prevención de riesgos laborales*, Laborum, Murcia, 2004, p. 151, éste es uno de los aspectos con mayor trascendencia, dado que la LPRL “se presentaba más necesitada de cierto detalle”.

¹³⁸⁹ En este sentido, en interpretación del art. 2 RD 171/2004, IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *Compendio de prevención de riesgos laborales*, obra cit., p. 145.

¹³⁹⁰ Para GALVÁN DE GRANDA, José Luis, “Consideraciones críticas del Reglamento sobre concurrencia de actividades empresariales”, obra cit., p. 14, la definición del empresario titular del centro puede solucionar el problema de la titularidad del centro en la industria o en las ciudades (centros comerciales, edificio de oficinas, etc.), pero continúa siendo dificultosa en determinadas situaciones del campo (aparcería, etc.), y en ciertos sectores marisqueros.

¹³⁹¹ SERRANO OLIVARES, Raquel, “El elemento locativo de las contrata y subcontratas de obras y servicios”, *RL*, núm. 18, 2000, p. 56.

los trabajadores de la contratista, constata la “presencia virtual” del teletrabajador en los locales de la empresa principal en el desarrollo de su actividad¹³⁹². En este sentido, el art. 24.3 LPRL contempla que las empresas que contraten o subcontraten con otras para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de dichos contratistas y subcontratistas¹³⁹³.

Como se conoce, se trata de un deber de vigilancia que recae sobre la empresa principal, no sólo con respecto al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las contrataciones o subcontratas, sino también sobre los trabajadores de aquéllas que desarrollan la actividad en el centro de trabajo de la empresa principal¹³⁹⁴. Por lo tanto, el empresario tiene que vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva de los teletrabajadores, pero sólo de aquellos aspectos de la normativa que sean controlables porque los medios telemáticos se lo permitan, por ejemplo, las pausas y descansos. En realidad, como hemos visto anteriormente, hay obligaciones que son de difícil cumplimiento por parte del empresario, a no ser que cuenten con una especial colaboración o diligencia del trabajador, lo cual significa que “debiéramos estar ante un aumento de obligaciones del trabajador”¹³⁹⁵.

En definitiva, las prescripciones del art. 24 de la LPRL se trasladan al teletrabajo cuando la movilidad del teletrabajador se localiza en un telecentro o bien en otro lugar de trabajo de la empresa cliente. Ahora bien, independientemente de estas obligaciones empresariales, en los supuestos de coincidencia de varios trabajadores en un centro de trabajo hay que tener en cuenta que el empresario sigue siendo el sujeto obligado a la seguridad y salud de estos teletrabajadores en relación a todos los aspectos relacionados con el trabajo¹³⁹⁶. Sin embargo, en las situaciones de coordinación de actividades, no sólo persiste ese deber del empresario de garantizar con eficacia la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, sino que también es necesario establecer una serie de obligaciones

¹³⁹² En este mismo sentido, SERRANO OLIVARES, Raquel, “El elemento locativo de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, obra cit., pp. 56 y 57.

¹³⁹³ *In extenso*, RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José, “La coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales en caso de contrataciones o subcontratas de obras o servicios: el reparto de obligaciones entre las empresas concurrentes”, *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 3, pp. 22 a 45.

¹³⁹⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José, “La coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales en caso de contrataciones o subcontratas de obras o servicios: el reparto de obligaciones entre las empresas concurrentes”, obra cit., p. 41, “el deber de vigilancia de la empresa principal sobre los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista que desarrolla la actividad en el centro de trabajo de la primera, si bien no es absoluto, tampoco es inexistente”.

¹³⁹⁵ En este último aspecto, RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José “La coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales en caso de contrataciones o subcontratas de obras o servicios: el reparto de obligaciones entre las empresas concurrentes”, obra cit., p. 37.

¹³⁹⁶ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 175.

entre los distintos empresarios para que los empresarios de los otros trabajadores puedan también garantizar el mismo derecho¹³⁹⁷.

En este sentido, el papel del empresario en la seguridad y salud en el trabajo es principal. No obstante, la LPRL contempla de forma genérica las obligaciones de los trabajadores porque, en todo caso, el cumplimiento de las obligaciones del empresario necesita de la diligencia y colaboración del trabajador para lograr los objetivos de la seguridad y salud en la empresa¹³⁹⁸.

4.8. La trascendencia de las obligaciones en materia de seguridad y salud de los teletrabajadores

Las obligaciones de los teletrabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo van a tener una especial consideración, y más concretamente en el teletrabajo desarrollado en el domicilio del teletrabajador, o bien en otro lugar de carácter privado y, en general, en todas aquellas formas de teletrabajo subordinado que limitan o impiden el ejercicio de control del cumplimiento de las medidas preventivas por parte del empleador.

En materia de seguridad y salud en el trabajo no se puede decir que exista un deber general de seguridad del trabajador equiparable al del empresario. En nuestra normativa el verdadero sujeto directamente obligado a la adopción de las medidas de seguridad es el empresario, que tiene atribuidos los poderes de dirección y organización en la empresa (art. 20. 1 y 2 ET)¹³⁹⁹. Al trabajador le corresponden una serie de deberes implícitos en el contrato de trabajo que van a desembocar en la exigibilidad en el teletrabajo de una colaboración especial en materia de seguridad y salud en el trabajo. Así, por ejemplo, en los casos de teletrabajo a domicilio o realización de la actividad en un lugar privado al que no tenga acceso directo e inmediato el empresario, se hace necesario extremar la diligencia exigida al trabajador¹⁴⁰⁰.

En este sentido, la seguridad en el lugar de trabajo coincidente con el domicilio del teletrabajador va a provocar que sea el propio trabajador el que tenga que responder a los problemas que se le presenten¹⁴⁰¹. En materia de prevención

¹³⁹⁷ DÍAZ ALCARAZ, Ramón "Coordinación de actividades en el sector de la construcción", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 3, 2005, p. 127.

¹³⁹⁸ En parecidos términos, GARCÍA NINET, José Ignacio; VICENTE PALACIO, Arántzazu, en GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.), *Manual de prevención de riesgos laborales*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 275.

¹³⁹⁹ LOZANO LARES, Francisco, "Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad", *TL*, núm. 50, 1999, pp. 152 y 153.

¹⁴⁰⁰ En este sentido, con respecto al contrato a domicilio, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966, p. 347. Hay que tener en cuenta que el núcleo de la diligencia se encuentra en "la atención y cuidado exigibles en la realización del trabajo", en MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 564.

¹⁴⁰¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", obra cit., p. 1333.

de riesgos laborales en el teletrabajo nos encontramos con que el empresario no va tener ese poder de disposición de los medios materiales de producción cuando no tenga el control de los mismos, por lo que el cumplimiento de su obligación puede ser defectuoso¹⁴⁰². En estos casos, es de recibo que el teletrabajador se convierta en el sujeto “directamente” obligado al cumplimiento de la normativa preventiva, afirmación totalmente contraria al espíritu formal de la LPRL y demás normas de desarrollo¹⁴⁰³.

En efecto, el empresario tiene la obligación contemplada en el art. 14.1 LPRL de velar por la seguridad y salud de los trabajadores a domicilio. Sin embargo no puede cumplir con esa obligación porque la falta de presencia física impide la verificación de ciertas medidas de prevención. Esto significa que es necesaria la corresponsabilidad entre el teletrabajador y el empresario en materia de seguridad en el trabajo y, por lo tanto, un reparto de las obligaciones en seguridad y salud en el trabajo que permitan al empresario responder “de aquello que se encuentre en su ámbito organizacional” (información; medidas de protección y prevención aplicables, como por ejemplo, adopción de medidas de instalación adecuada y revisiones periódicas de los equipos informáticos; formación adecuada antes del inicio del teletrabajo y cada vez que se modifique significativamente la organización del trabajo)¹⁴⁰⁴. A cada teletrabajador corresponderá el cumplimiento de las obligaciones que, con carácter general, se contemplan en el ET¹⁴⁰⁵ y específicamente en el art. 29 LPRL.

En este sentido, teniendo en cuenta la regulación contenida en este último precepto vamos a estudiar la trascendencia de las obligaciones del trabajador y su proyección en el teletrabajo, atendiendo a la clasificación doctrinal de las obligaciones del trabajador¹⁴⁰⁶.

4.8.1. Las obligaciones generales del teletrabajador

Dentro de esta clasificación se han incluido los deberes de autoprotección del trabajador, de cumplimiento de las medidas de prevención y de cooperación del

¹⁴⁰² Así, por ejemplo, el art. 53.12 del IV CC Amper Soluciones, S.A. (BOE 26 de septiembre 2006, núm. 230) considera falta grave la falta de colaboración del trabajador en los procesos de investigación en materia preventiva.

¹⁴⁰³ En LOZANO LARES, Francisco, “Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad”, obra cit., p. 152, se dice “si, en alguna parte y durante algún tiempo, alguien distinto al empresario controlara los medios materiales de producción, resultaría obvio que se convertiría en directo responsable del cumplimiento de las legislaciones nacionales de prevención de riesgos laborales dictadas al efecto”.

¹⁴⁰⁴ ALIAGA CASANOVA, Alfonso Carlos, “El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respecto a la intimidad (I)”, *Diario La Ley*, núm. 5397, martes 16 de octubre 2001, p. 3.

¹⁴⁰⁵ Arts. 5 y 19 del ET. El primero incluido en la obediencia a las instrucciones del empleador en el ejercicio regular de su poder de dirección, y el segundo cuya prescripción es “prácticamente reiterativa de la anterior”, en SENRA BIEDMA, Rafael, “Las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales sus responsabilidades”, en ARAMEDÍ SÁNCHEZ, Juan Pablo, *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, obra cit., p. 414.

¹⁴⁰⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, en OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARCACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, M^o José (coord.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la ley 31/1995*, obra cit., pp. 208 a 225.

trabajador con el empresario que, a su vez, son expresión de los deberes básicos laborales contemplados en el art. 5 a) y c) ET (deber de buena fe, diligencia y deber de obediencia)¹⁴⁰⁷.

4.8.1.1. *Deber de autoprotección del teletrabajador y el de protección de terceras personas*

En relación con el deber de autoprotección, al teletrabajador le corresponde velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional. El problema consiste en si debemos entender que dentro del concepto de terceras personas se encuentran incluidos los familiares que convivan con el teletrabajador o, en general, las personas ajenas a la actividad empresarial que tengan acceso al lugar de trabajo en la modalidad de teletrabajo a domicilio¹⁴⁰⁸. En este supuesto, el legislador no sólo estaba pensando en la propia protección del trabajador en la realización de su trabajo, sino también en la de aquellos otros trabajadores del centro de trabajo a los que pudiera afectar esa realización del trabajo.

En el caso del teletrabajo a domicilio, el deber de autoprotección también es de aplicación pero sólo con respecto al teletrabajador y/o teletrabajadores que se puedan encontrar en el domicilio del teletrabajador o en otro lugar privado. Y con respecto a los familiares o personas que convivan con él, incluyendo la presencia en el lugar de trabajo de personas ajenas a la actividad productiva, el deber de velar por su seguridad se entiende, no en relación al mandato del art. 29.1 LPRL, sino en virtud “de la obligación genérica de diligencia que recae sobre el trabajador en el desarrollo de su prestación”¹⁴⁰⁹.

En este sentido, el sujeto obligado a salvaguardar la seguridad es el que detenta el control directo e inmediato de la organización productiva, en este caso, el teletrabajador que realiza su prestación en su propio domicilio o en otro lugar privado. El teletrabajador se convierte en el sujeto obligado de seguridad, exonerando al empresario de la responsabilidad que pudiera derivar cuando éste haya cumplido con sus obligaciones empresariales como, por ejemplo, comprobar “la idoneidad del particular medio de trabajo”, llevar a cabo revisiones periódicas y otras análogas.¹⁴¹⁰ En la práctica, los acuerdos colectivos de teletrabajo suelen contemplar este deber de seguridad no sólo frente al teletrabajador, de acuerdo

¹⁴⁰⁷ En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, obra cit., p. 210.

¹⁴⁰⁸ En, LOZANO LARES, Francisco, “Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales”, obra cit., p. 159, en los casos de la presencia de persona ajena a la actividad productiva en el centro de trabajo se declara que “surgiría un deber adicional de cada trabajador de velar por la seguridad de esa tercera persona, pero no porque exista una específica obligación laboral” sino porque “lo contrario supondría incurrir (...), en un delito de omisión del deber de socorro...”.

¹⁴⁰⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, obra cit., p. 212.

¹⁴¹⁰ En ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 854, se recuerda que la evaluación inicial de riesgos es preceptiva.

con su formación y a las instrucciones recibidas del empleador, sino también con respecto a las personas que convivan con él¹⁴¹¹.

En el teletrabajo, el empresario no se limita a imponer al trabajador el respeto de las normas protectoras, sino que además éste se convierte en sujeto activo, debiendo cuidar de su propia salud y seguridad y de las otras personas que coinciden con él en su lugar de trabajo, puesto que las acciones u omisiones del teletrabajador en la realización de la prestación de servicios pueden afectar también a su seguridad. El teletrabajador es el principal interesado en la propia salud y, si es debidamente informado y formado, es el mejor artífice para promover una eficaz prevención de los riesgos en el trabajo. En el teletrabajo la responsabilidad del teletrabajador en orden a la protección de la seguridad y salud tiene un peso mayor si se considera que el empresario no tiene la posibilidad de verificar y controlar el cumplimiento de esas instrucciones empresariales¹⁴¹².

Por este motivo, es importante resaltar la importancia del Acuerdo de Teletrabajo en el momento que establezca una serie de recomendaciones en materia de prevención y salud laboral, o bien que se cuente con la elaboración de unas guías de buenas prácticas del teletrabajador en esta materia. No obstante, el empresario puede contribuir con esa necesaria corresponsabilidad a la que anteriormente hicimos referencia adoptando una serie de estrategias dirigidas a promocionar mediante una serie de incentivos, premios y otras ventajas a quienes destaquen por su preocupación en materia de prevención de riesgos laborales.

4.8.1.2. *Deber de cumplimiento de las medidas de prevención adoptadas*

Otra obligación que corresponde a los trabajadores en materia de seguridad y salud en el teletrabajo es la de obediencia. Al teletrabajador le corresponde velar por su propia seguridad y salud según sus posibilidades mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas (art. 29.1 LPRL). El deber de obediencia no se refiere sólo a las medidas impuestas por el empresario en orden al poder de dirección sino también “a las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene” (art. 19.2 ET), incluidas las acordadas en convenios colectivos. El trabajador, por un lado, tiene una obligación contractual respecto a las medidas empresariales independientemente de su propia valoración y, por otro, otra de carácter público respecto “a las normas legales y reglamentarias”. Esta obligación de carácter público no es auténtica, puesto que no existe un poder de imposición de sanciones “públicas” al trabajador, sino que aquéllas se imponen por el empresario en el ejercicio de la potestad disciplinaria (art. 29.2 LPRL)¹⁴¹³.

¹⁴¹¹ Entre otros, art. 2.8 del Acuerdo de Dun & Bradstreet Kosmos de 8 junio 1995; art. 2.8 Acuerdo Digital Equipment de 13 febrero 1996; art. 15 Acuerdo Concommerce de 20 junio 1997. En el sector industria, entre otros, art. 31 Accordo 2 de julio 2004.

¹⁴¹² En este sentido, CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania, “Il telelavoro: profili giuridici e sociologici», obra cit., p. 441. Igualmente, LAI, Marco, “Telelavoro e disciplina prevenzionistica”, en *Diritto e pratica del lavoro*, núm. 4/2003, p. 269; PONTRANDOLFI, Fabio, “Il telelavoro. Profili della sicurezza e del controllo a distanza e prime applicazioni pratiche”, en *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1999-II, p. 1002.

¹⁴¹³ *In extenso*, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, obra cit., pp. 214 a 216.

No obstante, el legislador debería atender a una modificación en orden a la imputación de la responsabilidad administrativa al trabajador, porque la obligación de obediencia tiene una peculiaridad. No es sólo una obligación que deriva de los poderes públicos o del empresario como obligación contractual, “sino también del propio trabajador interesado, que ha de soportar formalmente un deber jurídico en garantía de la satisfacción de sus derechos e intereses respecto de una prestación laboral segura”¹⁴¹⁴.

4.8.1.3. *Deber de cooperación del teletrabajador con el empresario*

En tercer lugar, para que el empresario pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud, el trabajador debe cooperar con aquél (art. 29.6 LPRL)¹⁴¹⁵. En el teletrabajo, esta obligación, considerada en el ámbito de la prevención de riesgos laborales como una “auténtica plasmación legal del genérico deber”¹⁴¹⁶, se concreta en que el teletrabajador debe tener una conducta que permita al empresario garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. En este sentido, la doctrina ha advertido de la obligación del teletrabajador de permitir la presencia del empresario y técnicos especializados en materia de seguridad y salud en el trabajo en el domicilio del teletrabajador, con la finalidad de que ese personal pueda verificar la idoneidad del lugar de trabajo a los efectos de la obligación establecida en el art. (16 LPRL), es decir, en relación a la evaluación inicial de los riesgos en el trabajo¹⁴¹⁷. Las características del teletrabajo requieren que el empresario necesite comprobar el estado de las instalaciones y, en general, controlar el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud por parte del teletrabajador.

En el teletrabajo a domicilio el control empresarial y de la Inspección de Trabajo necesitan de la autorización del titular del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad¹⁴¹⁸. El respeto a estos derechos

¹⁴¹⁴ En este sentido, con respecto a los arts. 5.b) y 19. 2 ET, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “Derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, obra cit., p. 44, añadiendo que “la imposición de este deber legal al trabajador (...) constituye, a fin de cuentas, un verdadero mecanismo de cierre del sistema de protección de la vida e integridad de su persona en la realización del trabajo contractualmente debido”.

¹⁴¹⁵ En GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, obra cit., p. 217, el trabajador debe “una conducta de cumplimiento contractual, consistente en una actitud o predisposición de cumplir con su prestación (entendida en su sentido amplio...), más allá de las obligaciones legales o en función de las órdenes concretas que reciba del empresario, siendo una expresión del desarrollo de la relación laboral de acuerdo al deber de buena fe”.

¹⁴¹⁶ En este mismo sentido, LOZANO LARES, Francisco, “Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales”, obra cit., p. 160.

¹⁴¹⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., p. 854, en parecidos términos MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia, “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, obra cit., pp. 997 y 998.

¹⁴¹⁸ Sobre las dificultades para llevarla a cabo por parte de la Inspección de Trabajo, FERNÁNDEZ ORRICO, Fco Javier, “El uso del teletrabajo como relación laboral, y su conexión con la actuación de la inspección de trabajo, a la luz del artículo 18 de la constitución”, en AAVV, *La descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., pp. 993 y 994. Sin embargo, como las medidas que se tienen que adoptar en materia preventiva son responsabilidad exclusiva del empresario “no parece justificada una actitud obstaculizadora por parte del trabajador”, en MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia, “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, obra cit., p. 1.001.

constitucionales, como anteriormente hemos visto, se logra mediante el consentimiento del propio teletrabajador que, previo aviso, autoriza el acceso al domicilio para el desempeño de la labor de control a los sujetos encargados de la seguridad y salud en el trabajo. Si el teletrabajador no da su consentimiento o no justifica razonadamente su negativa, esta falta de colaboración puede dar lugar a la correspondiente sanción disciplinaria por parte del empleador¹⁴¹⁹. Sin embargo, la discrecionalidad del poder disciplinario en la defensa del interés empresarial se torna obligatoria cuando el empresario debe velar por unos intereses que originariamente no son suyos y, por lo tanto, su defensa se integra en la esfera del control empresarial¹⁴²⁰.

Lo mismo cabe decir con respecto a otras obligaciones empresariales que necesitan de esta especial colaboración, como por ejemplo la formación, porque el trabajador tiene la obligación de seguir los cursos de formación teórica y práctica (art. 19 LPRL); o la vigilancia de la salud, en cuanto que el trabajador tiene la obligación de someterse a la vigilancia médica de su salud (art. 22 LPRL). Es indudable que estas obligaciones nacen como contrapartida al deber empresarial, de tal manera que su cumplimiento es el que hace eficaz la obligación empresarial¹⁴²¹. En estos casos, consideramos que las consecuencias de la negativa del trabajador a que se penetre en su domicilio para que los técnicos o incluso la Inspección de Trabajo lleven a cabo sus funciones controladoras, pueden evitarse si atendemos a la, citada con anterioridad, “razonabilidad en la forma de introducir e implantar la cultura preventiva” en el teletrabajo¹⁴²².

La cultura preventiva se debe extender a la forma de ejercer el control del cumplimiento de las normas de seguridad por los empleadores, de forma que los funcionarios técnicos de las Comunidades Autónomas ejerzan las competencias de asesoramiento, comprobación e información en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 2.2 Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos) con una finalidad claramente preventiva lejos de las propuestas de sanción de la Inspección de Trabajo¹⁴²³ y colaboradora con la dirección de las empresas y los trabajadores con el objeto de ayudarles a cumplir sus obligaciones legales.

¹⁴¹⁹ SIERRA BENÍTEZ, E. Macarena, “Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, obra cit., p. 880. En otro sentido, la negativa a las visitas puede ser sancionada según MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 258 y 259 “solamente en casos excepcionales en los que puedan existir indicios sobre incumplimientos”.

¹⁴²⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *RMTAS*, núm. 23, p. 162.

¹⁴²¹ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo”, obra cit., pp. 231 a 239.

¹⁴²² VÁZQUEZ MATEO, Felipe “Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva”, obra cit., p. 30.

¹⁴²³ Igualmente, VÁZQUEZ MATEO, Felipe “Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva”, obra cit., p. 34.

4.8.2. Las obligaciones específicas del teletrabajador

El art. 29.2 LPRL contempla otras cinco obligaciones del trabajador que tienen la consideración de específicas, pero que no dejan de ser derivación de las obligaciones genéricas vistas anteriormente. Se trata de unos meros deberes de comportamiento y de la exigibilidad de una conducta¹⁴²⁴, por ejemplo, en relación al uso adecuado de los medios con los que se desarrolle la actividad (máquinas, aparatos y otros similares); a la utilización correcta de equipos facilitados por el empleador y de los dispositivos de seguridad (art. 29.2 1º, 2º y 3º LPRL). En concreto, corresponde al teletrabajador utilizar adecuadamente los medios de trabajo y evitar su uso por familiares o terceros ajenos a la relación laboral.

La particularidad que reúnen estas obligaciones junto a las anteriores es que, en el teletrabajo, es necesario que el teletrabajador actúe con la diligencia debida para conservar en buen estado los equipos que le han sido asignados, y velar por el mantenimiento de unos niveles adecuados de seguridad en el trabajo. Este comportamiento es importante en la determinación de las responsabilidades en materia preventiva, puesto que el empresario no puede llevar a cabo un control directo y continuo de los equipos e instalaciones para la práctica del teletrabajo¹⁴²⁵. En el teletrabajo a domicilio, a falta de la vigilancia y supervisión directa del empresario, y salvo que se establezcan controles periódicos, es el teletrabajador el que de forma directa e inmediata vela por esos niveles adecuados de seguridad (características de los locales, instalaciones, equipos y demás útiles)¹⁴²⁶.

En definitiva, son obligaciones que en materia de seguridad y salud se imponen a los teletrabajadores (art. 29. 1 y 2 LPRL) pero, como ha advertido la doctrina, se trata de unas obligaciones "demasiado genéricas" para lograr la efectividad de su cumplimiento cuando la prestación de servicios se desempeña en el hogar familiar o en otro lugar¹⁴²⁷.

Desde un punto de vista formal, aunque se ha afirmado con respecto a las obligaciones del empresario que no existen datos normativos que permitan deducir que la vinculación de las obligaciones del trabajador sea menor¹⁴²⁸, lo cierto es que pierde efectividad cuando no se prevé consecuencia sancionadora en el caso de su incumplimiento, lo que en la práctica hace que la responsabilidad del trabajador

¹⁴²⁴ En este sentido, LOZANO LARES, Francisco, "Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales", obra cit., p. 162.

¹⁴²⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", obra cit., p. 855.

¹⁴²⁶ MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", obra cit., p. 996.

¹⁴²⁷ MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", obra cit., p. 997.

¹⁴²⁸ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, "El poder disciplinario en la organización de la empresa", obra cit., p. 159. En GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, "Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo", obra cit., p. 239, las obligaciones del trabajador son obligaciones secundarias respecto del empresario.

se convierta en inexistente¹⁴²⁹. Este no es sólo un inconveniente del teletrabajo a domicilio sino también, en líneas generales, del teletrabajo subordinado. La solución pasa por la necesidad de adoptar una regulación específica que atienda la problemática del teletrabajo para hacer efectivo el mandato constitucional contemplado en el art. 40.2 CE.

4.9. Consideraciones finales

En materia de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo debemos tener en cuenta que las peculiaridades de la prestación impiden que el empresario realice una vigilancia de la salud. Los mecanismos acordados de visitas al lugar de trabajo para que el empresario, técnicos y otros sujetos puedan realizar la actividad de control, permiten que el empresario pueda cumplir con aquellas obligaciones empresariales que necesitan de esa inspección. En estos casos, el empresario necesita de esa especial colaboración del teletrabajador, y los mecanismos con los que cuenta para su exigibilidad se reducen a la potestad disciplinaria empresarial.

No obstante, existen obligaciones que corresponden al empresario garantizar y que, por las características del teletrabajo, van a ser de imposible cumplimiento o de escasa efectividad práctica, ya que el empresario no puede controlar permanentemente el lugar del trabajo desde un punto de vista preventivo¹⁴³⁰. En esta materia es necesaria una regulación específica de prevención de riesgos laborales que atienda a las peculiaridades del lugar de trabajo y a las nuevas formas de organización del trabajo¹⁴³¹. En este sentido, se debería prever un sistema de corresponsabilidad del teletrabajador con el empresario, por medio del cual el teletrabajador respondiera de las infracciones en esta materia cuando su conducta impidiera que el empresario adoptara las medidas de seguridad necesarias¹⁴³². La normativa debería contemplar un cuadro de medidas preventivas a los efectos de su exigibilidad. El teletrabajo puede provocar que el incumplimiento en materia de seguridad y salud se deba exclusivamente a la conducta del trabajador por lo que, en estos casos, el empresario debe quedar exonerado de responsabilidad, si ha cumplido con las obligaciones realizables en el teletrabajo, y cuando no pueda cumplir con la obligación de vigilancia sobre la conducta del trabajador¹⁴³³.

¹⁴²⁹ En este sentido, MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", obra cit., pp. 997.

¹⁴³⁰ En este sentido, con respecto al trabajo a domicilio MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", obra cit., p. 1007.

¹⁴³¹ La ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, se limitó a adecuar la normativa de prevención de riesgos laborales a las nuevas formas de organización del trabajo, pero en relación a las diversas formas de subcontratación y al sector de la construcción, pero sin incluir ni el trabajo a domicilio ni el teletrabajo.

¹⁴³² MORENO CÁLIZ, Susana; MARTÍN ALBÀ, Sonia, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", obra cit., p. 1012.

¹⁴³³ En ALFONSO MELLADO, Carlos L., "Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", p. 54, en XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social, La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral, febrero de 2005 (<http://www.uoc.edu/symposia/dretsocial/esp/index.html>), afirma que no cabe una exoneración de responsabilidad del empresario o una "compensación de culpas" cuando sobre el empresario pesa una obligación de vigilancia sobre la conducta del trabajador.

CAPÍTULO V

EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO EN EL TELETRABAJO

El poder de control del empresario en el teletrabajo

5.1. Introducción

La introducción de las nuevas tecnologías de la información en la empresa no altera en esencia la naturaleza de los poderes de dirección del empresario sino su forma de manifestarse¹⁴³⁴. Los poderes empresariales se adaptan a las nuevas formas de organización y de gestión del trabajo en el interior de la empresa, surgiendo “nuevos hábitos del poder de dirección del empresario”¹⁴³⁵. En el teletrabajo el poder directivo no tiene características muy diferentes a las que le son propias en el trabajo subordinado presencial. En el trabajo informático el elemento cualitativamente diferente no viene dado por el concreto contenido del poder, sino principalmente por el medio técnico –el ordenador- mediante el cual la “heterodirección” puede ser ejercitada. La peculiaridad del poder directivo se detecta en la posibilidad de transmitir órdenes por vía informática atendiendo al tipo de conexión¹⁴³⁶.

Una conexión interactiva permite al empresario transmitir las órdenes e instrucciones digitales en cualquier momento, igual que si el trabajador tuviera una presencia física en la empresa. En los otros tipos de conexión no interactiva, como en el teletrabajo *off line*, donde no existe contacto directo entre el ordenador central y ordenadores externos, y en el teletrabajo *one way line* o teletrabajo a domicilio, cuya conexión unívoca no incide en la configuración del poder directivo¹⁴³⁷, las instrucciones se pueden realizar mediante un programa operativo específico (software), siempre y cuando el teletrabajador no goce de una autonomía funcional en cuanto al desarrollo de las tareas. Por el contrario, en aquellos casos en que el teletrabajador tenga un amplio margen de autonomía,

¹⁴³⁴ En relación con la repercusión de las nuevas tecnologías en la empresa GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 37.

¹⁴³⁵ PUJOLAR, Olivier, “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. 141.

¹⁴³⁶ DESSI, Ombreta, “Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, obra cit., pp. 184 y 185.

¹⁴³⁷ DESSI, Ombreta, “Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, obra cit., p. 186.

esas instrucciones se presentan como manifestación del poder de dirección mediante el “ius variandi” o poder de modificación de las tareas existentes por otras nuevas¹⁴³⁸. En cualquier caso, el ejercicio del poder directivo por medio de los recursos informáticos se puede incorporar en la propia estructura de la organización productiva sin necesidad de recurrir a las órdenes específicas tradicionales¹⁴³⁹.

Entendemos que los cambios técnico-organizativos no afectan al contenido o naturaleza del poder de dirección ni suponen la aparición de unas características distintas a las propias de una relación laboral no virtual, sino que en realidad afectan al modelo de relaciones laborales en el lugar de trabajo, potenciando el papel de la autonomía individual o logrando “un reequilibrio de poderes colectivos” en el seno de las organizaciones productivas, reforzando “el papel gestional de los convenios y acuerdos colectivos”. La regulación convencional que tradicionalmente ha tratado los aspectos instrumentales de la organización del trabajo amplía su contenido a materias que originariamente correspondían al empresario¹⁴⁴⁰. Las cuestiones que afectan a las nuevas tecnologías en el ámbito organizacional y de dirección del empresario tienen o pueden tener su repercusión en las condiciones de trabajo e integrarse en el contenido material del convenio colectivo (art. 37.1 CE y 85.1 ET)¹⁴⁴¹ como, por ejemplo, el uso de los instrumentos de comunicación del trabajo para la información entre los trabajadores y los representantes de los trabajadores. En cuanto al papel de la autonomía individual, la flexibilidad ha permitido un mayor margen de disponibilidad empresarial y un reforzamiento del poder de dirección. En nuestra opinión, esto implica que el Derecho del Trabajo debe adaptar los instrumentos de protección del trabajador a las nuevas realidades y con ello aproximarse “a la lógica contractual” redescubriéndose, por tanto, “el contrato como instrumento de limitación de los poderes empresariales” y que “haya recobrado actualidad” el papel de la buena fe en el contrato de trabajo¹⁴⁴².

Sin embargo, estas cuestiones relacionadas con la flexibilidad laboral no son de las más polémicas en el ámbito del Derecho del Trabajo. En lo que respecta al teletrabajo, la cuestión más controvertida es la relativa al poder de vigilancia y control empresarial y la amenaza que el uso de los medios informáticos supondría para la privacidad de los teletrabajadores¹⁴⁴³. La dirección y control empresariales

¹⁴³⁸ THIBAULT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2001, pp. 45 y 46.

¹⁴³⁹ DESSI, Ombretta, “Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo”, obra cit., p. 169.

¹⁴⁴⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, M^a Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 203 y 211. Todo ello con independencia del papel que, desde la normativa comunitaria, tienen asignado los representantes de los trabajadores en relación a la implicación en las cuestiones generales de organización y funcionamiento de la empresa, si bien es cierto, limitado a la denominada sociedad anónima europea y sociedad cooperativa, *in extenso* vid. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)”, en *REDT*, núm. 133, 2007, pp. 5 a 34.

¹⁴⁴¹ GALA DURÁN, Carolina; PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.); LUQUE PARRA, Manuel (coord.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, p. 317.

¹⁴⁴² RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Poder de dirección y derecho contractual”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 12, 13 y 17. *In extenso*, el mismo autor en “Buena fe y ejercicio de poderes empresariales”, *RL*, Tomo III, 2003, pp. 35 a 46.

¹⁴⁴³ GONZÁLEZ MEDINA, M^a Dolores; LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, “El teletrabajo y la privacidad del trabajador”,

se incorporan al propio instrumento de trabajo (ordenador, órdenes regulares por e-mail o teléfono móvil), o bien a los resultados del trabajo¹⁴⁴⁴. Esto implica que el empresario puede adoptar cuantas medidas de vigilancia y control “informático” estime oportunas para verificar que el trabajador cumple con sus obligaciones y deberes laborales, siempre respetando los límites establecidos por el ET en cuanto a su adopción y aplicación, y la consideración debida a la dignidad humana (art. 20.3 ET)¹⁴⁴⁵. El empresario es el que define y establece esas medidas y mecanismos de control sobre la prestación de trabajo, dotándole el ordenamiento de una verdadera facultad con entidad propia y específica¹⁴⁴⁶. Teniendo en cuenta que el poder de dirección está constituido por un conjunto de facultades destinadas a garantizar la satisfacción del interés empresarial (dictar instrucciones generales y particulares; vigilancia y control; disciplinaria)¹⁴⁴⁷, la de vigilancia y control es la que más acusadamente está ligada al poder de dirección¹⁴⁴⁸. El poder de organización tiene su fundamento en la libertad de empresa (art. 38 CE)¹⁴⁴⁹, y el contrato de trabajo legitima jurídicamente el ejercicio del poder de dirección¹⁴⁵⁰. Dicho poder de dirección tiene un contenido muy amplio cuya intensidad y extensión varía según los distintos tipos de relaciones de trabajo¹⁴⁵¹, y en el teletrabajo según el tipo de conexión telemática y/o el grado de autonomía del trabajador en la organización del trabajo¹⁴⁵². Sin embargo, el poder de control que forma parte de ese poder de dirección no es absoluto ni arbitrario sino que está sometido a límites¹⁴⁵³. El primero lo constituye la misma finalidad de control, consistente en verificar sólo el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales por el trabajador. Y el segundo es el de la dignidad del trabajador, “presente en todos

en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, pp. 920 y 921.

¹⁴⁴⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, *RL*, 2005-I, p. 1321. En este último caso, según las específicas formas en que se presta el teletrabajo “el resultado se sitúa en un primer plano frente a la actividad empleada para obtenerlo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, en AAVV, *Descentralización colectiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000, p. 797.

¹⁴⁴⁵ En relación con el alcance del control, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL Francisco, “Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 91.

¹⁴⁴⁶ ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, *Poder de dirección y contrato*, Ediciones Graphus, S.L., Valladolid, 1992, p. 119.

¹⁴⁴⁷ Sobre estas facultades, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Ed. Instituciones de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 142.

¹⁴⁴⁸ DE VICENTE PACHÉS, Fernando, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial”, en GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.), *EL control empresarial en el ámbito laboral*, CISS; Valencia, 2005, p. 24.

¹⁴⁴⁹ *In extenso*, MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 147 a 154.

¹⁴⁵⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Ed. Instituciones de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 38.

¹⁴⁵¹ En este sentido, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 360.

¹⁴⁵² Es el empresario el que tiene que especificar o concretar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, quedando el trabajador sujeto a las órdenes e instrucciones empresariales (arts. 5.c) y 20.1 ET), en MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *RMTAS*, núm. 23, p. 35.

¹⁴⁵³ SSTC 57 y 143/1994, de 28 de febrero y 9 de mayo, “como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes”.

los derechos fundamentales y, por supuesto, en el derecho a la intimidad" (arts. 18 CE y 4.2 ET)¹⁴⁵⁴.

Entendemos, de acuerdo con la doctrina, que los derechos fundamentales constituyen el límite principal al ejercicio de los poderes empresariales. Entre dichos derechos, el de igualdad y no discriminación de alcance general, "encuentran en las relaciones de trabajo un terreno de aplicación especialmente apropiado"¹⁴⁵⁵. No obstante, como consecuencia de las nuevas tecnologías el resto de los derechos fundamentales denominados "inespecíficos" y con repercusión en el contrato de trabajo, pueden estar sujetos a cualquier tipo de lesión empresarial¹⁴⁵⁶. En este sentido, la memorización y registro de las operaciones informáticas como medio de control empresarial del trabajo afecta significativamente a la dignidad de la persona y a su intimidad¹⁴⁵⁷. En el Derecho del Trabajo la dignidad humana "ocupa un lugar preeminente como valor supremo en el ejercicio de los derechos y deberes que explicitan las relaciones laborales"; en el ET se menciona expresamente, además de en el art. 20. 3, en el art. 4, como derecho básico de los trabajadores, y en el art. 18 en relación con los registros sobre la persona del trabajador que exige se efectúen con el debido respeto a la dignidad e intimidad del trabajador¹⁴⁵⁸. La expresión "dignidad humana" tiene un significado muy amplio y unas manifestaciones concretas como la intimidad, igualdad, no discriminación, etc.¹⁴⁵⁹ Entre estas manifestaciones, la intimidad¹⁴⁶⁰ (art. 18.1 CE y 4.2 e) ET) es la que afecta más directamente al teletrabajo, incidiendo

¹⁴⁵⁴ CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 60 y 61. En relación con los límites de hecho y derecho, *in extenso* TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, "El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada", en *RTYSS*, núm. 267, 2005, pp. 25 a 53.

¹⁴⁵⁵ APARICIO TOVAR, Joaquín; BAYLOS GRAU, Antonio, *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, p. 32. Derechos fundamentales que además gozan de eficacia horizontal, es decir, la extensión de su vinculación a los particulares, sean personas físicas o jurídicas, entre otros, SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 30. En STC 11/1981, de 8 abril "la Constitución establece por sí misma los límites de los Derechos Fundamentales tanto de manera mediata como indirecta en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros Derechos Constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos", también en SSTC 21/1982, de 29 enero; 110/1984, de 26 noviembre.

¹⁴⁵⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C.; *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 31, entiende por derechos constitucionales inespecíficos los "derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer". En DEL REY GUANTER, Salvador, "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general", *RL*, Tomo I, 1995, p. 205 en cuanto a la trascendencia de estos derechos afirma que "tiene una dosis acentuada de bilateralidad en beneficio del trabajador".

¹⁴⁵⁷ APARICIO TOVAR, Joaquín; BAYLOS GRAU, Antonio, *Autoridad y democracia en la empresa*, obra cit., p. 31.

¹⁴⁵⁸ En este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 51 y 52. *In extenso*, GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988; DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998; OJEDA AVILÉS, Antonio; IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes", *RMTAS*, núm. 73, págs. 151 a 153.

¹⁴⁵⁹ STC 231/1988, de 2 diciembre, el derecho a la intimidad se relaciona con el derecho de las personas a reservar un ámbito propio y reservado con el que se pretende alcanzar una calidad mínima de vida humana, en cuanto se conecta directamente con la dignidad de las personas.

¹⁴⁶⁰ SERRANO OLIVARES, Raquel, "El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral", *REDT*, núm. 103, 2001, p. 113, considera que "el derecho a la intimidad también debe ser configurado como derecho de libertad-autonomía". *In extenso*, ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RUBIO SÁNCHEZ, Francisco, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

concretamente en los llamados derechos o libertades de tercera generación (secreto de las comunicaciones informáticas telemáticas, la intimidad informática, derecho de la autodeterminación informativa, etc.)¹⁴⁶¹.

Las previsiones normativas laborales que afectan al poder de vigilancia y de control del empresario se deben completar con otras normas no laborales. Así, en relación a la protección del derecho a la intimidad y libertad informática, habría que hacer referencia a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE de 14 mayo); la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE de 14 diciembre), y aquellas otras que en las relaciones de trabajo “acaban influyendo en la forma en que han de articularse las facultades de control y vigilancia dentro de las mismas”¹⁴⁶².

En nuestro estudio vamos a centrarnos en el poder de vigilancia y control del empresario ya que creemos que, entre los poderes empresariales, es el que mayor incidencia tiene en el uso de las nuevas tecnologías de la información y telecomunicación y, en concreto, en la privacidad del trabajador en el teletrabajo¹⁴⁶³. La introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha permitido el desarrollo del “poder informático”, lo que refuerza aún más el poder de control empresarial sobre la prestación de trabajo, considerado por la más reciente doctrina la causa del contrato de trabajo¹⁴⁶⁴. En una primera aproximación al poder de control empresarial es posible distinguir entre aquellos poderes que se ejercen directamente sobre la actividad del trabajador (lo que en principio es legítimo) de aquellos otros realizados mediante técnicas de elaboración de datos que permiten la formulación de un juicio de la actividad del trabajador (solamente válido cuando existan razones objetivas, productivas o de seguridad en el trabajo)¹⁴⁶⁵. Vamos a tratar de esos controles, que pueden ir dirigidos tanto a la persona del trabajador

¹⁴⁶¹ En este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, obra cit., p. 72.

¹⁴⁶² En FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 30 a 33, señalando Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada (BOE 4 de agosto) y su reglamento (RD 2364/1994, de 9 diciembre (BOE de 10 enero), que disciplinan la actividad de vigilantes jurados y detectives privados; la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (BOE de 25 abril) que, entre otras, trata la protección de datos personales de los usuarios de redes de comunicación; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en relación a Internet; y otras directivas comunitarias en relación al tratamiento de datos personales y libre circulación (D. 95/46/CE) o al tratamiento datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (D. 97/66/CE, sustituida por la D. 2002/58/CE).

¹⁴⁶³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., pp. 835 a 838.

¹⁴⁶⁴ Al respecto, sobre este nuevo cambio de perspectiva dejando atrás las clásicas teorías de la ajenidad y dependencia como causa del contrato de trabajo en, OJEDA AVILÉS, Antonio, “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *TS*, núm. 195, 2007, pp. 13 a 24. En GIACCI, G., “Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari”, *Politica del Diritto*, núm. 4, 1991, p. 672 se entiende el poder informático como “capacidad propia del responsable de agregar datos y de establecer las comparaciones más diversas entre ellos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera”.

¹⁴⁶⁵ En este mismo sentido, CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., pp. 63 a 68. También en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*, obra cit., pp. 91 y 92; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo”, obra cit., pp. 837 y 838.

que utiliza principalmente el ordenador como herramienta de trabajo, como al control sobre las comunicaciones de la empresa¹⁴⁶⁶. Las facultades empresariales de vigilancia y control tienen un amplio campo de acción que no favorece el derecho a la intimidad de los trabajadores. En nuestra opinión, al no existir a nivel normativo límites objetivos, claros y precisos, los derechos fundamentales de los trabajadores resultan significativamente afectados por el poder de control empresarial¹⁴⁶⁷. Creemos que se debe fomentar el establecimiento de acuerdos entre los teletrabajadores y empresarios para poder delimitar el espacio de la intimidad de esas libertades constitucionales, y evitar así la inseguridad jurídica que se está produciendo en el uso de las nuevas vías de comunicación¹⁴⁶⁸.

Para ello comenzaremos delimitando el poder de control empresarial en el teletrabajo que se ejerce en un espacio virtual, y analizando los límites y condiciones del ejercicio de ese poder para, a continuación, justificar que la normativa de protección de datos constituye la vía más adecuada para proteger la privacidad del teletrabajador. Finalmente, ante la nula voluntad del legislador y la necesidad de los trabajadores y de sus representantes de usar los canales de comunicación telemáticos para el ejercicio de los derechos de información y de libertad sindical, nos planteamos cuáles pueden ser las vías reguladoras en el teletrabajo, abogando en nuestro estudio por la necesidad de potenciar la negociación colectiva.

5.2. El control del espacio virtual

En su día la doctrina anunció los peligros que la introducción de las nuevas tecnologías podía ocasionar a los trabajadores cuando éstas traían consigo un aumento del poder de control empresarial en la denominada empresa panóptica¹⁴⁶⁹. En el teletrabajo esta realidad incipiente conlleva la sustitución del control llevado a cabo por la jerarquía humana de tipo periférico, discontinuo y parcial por uno centralizado y objetivo. En la empresa panóptica aparece un nuevo tipo de control que permite llegar a límites insospechados, y que puede representar un riesgo para la privacidad del trabajador, sobre todo cuando los nuevos medios empleados en la ejecución del trabajo permiten la reconstrucción del perfil del trabajador y el almacenamiento de datos aparentemente inocuos¹⁴⁷⁰. Esto significa que la actividad laboral realizada

¹⁴⁶⁶ Sobre el límite del uso de las nuevas tecnologías atendiendo a esta clasificación en CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., pp. 68 y ss.

¹⁴⁶⁷ MIÑARRO YANINI, Margarita, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites", en GARCÍA NINET, José I. (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 63.

¹⁴⁶⁸ MATEU CARRUANA, M^a José, "Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador", en GARCÍA NINET, José Ignacio, *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 256.

¹⁴⁶⁹ En MERCADER UGUINA, Jesús R., "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías ¿hacia una empresa panóptica?", *RL*, núm. 10, 2001, p. 13, "la idea de la fábrica panóptica, en la que la vigilancia es la segunda sombra que acompaña al trabajador, ha sido una constante en los teóricos de la organización de la empresa".

¹⁴⁷⁰ En este mismo sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*, obra cit., pp. 72 y ss.; igualmente, GONZÁLEZ MOLINA, M^a Dolores; LÓPEZ AHUMADA, José E., "El teletrabajo y la

a distancia puede ser controlada y vigilada por el empresario recurriendo a una serie de medios técnicos, igual que si el trabajador estuviera en los locales de la empresa¹⁴⁷¹. En realidad, los sistemas de control basados en las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación son muy variados y pueden consistir en la utilización de cámaras situadas en los lugares de trabajo; control remoto, control del correo electrónico de los trabajadores y sobre el navegador de Internet mediante equipos de producción remota, fundamentalmente para trabajadores no presenciales; utilización de aplicaciones ASP, con software de monitorización del desempeño de los trabajadores a través de los diferentes sistemas de control en ASP, etc.¹⁴⁷². También se pueden usar la tecnología LBS, que permite saber en cada momento donde están los trabajadores mediante la localización de teléfonos móviles, o identificadores por radiofrecuencia (RFID) que permiten el seguimiento e identificación de personas, y así un largo etcétera.¹⁴⁷³

Así pues, el teletrabajo ofrece al empresario nuevas posibilidades de control a distancia, como por ejemplo mediante la informática cuando ésta configura un mecanismo menos directo pero más riguroso de control laboral, lejos por lo tanto de esa idea de independencia del trabajador¹⁴⁷⁴. El trabajo con medios informáticos conectados en red (navegación en páginas web, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.), forma un espacio de trabajo virtual que puede ser objeto de control. La conexión de los ordenadores en red permite la monitorización de la actividad y que los datos digitales sean susceptibles de tratamiento automatizado. En estos casos estamos en presencia de un control del espacio virtual, invisible y realizado sin necesidad de registro¹⁴⁷⁵, al que por

privacidad del teletrabajador”, obra cit., p. 925. En MARTÍNEZ FONS, Daniel, “El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa”, en DEL REY GUANTER, Salvador, (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, p. 192, “se observa cómo el propio concepto de intimidad que había fundamentado en buena medida la principal reacción frente a la actividad de control o de buena fe en la actuación de los poderes empresariales se presentan poco adecuados a las exigencias que imponen las formas de control ahora estudiadas”.

¹⁴⁷¹ THIBAUT ARANDA, Javier, *Teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, 2001, p. 121.

¹⁴⁷² Un estudio sobre los mismos, MARTÍNEZ LÓPEZ, Fº José; LUNA HUERTAS, Paula; INFANTE MORO, Alfonso; MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis, “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, *RL*, núm. 12, 2003, pp. 95 a 115. Los modelos de *Application Service Providers* (ASP) “consisten en que todos los programas y la información que se maneje van a estar depositados en un ordenador central, de tal forma que los PC de los trabajadores cada vez que quieran utilizar un programa o acceder a un documento, se tendrán que conectar al central o servidor y trabajar como usuarios del mismo”. (...) Se produce un control absoluto de las tareas realizadas por cada uno de los trabajadores”.

¹⁴⁷³ Con el sistema LBS (Location Based Services) mediante una aplicación informática que puede consultarse en Internet, se sabe donde está el usuario de un teléfono móvil. Respecto a los problemas del uso de identificadores RFID, *in extenso* FARRIOLS Í SOLÁ, Antoni, “Introducción”, en FARRIOLS Í SOLÁ, Antoni, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006, pp. 33 y 34.

¹⁴⁷⁴ GONZÁLEZ MOLINA, Mª Dolores; LÓPEZ AHUMADA, José E., “El teletrabajo y la privacidad del teletrabajador”, obra cit., p. 922. *In extenso*, CARDONA RUBERT, Mª Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., pp 68 y ss.

¹⁴⁷⁵ LÓPEZ PARADA, Rafael A.; “Las nuevas condiciones de trabajo y el lugar de prestación de servicios”, en SERNA CALVO, Mª del Mar (dir.), *Derecho social y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV-2004, (CGPJ), Madrid, 2005, p. 110. Al “control preterintencional” a través del software instalado se refiere RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Vigilancia y control en la relación de trabajo”, FARRIOLS Í SOLÁ, Antoni, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006, en p. 91. También, BELLAVISTA, Alessandro, *Il controllo sui lavoratori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 59. Las razones empresariales que impulsan el uso de las nuevas formas de vigilancia y tratamiento de datos se encuentran en el funcionamiento y protección de los recursos, el control de los flujos de información y en las responsabilidades civiles y penales que generan el uso de las nuevas tecnologías, en JEFFERY,

tanto no cabe aplicar analógicamente las reglas contenidas en el art. 18 ET, pensadas para los registros de la persona del trabajador en sus taquillas u efectos personales y destinadas a la protección del patrimonio empresarial¹⁴⁷⁶. El control de la actividad laboral o del uso del ordenador se realiza desde el servidor externo mediante unos programas que permiten un control que no necesita acceder al aparato concreto.

Sin embargo, el empresario no queda liberado del requisito contemplado en el art. 64.5 f) ET en relación al informe que los representantes unitarios de los trabajadores tienen que realizar previamente a que el empresario implante, por ejemplo, sistemas de control de la utilización de Internet por los trabajadores de la empresa. Según la doctrina, quedan fuera de esta garantía legal los controles que "son inherentes a las tecnologías aplicadas en la empresa" (por ej., las *cookies*)¹⁴⁷⁷ pero, en nuestra opinión, esto último sería discutible desde el momento en que la protección de la intimidad se extienda a los archivos temporales que puedan contener datos sensibles¹⁴⁷⁸.

En la relación laboral hay que tener en cuenta que el poder de control tecnificado no puede ser objeto de cesión de los derechos de los trabajadores frente al ejercicio de esas facultades de control¹⁴⁷⁹. Ahora bien, la facultad de control integrada en el poder empresarial tiene un alcance que condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁴⁸⁰. Esto implica que los poderes del empresario deducibles del derecho a la libertad de empresa tengan que estar sometidos a limitaciones¹⁴⁸¹, por lo que la doctrina constitucional ha delimitado

Mark, "Introducción", en JEFFERY, Mark; THIBAUT, Javier; JURADO, Ángel, Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores, Monográfico, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 1, 2003, pp. 43 a 48.

¹⁴⁷⁶ DURÁN LÓPEZ, Federico, "Inviolabilidad de la persona del trabajador", en BORRAJO DACRUZ (dir.), *El Estatuto de los trabajadores. Tomo IV. Arts. 14 a 18*, Edersa, Madrid, 1983, p. 546, entre las medidas ordinarias de vigilancia y control del art. 20.3 ET no quedan recogidos los registros de los trabajadores incluidos en el art. 18 ET. MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, p. 37 añade que fuera de los registros personales "no sería viable otras formas de control destinadas a proteger el patrimonio empresarial". El art. 18 ET permite al empresario realizar "registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo" con el debido respeto a la dignidad e intimidad del trabajador.

¹⁴⁷⁷ THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 110.

¹⁴⁷⁸ Los últimos pronunciamientos judiciales parecen extender la aplicación de la garantía de la intimidad a los archivos temporales (copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet), además de las comunicaciones telefónicas, correos electrónicos y a los archivos personales del trabajador. Véase la STEDH 3 de abril de 2007 (asunto Copland) que declaró la aplicación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a "la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet" y la STS 26 de septiembre 2007 (Rec. UD 966/2006), declarando que "esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida en que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)".

¹⁴⁷⁹ GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto de la esfera privada del trabajador*, obra cit., p. 109; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, "Libertad ideológica y prestación de servicios", *RL*, núm. 7, 1985, p. 64; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, "El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada", obra cit., p. 34.

¹⁴⁸⁰ La STC 90/1997, de 6 de mayo declara que el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador solamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente, como la libertad de empresa y el derecho a la propiedad, "y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos" (FJ 4^o).

¹⁴⁸¹ En relación con el significado, contenido y límites de la libertad de empresa, ARAGÓN REYES, Manuel, "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 39 a 42.

el alcance de los derechos fundamentales de los trabajadores elaborando un criterio general o principio de proporcionalidad¹⁴⁸². Al respecto, la doctrina laboral opina que cabe partir “de un general principio de proporcionalidad razonable” diseñado mediante un triple escalón en torno “a las reglas de indispensabilidad, proporcionalidad y justificación”, que pone de manifiesto la falta de “soluciones rotundas y diáfanas”, por lo que siempre habrá que observar restrictivamente toda limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores que provenga de los poderes empresariales¹⁴⁸³. En efecto, estamos de acuerdo en que lo que se pretende evitar es que el empresario se extralimite con respecto a los poderes que puede ejercer plenamente, máxime cuando la más reciente doctrina afirma que debemos atender a la causa del moderno contrato de trabajo para encontrar la ponderación de los niveles de protección en los sujetos de la relación laboral¹⁴⁸⁴.

5.3. Modalidades de control según las formas de manifestación del teletrabajo

5.3.1. Poder de control según el lugar de la prestación

En el teletrabajo es fundamental comprobar cómo se presenta el poder de control del empresario en las distintas formas de manifestación o de ejecución de la actividad laboral (teletrabajo en el domicilio, telecentros, teletrabajo móvil). En primer lugar, en la modalidad de teletrabajo a domicilio las tecnologías de la información y comunicación, que son un instrumento de trabajo, se muestran como un medio de control de los trabajadores que, especialmente cuando la prestación se realiza en el domicilio del trabajador, aumentan las posibilidades de invasión de la vida privada (por ejemplo, mediante los medios audiovisuales)¹⁴⁸⁵. En segundo lugar, en la modalidad de telecentro es importante subrayar que el poder de control se presenta igual que en los centros de trabajo tradicionales cuando el telecentro depende directamente de la empresa, porque sólo en los casos en que no exista esa dependencia de la central, el poder de control se ejerce sobre el espacio de trabajo virtual. Y en tercer lugar, el teletrabajo móvil, que “aparece más bien como una nueva forma de control de los trabajadores”, en el momento que la prestación de trabajo se desarrolla fuera de la empresa permitiendo, por lo tanto, un control legítimo cuando las conexiones son puntuales y dentro de la jornada laboral¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸² Véanse, entre otras, las SSTC 99/1994, de 11 abril; 98/2000, de 10 abril y 186/2000, de 10 julio. En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (1)”, *RL*, núm. 2, 2003, p. 99. *In extenso*, GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, *RDS*, núm. 32, 2005, pp. 79 a 102.

¹⁴⁸³ Al respecto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Contratación laboral y libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (dir), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, obra cit., pp. 126 a 130.

¹⁴⁸⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio, “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, obra cit., p. 23.

¹⁴⁸⁵ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., pp. 177 y 178.

¹⁴⁸⁶ Igualmente, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, “*Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*”, obra cit., p. 177. Así, por ejemplo, el teletrabajo móvil afectado directamente por la existencia de intranets wireless que, en definitiva, es un uso de tecnología de acceso móvil en la empresa que facilita la comunicación entre o con los empleados

En este caso incluso es posible que el empleador recurra a un tipo de “control mediático” de los trabajadores cuando los teletrabajadores móviles realicen con regularidad la prestación de servicios en los locales de otras empresas-clientes. Para ello, el empleador se sirve de los medios de control personales y materiales de la empresa-cliente como, por ejemplo, los medios audiovisuales, ejecutando “de hecho” el control la empresa-cliente. De esta forma el empleador lleva a cabo un control formal que no impide el cumplimiento de los requisitos y límites del art. 20. 3 y de la garantía del art. 64. 5 f) ET, debiendo en este último caso solicitar el informe previo a sus representantes de los trabajadores para la implantación del mencionado “control mediático”¹⁴⁸⁷.

5.3.2. Poder de control según el tipo de conexión

En el teletrabajo existen otras modalidades del poder de control empresarial según el tipo de conexión existente entre los sujetos de la relación laboral del teletrabajo¹⁴⁸⁸: teletrabajo *off line* (trabajo sin conexión a la empresa, o sólo con conexión puntual); teletrabajo *on line* (conexión interactiva y constante con la empresa). En este último el poder de control se manifiesta mediante esa conexión constante, llegando a ser más intenso que los controles tradicionales en el centro de trabajo¹⁴⁸⁹. En los primeros esa intensidad del control no desaparece sino que, al contrario, se desarrolla a posteriori, gracias a los mecanismos tecnológicos ya descritos¹⁴⁹⁰.

Así mismo, teniendo en cuenta estas manifestaciones del poder de control empresarial en las distintas modalidades de teletrabajo, y aunque ninguna de éstas se presenta en su estado puro¹⁴⁹¹, cabe identificar dichas manifestaciones con un tipo de control indirecto cuando se trata de la única manera que tiene el empleador para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato

móviles: *in extenso* GARCÍA SEDANO, Javier A., “Intranets wireless: colaboración y teletrabajo desde terminales móviles”, *Iworld*, Enero 2002, pp. 42 a 50.

¹⁴⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, obra cit., p. 237.

¹⁴⁸⁸ *In extenso*, SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Teletrabajo y poder de dirección”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, obra cit., pp. 947 a 955.

¹⁴⁸⁹ En parecidos términos, SEMPERE NAVARRO, Antonio V; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 116.

¹⁴⁹⁰ Entre otros, ROMEL, Roberto, “I controlli e la tutela della privacy”, en GAETA, Lorenzo; PASCUCCI (dirs.), *Telelavoro e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 58 y 59; GALLARDO MOYA, Rosario, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, *Ibidem*, Madrid, 1998, p. 81; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 121; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 177; MATEU CARRUANA, M^a José, “Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador”, en GARCÍA NINET, José I. (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, CISS, Valencia, 2005, pp. 256 y 257; TOFFOLETTO, Franco, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore. Il potere di controllo del datore di lavoro. Il telelavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 74 y 75.

¹⁴⁹¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo” en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, obra cit., p. 777, “estamos ante un fenómeno caracterizado por su intrínseca complejidad y por su heterogeneidad, pues son varias y dispares las manifestaciones incluíbles”.

por el trabajador¹⁴⁹². Sin embargo, cuando el ejercicio del poder de control entra en colisión con otros bienes o derechos del trabajador (intimidad, protección de datos, autodeterminación informativa, secreto de las comunicaciones), da lugar a un conflicto porque no existen unas reglas específicas que se puedan aplicar a la actividad de control. No disponemos de unos criterios legales que establezcan los límites al poder de control empresarial, salvo el criterio establecido por la doctrina constitucional en relación con el principio de proporcionalidad, que sirve para atender la legalidad de las conductas restrictivas de derechos fundamentales del trabajador por parte del empresario¹⁴⁹³. Lo anteriormente expuesto nos conduce al análisis del ejercicio de las facultades de vigilancia y control empresarial en el teletrabajo, sus límites y condiciones.

5.4. El ejercicio de las facultades de vigilancia y control empresarial en el teletrabajo: límites y condiciones

5.4.1. Los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad

Estimamos que la amplitud con la que el art. 20.3 ET faculta al empresario, propietario de los medios de producción, para que adopte “las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control” de la actividad laboral, hace necesario que el ejercicio de estas facultades tenga que ser fiscalizado y revisado por los tribunales de justicia mediante el establecimiento de unos límites¹⁴⁹⁴. Al respecto, el Tribunal Constitucional vino a declarar que “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización productiva” (STC 88/1985, de 19 de julio, Fj 2º). Sin embargo, teniendo en cuenta este principio, también declaró que en el marco de la relación laboral esos derechos fundamentales son objetos de modulación, “en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33)”, (STC 99/1994, de 11 abril, Fj 5º)¹⁴⁹⁵. Así, como ha afirmado la doctrina, es a partir de esta sentencia cuando se empiezan a aplicar dos criterios, uno basado en la necesidad de la adaptación de los derechos fundamentales “por razones de necesidad” (STC 99/1994, Fj

¹⁴⁹² GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 81; BELLAVISTA, Alessandro, *Il controllo sui lavoratori*, obra cit., pp. 57 a 161, trata del llamado “trabajo transparente”.

¹⁴⁹³ En este sentido, GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., pp. 82 y 83. Hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales sirven para “moderar” esa discrecionalidad absoluta con la que cuenta el empresario, vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Dirección y control de la actividad laboral”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *El Estatuto de los trabajadores. Tomo V. Arts. 19 a 25*, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1985, p. 143.

¹⁴⁹⁴ MATEU CARRUANA, Mª José, “Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador”, en GARCÍA NINET, José I. (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 250 y ss.

¹⁴⁹⁵ También SSTC 6/1995, de 10 enero (Fj 2º), y 136/1996, de 23 julio (Fj 7º).

4º)¹⁴⁹⁶ y el segundo en el “juicio de ponderación adecuada”¹⁴⁹⁷ (SSTC 20/1990; 171/1990 y 240/1992) porque, en definitiva, el conflicto entre lo contemplado en el contrato de trabajo y las exigencias de la producción y el reconocimiento de efectos a los derechos fundamentales es una cuestión de límites¹⁴⁹⁸.

En la práctica, 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 constitucional basado en el principio de proporcionalidad¹⁴⁹⁹, válido también en el teletrabajo. El principio de proporcionalidad no sólo aparece en la mencionada STC 99/1994, sino también en otras posteriores como las SSTC 98/2000, de 10 abril y 186/2000, de 10 julio¹⁵⁰⁰ cuya novedad viene dada por su aplicación al ámbito de las relaciones privadas, concretamente, al de las relaciones laborales¹⁵⁰¹. En la primera, relativa a la instalación en un casino de un sistema de captación y grabación de sonidos y, en la segunda, la instalación en una empresa de un circuito cerrado de televisión para controlar determinados puestos de trabajo¹⁵⁰². En la STC 98/2000 se aplica “el principio de proporcionalidad”, precisando que las modulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales que la relación laboral impone “tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquéllas más agresivas y afectantes” (Fj 7º).

En la STC 186/2000 el principio de proporcionalidad se delimita en la necesidad de constatación de tres requisitos: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es

¹⁴⁹⁶ “(...) en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)”. Y otros más, como el derecho de asociación general (art. 22 CE) y reconocimiento institucional de los partidos políticos (art. 6 CE), (STC 136/1996, Fj 6º).

¹⁴⁹⁷ Así, “una ponderación adecuada, que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que puedan modularlo” (STC 6/1995, Fj 2º). “Siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial”, (STC 136/1996, Fj 7º).

¹⁴⁹⁸ RIVERO LAMAS, Juan, “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.), *El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 510 y 511.

¹⁴⁹⁹ En este mismo sentido, GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 83.

¹⁵⁰⁰ En otras sentencias del TC se ha utilizado el mencionado principio para valorar la constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales impuesta por los poderes públicos. La novedad de estas sentencias viene dada por su aplicación al ámbito de las relaciones privadas, concretamente, al de las relaciones laborales.

¹⁵⁰¹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 43; MIÑARRO YANINI, Margarita, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites”, en GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 62.

¹⁵⁰² *In extenso*, SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Videocámaras y poder de vigilancia”, en AS, núm. 19, 2000, pp. 68 a 82.

ponderada ó equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”; (Fj 6º)¹⁵⁰³.

En el contexto europeo del teletrabajo se ha hecho un especial hincapié en la necesidad de preservar la privacidad del teletrabajador en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002), con la pretensión de lograr, ante la carencia de una legislación inexistente, una incorporación paulatina de una regulación material sobre esta cuestión en los convenios colectivos que admitan esta forma de trabajo y que la actividad de control empresarial quede reducida a verificar el cumplimiento de los deberes laborales¹⁵⁰⁴. Esto significa que en el caso de instalar cualquier tipo de sistema de control, el empresario debe adecuarlo a la proporcionalidad de su finalidad de acuerdo con la Directiva 90/270 sobre pantallas de visualización¹⁵⁰⁵. Los sistemas de control que se implanten tienen que respetar las prescripciones de seguridad y salud (videocámaras, control remoto, las relacionadas con el calor, ruido, etc.) y las del Anexo que prohíbe la utilización de ningún dispositivo cuantitativo o cualitativo de control sin que los trabajadores hayan sido informados (punto tercero b). En este sentido, la obligación de informar va implícita en la implantación de los sistemas de control que se instalen en el ordenador que el empleador pone a disposición del trabajador y no permitan su fácil detección¹⁵⁰⁶. Por ello, el contenido de esa información deberá versar no sólo sobre el fin, fundamento y alcance del control empresarial, sino también sobre todos los aspectos relacionados con la recogida, almacenamiento y uso de las informaciones registradas, así como de las garantías de su confidencialidad¹⁵⁰⁷.

5.4.2. La autodeterminación informativa

En realidad, el principio de proporcionalidad permite resolver los conflictos de intereses y concretar los límites al poder de control del empresario, hasta entonces exentos de limitación, a pesar de la previsión normativa de respeto a la dignidad de la persona¹⁵⁰⁸. Sin embargo, este principio sólo atiende a la dimensión negativa del derecho a la intimidad del trabajador y, por lo tanto, es insuficiente frente a los nuevos riesgos surgidos en torno a la introducción de las nuevas tecnologías en

¹⁵⁰³ Como doctrina general, entre otras, SSTC 66/1995, de 8 mayo (Fj 5); 55/1996, de 28 marzo (Fj 6 a 9); 207/1996, de 16 diciembre (Fj 4.e); 37/1998, de 17 febrero (Fj 8).

¹⁵⁰⁴ MATEU CARRUANA, M^a José, “Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador”, en GARCÍA NINET, JOSÉ I. (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 268.

¹⁵⁰⁵ Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 mayo 1990, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (DOCE 21 junio, n^o L 156).

¹⁵⁰⁶ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *RL*, núm. 1, 2003, p. 39. Esta Directiva ha sido transpuesta mediante RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (BOE de 22 abril 1997), estableciéndose en el Anexo la información a los trabajadores y la previa consulta con los representantes.

¹⁵⁰⁷ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo”, obra cit., p. 38.

¹⁵⁰⁸ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 84.

la empresa como, por ejemplo, el uso ilegítimo de la información del trabajador recogida por el empresario y el tratamiento de datos¹⁵⁰⁹. Al respecto, es necesario tener en cuenta la vertiente positiva del derecho a la intimidad como libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa¹⁵¹⁰. Coincidimos con la doctrina en que la dinámica de la intimidad no es sólo defensiva frente al ejercicio de otros derechos o intromisión de terceros (dimensión negativa), sino que comprende una dimensión positiva en la libertad del individuo de ordenar libremente su vida íntima (libertad de autodeterminación)¹⁵¹¹. Así, con fundamento normativo en el art. 18.4 CE, podemos hablar de un nuevo derecho fundamental: “el derecho de libertad informática”. Sin embargo, este nuevo derecho fundamental no está reconocido en la Constitución, sino en la doctrina del Tribunal Constitucional iniciada con la STC 254/1993, de 20 de julio y desarrollada en las SSTC 94/1998, de 4 mayo y 202/1999, de 8 noviembre¹⁵¹², derecho que básicamente coincidirá con el contenido del derecho a la intimidad¹⁵¹³. En efecto, el Tribunal ha declarado que el art. 18.4 CE contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo “un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”, lo que se ha dado en llamar “libertad informática” (STC 254/1993, Fj 6)¹⁵¹⁴.

En este sentido, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal tienen como fundamento común la dignidad de la persona en los términos del art. 10.1 CE, pero se diferencian en que el segundo garantiza un poder de control a la persona sobre “la captura, uso, destino y

¹⁵⁰⁹ RIVERO LAMAS, Juan, “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.), *El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, obra cit., p. 513, se critica la utilización de este principio “no siempre posible ni aconsejable” sujeto, por lo tanto, a “una suerte de casuismo” en ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, “El derecho a la intimidad del trabajador. (A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio), *RL*, núm. 1, 2001, p. 88; también en SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 47.

¹⁵¹⁰ CARDONA RUBERT, M^a Belén, “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *RDS*, núm. 6, 1999, p. 28; GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 88; DE VICENTE PACHÉS, Fernando, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial”, en GARCÍA NINET, José I. (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 31.

¹⁵¹¹ 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. 622. Entre otras, SSTC 254/1993 (Fj 7), 11/1998 (Fj 6), 292/2000 (Fj 6), 218/2002, (Fj 3).

¹⁵¹² *In extenso*, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José M^a, “Libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”; *Diario La Ley*, lunes 22 de enero 2001, núm. 5230.

¹⁵¹³ CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., p. 86. Y además con el derecho a la no discriminación, RAMÍREZ BERSATEGUI, Javier, “La protección de datos como un derecho fundamental de todo ser humano”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., p. 39.

¹⁵¹⁴ Pronunciamiento reiterado posteriormente en las SSTC 143/1994, (Fj 7); 11/1998 (Fj 4); 94/1998 (Fj 6); 202/1999 (Fj 2).

posterior tráfico de datos de carácter personal”¹⁵¹⁵. Esto significa que la extensión de la informática va a suponer la revisión del tratamiento de la intimidad, es decir, lo importante “no es tanto si una información forma parte de la intimidad”, sino más bien la capacidad de controlar cualquier información relativa a la persona¹⁵¹⁶. Debemos tener en cuenta que estamos ante un derecho instrumental destinado a la protección de otros derechos fundamentales (STC 11/1998, de 13 enero) como, por ejemplo, el de intimidad¹⁵¹⁷. Sin embargo, el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad porque su garantía se extiende “a la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal”¹⁵¹⁸. 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 de quién posee sus datos personales 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 datos¹⁵¹⁹.

El desarrollo de este derecho fundamental de libertad informática (art. 18.4 CE) se encuentra regulado en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que deroga a la LO 5/1992, de 29 octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD)¹⁵²⁰. Sin embargo, vemos paradójico que la LOPD extienda su ámbito de aplicación a toda clase de tratamiento de datos personales, a diferencia de la derogada LORTAD que atendía únicamente al tratamiento automatizado de datos. Esto ha motivado que la doctrina haya criticado que la LOPD supere lo que es el mero ámbito de la libertad informática, motivo por el cual afirma que

¹⁵¹⁵ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José M^a, “Libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”; obra cit., en Internet. Así mismo, para FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo” obra cit., p. 636, (...). “En este nuevo marco el dato de que esos datos sean o no secretos no es, en sí mismo, relevante, de ahí la diferencia con la intimidad”. La STC 254/1993, de 20 de julio, afirma que la libertad informática representa no sólo “la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático”. Así, por ejemplo, la creación de una base de datos sobre tratamiento y conservación de bajas, altas y diagnósticos médicos, sin mediar consentimiento expreso, se considera que vulnera el art. 18 CE, al conculcar el derecho a la intimidad personal de los titulares de la información tratada (STC 202/1999, de 8 noviembre).

¹⁵¹⁶ MARTÍNEZ FONS, Daniel, “Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo”, en SERNA CALVO, M^a del Mar (dir.), Derecho social y nuevas tecnologías, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV-2004, CGPJ, p. 30.

¹⁵¹⁷ Al respecto, SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., pp. 119 y 120.

¹⁵¹⁸ STC 292/2000, de 30 noviembre. En efecto, “los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”, [STSJ (Sala de lo CA) de Murcia de 29 abril 2004 (RJCA 2004/749)]. En este sentido, GOÑI SEIN, José Luis, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007, nota a pie n^o 2, p. 61 afirmando que “lo protegido por el derecho a la autodeterminación informativa es más que la intimidad de la persona; es el derecho a disponer de todas las informaciones atinentes a su persona”.

¹⁵¹⁹ STC 290/2000, en GOÑI SEIN, José Luis, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, obra cit., p. 60.

¹⁵²⁰ En realidad, con la inclusión del art. 18. 4 CE el legislador fue consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática encomendando, por lo tanto, en el legislador la garantía de ciertos derechos fundamentales y del pleno ejercicio de los derechos de la persona (STC 292/2000, de 30 noviembre).

carece “del estricto desarrollo del art. 18.4 CE para pasar a derivar directamente del derecho a la intimidad previsto en el art. 18. 1 CE”¹⁵²¹.

Lo importante es que, dado que carecemos de una regulación especial que resuelva los problemas laborales en relación con el uso de la informática o en general con los medios de telecomunicación y que delimite el poder de control, vamos a tener en cuenta no sólo el principio de proporcionalidad que, como ha afirmado la doctrina está necesitado de “algunos retoques” para la protección de los derechos¹⁵²², sino también la normativa relativa a la autodeterminación informativa que es la que legitima la actividad de control¹⁵²³. El Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002) establece unas reglas concretas al respecto, exigiendo al empleador la responsabilidad tanto del cumplimiento de la normativa sobre el tratamiento de datos como de la adopción de las medidas adecuadas para asegurar la protección de los datos usados y procesados por el trabajador para usos profesionales. Por ello se exige que el empresario informe al teletrabajador de la legislación y normas de la empresa relacionadas con la protección de datos y, en particular, sobre las restricciones en el uso del equipo de tratamiento de la información o de Internet y las sanciones en caso de incumplimiento¹⁵²⁴. En estos casos, contempla que el trabajador será responsable del cumplimiento de estas normas¹⁵²⁵. La reciente normativa del teletrabajo en el ámbito de la Administración General del Estado va encaminada a la observancia de la normativa de protección de datos y en la necesidad de garantizar la confidencialidad y respeto de los datos de carácter personal¹⁵²⁶.

5.4.3. El secreto de las comunicaciones

En el teletrabajo debemos tener en cuenta que el uso de la informática como medio exclusivo, y del teléfono como medio auxiliar de realización de la prestación de servicios plantea otro tipo de conflicto: el de los límites entre el poder de control y

¹⁵²¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., 124.

¹⁵²² En este sentido, OJEDA AVILÉS, Antonio, “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *RDS*, núm. 35, 2006, p. 29.

¹⁵²³ Igualmente, GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 88. En la normativa europea, D. 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Y los documentos adoptados por el Grupo de Trabajo del art. 29 sobre protección de datos como el Dictamen 8/2001 de 13 de septiembre de 2001 sobre el tratamiento de datos de carácter personal en el contexto profesional; Documento de Trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, de 29 de mayo de 2002 y Dictamen 4/2004, relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 11 de febrero de 2004.

¹⁵²⁴ Vid. Informe 0247/2008 y 0391/2007 de la Agencia Española de Protección de Datos, en relación con el uso de Internet con fines privados en el lugar de trabajo, “incumbe a la empresa decidir si autoriza a su personal a navegar con dichos fines y, en caso afirmativo, en qué medida se tolera esta utilización privada”.

¹⁵²⁵ En parecidos términos, art. 5.3 *Accordo Provinciale sul Telelavoro delle Imprese Associate All' Api Di Modena*, 2 de octubre 1998.

¹⁵²⁶ Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto, por el que se regula el Teletrabajo de 7 de mayo 2007.

vigilancia del empleador en relación con el adecuado uso de esas herramientas de trabajo y el derecho fundamental del trabajador al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)¹⁵²⁷. El interés del empresario por controlar la utilización de los sistemas de comunicación cobra un mayor interés en el momento en que aquéllos dejan de ser unas simples herramientas de trabajo para convertirse en el único medio por el que la empresa ofrece los servicios y productos al mercado. En estos casos el poder de control del empresario no se reduce a la vigilancia del uso correcto de las herramientas de trabajo por parte del trabajador, sino que más bien se dirige a la valoración del cumplimiento de la prestación por parte del trabajador (por ejemplo empresas de telemarketing, banca electrónica, venta mediante Internet, etc.) y, en general, a cualquier otro aspecto no relacionado directamente con la salvaguarda de los bienes de titularidad empresarial (necesidad de formación de los trabajadores, la transmisión a terceros de información sobre la empresa o de sus clientes, acoso sexual, etc.)¹⁵²⁸. Por lo tanto, en el teletrabajo debemos plantearnos si el poder de control del empresario lesiona el derecho de los trabajadores al secreto de las comunicaciones, el cual supone a su vez una limitación al ejercicio de esta facultad empresarial.

Los avances tecnológicos en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario extender la protección a esos nuevos ámbitos por la vía del art. 18.3 CE y, por lo tanto, necesitan de “un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental”¹⁵²⁹. Por ejemplo, en el teletrabajo interactivo esto significa que un control exhaustivo del empleador del uso del correo electrónico de la empresa, que es un instrumento técnico puesto a disposición del trabajador por el empleador para que mantenga contactos profesionales con la empresa y clientes, puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones, y en mayor medida cuando esos contactos realizados por el trabajador lo sean con terceros no afectados profesionalmente¹⁵³⁰. En primer lugar, la STC 114/1984, de 29 noviembre (Fj 7), fundamental en este sentido, “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas”¹⁵³¹. Además añade que el concepto de “secreto” “no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en

¹⁵²⁷ LAFONT NICUESA, Luis, “El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador”, *IL, Legislación y convenios colectivos*, núm. 9, 2004, p. 17.

¹⁵²⁸ MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., pp. 130 y ss.

¹⁵²⁹ STC 70/2002, de 3 abril (Fj 9).

¹⁵³⁰ MARÍN ALONSO, Inmaculada, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 50 a 52. En contra, STSJ Andalucía/Sevilla de 9 mayo 2003 (AS 2840/2004) afirmando que cuando “nos referimos a medios o sistemas de comunicación de la empresa, el proceso a través de ellos no permite considerar al empresario como ajeno, de manera que no existe la penetración desde el exterior que la norma constitucional impide”.

¹⁵³¹ “El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación de otra forma del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)”.

su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales". En segundo lugar, garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros, en el sentido de que "sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia "*erga omnes*") ajenos a la comunicación misma"¹⁵³². En tercer lugar, en relación al concepto de secreto declara el carácter formal del mismo "en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, íntimo o lo reservado"¹⁵³³. En este sentido, sobre los comunicantes no pesa tal deber sino un posible deber de reserva que tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado y, por lo tanto, un deber que derivaría del derecho a la intimidad contemplado en el art. 18.1 CE en lugar del art. 18.3 CE¹⁵³⁴. Esto significa que no debemos confundir el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), sujeto a los criterios jurisprudenciales del principio de proporcionalidad, con el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), que es un derecho formal que no admite intromisión alguna y, por lo tanto, implica que para poder lícitamente interceptar la comunicación es necesaria la obtención de una autorización judicial¹⁵³⁵. En efecto, la carencia de la mencionada autorización o la falta de motivación de la autorización judicial ocasiona "irremediadamente, la lesión del derecho constitucional" (STC 86/1995, de 6 junio)¹⁵³⁶. Por consiguiente, observamos que el derecho al secreto de las comunicaciones actúa como límite al poder de control del empresario sobre las comunicaciones en la empresa. No obstante, esto no significa que esta limitación al poder de control del empresario sea absoluta, sino que, por el contrario, la actividad de control puede ser lícita si la relacionamos con la integridad patrimonial del empresario y, por lo tanto, la incluimos dentro del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) en los supuestos de aplicación fraudulenta de los sistemas de comunicación de la empresa¹⁵³⁷. Todo esto

¹⁵³² También STC 127/1996, de 9 julio.

¹⁵³³ STC 70/2002, de 3 de abril (Fj 9). También en STC 34/1996, de 11 de marzo (Fj 4). En las SSTC 114/1984 y 34/1996 se recoge la doctrina del TEDH, sentencia de 2 de agosto de 1984 (caso Malone), declarando expresamente la posibilidad de que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 puede resultar violado por el empleo de un artificio técnico que permita registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

¹⁵³⁴ STC 114/1984, de 29 noviembre (Fj 7); declarando que "quién graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al derecho constitucional citado", y entre otras, STSJ Madrid de 14 noviembre 2007 (rec. 4056/2007).

¹⁵³⁵ En estos mismos términos, MARÍN ALONSO, Inmaculada, "El correo electrónico como manifestación del art. 18. 3 CE en el ámbito de la empresa: supervivencia de la configuración del derecho pese al poder de dirección del empresario", Comunicación presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional 4 y 5 de diciembre de 2003, Sevilla, material multicopiado, p. 3. Añadiendo que a diferencia de lo que se establece en la normativa que desarrolla el art. 18. 1 CE, la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil al Honor, Intimidad familiar y Personal y a la Propia Imagen, cuyo art. 7 contempla la ilicitud de la utilización de aparatos de escucha o cualquier otro mecanismo para conocer la vida íntima de terceros (...), en el derecho al secreto de las comunicaciones no es relevante el carácter íntimo de lo comunicado entre los interlocutores. Vid nota a pie 11.

¹⁵³⁶ En este sentido, MARTINEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 140, afirmando que cabe admitir los controles de las comunicaciones en el seno de la empresa en el caso de que se cuente con la autorización expresa de los trabajadores afectados y no conlleve la renuncia de derechos.

¹⁵³⁷ MARTINEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 146 a 149. En relación

sin olvidar que el respeto al contenido esencial impide que el legislador establezca límites a los derechos fundamentales salvo que, como hemos visto supra, se trate de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y se aplique alguna consideración externa al contenido esencial, como es el principio de proporcionalidad¹⁵³⁸. Esto puede ser posible en el supuesto de un servicio de control que acredite que la práctica empresarial se dirige exclusivamente a controlar el trabajo de los empleados con una finalidad meramente laboral y con medios ponderados y adecuados a las garantías constitucionales¹⁵³⁹. Por otro lado, el legítimo interés del empresario en el control tanto de la actividad laboral del trabajador como del uso adecuado de las herramientas debe respetar el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones. En estos supuestos de colisión con los derechos fundamentales del trabajador vimos que prevalecía el de este último, siempre y cuando sean ejercitados de buena fe y no supongan restricción del derecho fundamental¹⁵⁴⁰.

5.4.4. La buena fe en el teletrabajo

Las obligaciones de los trabajadores contenidas en los arts. 5.a) y 20.2 ET relacionadas con el cumplimiento de los deberes de buena fe, diligencia y colaboración en el trabajo tienen una especial incidencia en el teletrabajo, ya que éste se realiza en un lugar que no coincide con la sede física de la empresa, haciendo uso de las nuevas tecnologías. El teletrabajo no sólo trae consigo una mayor autonomía y, por lo tanto, un incremento del riesgo en la realización de la prestación de servicios, sino también mayores vulnerabilidades en el uso de las

a la libertad de empresa como derecho fundamental y, por lo tanto, con contenido esencial, entre otras, SSTC 46/1983, de 27 mayo, Fj 6; 109/2003, de 5 junio, Fj 15. No obstante, hay que tener en cuenta que el empresario no tiene "un poder omnímodo e indiscriminado" sobre los bienes propiedad de la empresa (por ejemplo, el ordenador), STC 281/2005, de 7 noviembre.

¹⁵³⁸ ARAGÓN REYES, Manuel, "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, obra cit., p. 32. Sobre el contenido esencial afirma que "además de en la igualdad, el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa se sustenta, ineludiblemente, en la libertad", p. 55. Sobre las facetas que integran el contenido esencial del derecho de libertad de empresa (libertad de acceso al mercado, libertad de desarrollo de la actividad empresarial, libertad de cesación o salida del mercado), PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "Descentralización productiva y libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, obra cit., pp. 192 y 193.

¹⁵³⁹ Por ejemplo, STS de 5 diciembre 2003 (La Ley Juris 486/2004) declaró la validez del control empresarial, consistente en grabar las conversaciones mantenidas por los asesores comerciales, a través de un teléfono de uso exclusivamente profesional.

¹⁵⁴⁰ En este sentido, MARÍN ALONSO, Inmaculada, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, obra cit., p. 206. Según esta autora para fiscalizar el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones deben concurrir los criterios generales del TC y los específicos del derecho en cuestión, es decir, criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, por un lado, y autorización judicial, por otro. Sólo en estos casos el derecho fundamental cede ante el interés empresarial y no, "tras la violación del derecho, por la mera sospecha o constatación del uso inadecuado" por el trabajador de las herramientas de trabajo, p. 207. El acceso del empresario a los correos de sus trabajadores únicamente se puede sustentar sobre una sospecha fundada de comisión de delitos graves por su parte, p. 168. En contra, MARTÍNEZ GAYOSO, M^a Nieves, "Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa", TS, núm. 203, 2007, p. 40, afirmando que "no solamente las conductas del trabajador constitutivas de delito grave pueden dar lugar a la autorización judicial, sino que el ejercicio normal de las facultades de dirección permiten extender dicha exigencia a conductas del trabajador constitutivas de meros incumplimientos de sus obligaciones laborales, siempre y cuando el empresario haya agotado los mecanismos de control ordinarios sin obtener resultados convincentes al respecto".

nuevas tecnologías de la información y comunicación. Estas circunstancias van a exigir al trabajador un comportamiento especial en algunas de las manifestaciones específicas del deber de buena fe (deber de no concurrencia, deber de secreto...) en el teletrabajo¹⁵⁴¹. Sin embargo, ese deber de buena fe no sólo se predica del trabajador sino también del empleador (art. 20. 2 ET) en cada una de sus manifestaciones (ocupación efectiva, ejercicio regular de sus funciones directivas, trato digno al trabajador, no discriminación, etc.), y que en caso de incumplimiento genera la responsabilidad empresarial por los daños causados¹⁵⁴². El Tribunal Constitucional hace especial hincapié en el carácter recíproco de la buena fe, señalando que vincula tanto al trabajador como al empresario, puesto que no cabe entenderla de forma unilateral (SSTC 90/1999, de 26 mayo y 213/2002, de 11 noviembre).

El uso de las nuevas tecnologías en el teletrabajo no sólo permite la conexión permanente en el seno de la empresa y la comunicación con los clientes y proveedores, sino también la comunicación exterior y el envío de información confidencial fuera de la empresa. En este último caso la infraestructura de las comunicaciones y los sistemas informáticos de la empresa pueden ser utilizados por el trabajador para cometer actos desleales o delitos (crear una empresa paralela, utilizar los activos inmateriales de la empresa; ocasionar daños informáticos y usar de forma abusiva los recursos informáticos; transmitir información confidencial y datos personales; proferir amenazas, injurias y calumnias; cometer infracción de la propiedad intelectual e introducir las obras de la empresa en redes P2P; intercambiar obras de terceros a través de redes P2P¹⁵⁴³; infringir derechos de propiedad industrial, etc.)¹⁵⁴⁴. Para evitar que se produzcan perjuicios a la reputación de la empresa o sus activos inmateriales, es conveniente adoptar una serie de medidas preventivas como, por ejemplo, redactar un documento que refleje la política de la empresa en materia de seguridad y las normas internas que regulen el uso de los sistemas informáticos corporativos, el correo electrónico y acceso a Internet; aplicar medidas de seguridad informática que ayuden a minimizar el

¹⁵⁴¹ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 191. Con carácter general, GARCÍA MURCIA, Joaquín, "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I) y (II)", *AL*, Tomo II, 1990, pp. 278 a 299; GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato de trabajo: especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001, p. 290. En particular, empresas de tendencias, CALVO GALLEGO, Javier, *Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995, pp. 165 a 182. Hay que tener en cuenta que la transgresión de la buena fe se tipifica como una de las causas de despido disciplinario (STC 197/1998, de 13 octubre).

¹⁵⁴² MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Dirección y control de la actividad laboral", en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *El Estatuto de los trabajadores*, obra cit., p. 130. MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 28, señala como límites los derechos fundamentales y el respeto al principio de buena fe. En relación con los deberes recíprocos que genera en el contrato de trabajo, DEL REY GUANTER, Salvador, "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general", obra cit., p. 209; GIL y GIL, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003, p. 195. Esta visión contrasta con el escaso interés doctrinal y jurisprudencial en las consecuencias del deber de buena fe de la actuación empresarial criticado, entonces, por GARCÍA MURCIA, Joaquín, "Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I)", *AL*, Tomo II, 1990, p. 280.

¹⁵⁴³ En los anteriores se trata de copia de activos inmateriales de la empresa, protegidos por la propiedad intelectual, para cederlos a terceros. Se suelen difundir por Internet mediante el intercambio de ficheros normalmente a terceros que se pueden detectar mediante una auditoría que analice los datos transferidos por los trabajadores. En este caso, la empresa es la que consta como proveedora directa de copias de música, películas o programas de ordenador no autorizados.

¹⁵⁴⁴ Al respecto, RIVAS, Javier (dir.), "Actos desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e internet", *RL*, núm. 21, 2004, pp. 103 a 119. *In extenso*, GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001.

riesgo de fugas de información confidencial; establecer políticas de formación y sensibilización del personal; o realizar auditorias y controles periódicos¹⁵⁴⁵. La revelación de información confidencial no intencionada se puede evitar mediante la instalación de programas anti-spyware, medida que corresponde adoptar al empresario, y que permite una actuación preventiva en orden a la buena fe del empresario como sujeto del contrato de trabajo y titular de los medios de producción.

En el teletrabajo no sólo es necesario el establecimiento de acuerdos entre las partes que delimiten el espacio de la intimidad y doten de seguridad el uso de las nuevas tecnologías, sino también la concurrencia de la buena fe en las relaciones laborales y, por lo tanto, el respeto recíproco en el ejercicio de los derechos de cada una de las partes¹⁵⁴⁶. El poder de control del empresario tiene que regirse por unas pautas de comportamiento, de acuerdo con las reglas de la buena fe, y que no supongan interferencias en la vida extralaboral del trabajador o violaciones de su dignidad¹⁵⁴⁷. En concreto, es necesario que el exceso de control no sea discrecional y que esté justificado por las necesidades técnico-organizativas del trabajo¹⁵⁴⁸ con el debido respeto a la privacidad del trabajador¹⁵⁴⁹. El simple hecho de que los medios tecnológicos y telemáticos permitan un control continuo de la actividad del trabajador no legitima al empresario para ejercerlo, incluso en aquellos casos en los que cuente con el consentimiento del trabajador¹⁵⁵⁰. En este sentido, coincidimos con la doctrina en declarar ilícito el control de los tiempos de trabajo excesivamente riguroso y exhaustivo, incluyendo las pausas y ausencias en el trabajo, salvo que se justificara su carácter indispensable en el proceso productivo y no tuviera otro método menos gravoso para la salvaguardia de los derechos a la dignidad y libertad del trabajador¹⁵⁵¹. Por ejemplo, consideramos

¹⁵⁴⁵ RIVAS, Javier (dir.), "Actos desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e internet", obra cit., p. 115.

¹⁵⁴⁶ Al respecto, MATEU CARRUANA, M^a José, "Facultades de control fuera del centro de trabajo: Medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador", en *TS*, núm. 169, 2005, p. 41.

¹⁵⁴⁷ Igualmente, MIÑARRO YANINI, Margarita, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: Especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites", en GARCÍA NINET, José I. (coord.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 58.

¹⁵⁴⁸ GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, obra cit., pp. 112. En CALVO GALLEGÓ, Javier, *Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, obra cit., p. 173, el carácter bilateral de la buena fe puede imponer ciertas obligaciones accesorias a cargo del empresario. En CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., p. 53 se plantea la necesidad de reelaborar el concepto de la buena fe con la finalidad de que se convierta en una cláusula que actúe como "límite inderogable para el propio ejercicio de los derechos y facultades".

¹⁵⁴⁹ Véase la STS 5 de diciembre 2003 (RJ 2004/313) en relación a las empresas de telemarketing telefónico, aceptando la legalidad de un control empresarial consistente en la audición y grabación aleatorias de las conversaciones telefónicas entre los trabajadores y los clientes. El control se entiende aceptable cuando se establece "para corregir los defectos de técnica comercial y disponer lo necesario para ello", razonando que tal control tiene "como único objeto...la actividad laboral del trabajador".

¹⁵⁵⁰ En este sentido, de "legitimidad más que dudosa" en relación con el control del correo electrónico RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "Vigilancia y control en la relación de trabajo: La incidencia de las nuevas tecnologías", en FARRIOLS I SOLÀ, Antonio (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., p. 92. En MARTÍNEZ FONS, Daniel, "El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa", en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, la Ley, Madrid, 2005, p. 197, "el principio de buena fe que debe presidir el ejercicio de los poderes empresariales y el de control en particular, requiere que la actividad de control sea conocida por los trabajadores (...)".

¹⁵⁵¹ DE VICENTE PACHÉS, Fernando, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo", *TS*, núm. 157, 2004, p. 31.

que este control excepcional permitiría al empresario obligar al trabajador a prestar servicios pero sólo ante una situación esporádica que no requiera una ampliación excesiva del tiempo de trabajo. En este caso, el control permitiría al empresario, aunque restrictivamente, ampliar las obligaciones del trabajador¹⁵⁵². En realidad, el control de esa prestación concreta se une al poder de dirección “que se extiende a tal ámbito como complemento fundamental de él”¹⁵⁵³. No obstante, en estos supuestos el empresario quedaría obligado por el principio de buena fe a compensar extraordinariamente esa nueva obligación, que no se integra ni en el contenido de la prestación de trabajo normal ni como hora extraordinaria voluntaria¹⁵⁵⁴.

No es suficiente con que el empresario pruebe o muestre la necesidad, suficiencia, razonabilidad y proporcionalidad del sistema de control utilizado sino que, además, es necesaria la exigibilidad de la buena fe “que alcance toda su virtualidad integradora”, sin que por ello quede vulnerada la libertad de organización o de empresa cuando, precisamente, adopte las medidas necesarias que permitan al trabajador ejercer sus derechos fundamentales¹⁵⁵⁵.

Nos mostramos partidarios de que en el teletrabajo, y en relación con el principio de buena fe, se exija al empresario un comportamiento especial en el ejercicio del poder de control, puesto que la posición desigual que tiene el trabajador en el contrato de trabajo se acrecienta con la disposición del empresario de los medios tecnológicos y telemáticos. El deber de buena fe es contrario a que el empresario pueda adoptar decisiones abusivas o fraudulentas contrarias a la dignidad de los trabajadores y, sobre todo, que supongan una injerencia en la vida extralaboral¹⁵⁵⁶. En este sentido la exigibilidad de la buena fe, no sólo al trabajador sino también al empresario, sirve para corregir los desequilibrios entre las partes del contrato de trabajo sobre todo en aquellos casos en que se pretende “ampliar el margen de la autonomía contractual”¹⁵⁵⁷. Por ejemplo, consideremos el recurso al principio de la buena fe en aquellos casos en que el control de la actividad laboral no se obtiene mediante los sistemas de control implantados en la empresa con esa finalidad, sino por el uso que el trabajador hace de las tecnologías aplicadas en la empresa. En este caso, la buena fe es un principio a tener en cuenta dado que este tipo de control empresarial no está sujeto al requisito de la consulta previa a

¹⁵⁵² En parecidos términos, ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, obra cit., pp. 267 y 268. Ahora bien, “técnicamente el poder de dirección nunca podrá ser ampliado en base a la buena fe como mecanismo integrador del contrato”, p. 267.

¹⁵⁵³ ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, obra cit., p. 119.

¹⁵⁵⁴ ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, obra cit., p. 268.

¹⁵⁵⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Vigilancia y control en la relación de trabajo: La incidencia de las nuevas tecnologías”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antonio (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., p. 98.

¹⁵⁵⁶ MONTOYA MELGAR, Antonio, *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 80.

¹⁵⁵⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Buena fe y ejercicio de poderes empresariales”, *RL*, Tomo III, 2003, p. 39. En DEL REY GUANTER, Salvador, “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, obra cit., p. 209, se resalta la importancia del doble proceso evolutivo de la buena fe contractual, uno de bilaterización y de jurificación señalado, en su día, por MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Hacia una revisión constitucional de la función de la «buena fe» en las relaciones jurídico-laborales”, *RL*, Tomo I, 1992, pág. 354.

los representantes de los trabajadores (art. 64.5 f) ET) ni al conocimiento por parte de los trabajadores. Ciertamente, resulta claro que el principio de buena fe tiene la relevancia suficiente como para que se identifique con algunos de los límites jurídicos de los poderes empresariales, en el sentido de caracterizarse por ser tanto un principio corrector de los mismos, como por ser un mecanismo de control de su ejercicio¹⁵⁵⁸.

Se ha afirmado que la buena fe constituye un principio constitucional implícito que puede servir para hacer más incisivo el control de los poderes del empresario. En el ejercicio de sus poderes de dirección y control, el empresario queda limitado por el principio constitucional de buena fe, ya que, en cuanto principio de rango constitucional, la buena fe no sólo obliga a los poderes públicos sino también a los titulares de un poder privado (art. 9.1 CE)¹⁵⁵⁹.

En el poder de control, que en el teletrabajo se ejercita a través de las nuevas tecnologías, el empresario no puede tener un comportamiento desleal en cuanto a la obtención de las pruebas. Por lo tanto, sostenemos que en virtud del principio de buena fe el empresario tiene que informar al trabajador de las medidas de vigilancia que pretenda adoptar porque, en definitiva, la buena fe es compatible con la libertad de empresa y la protección del patrimonio empresarial¹⁵⁶⁰, ya que aunque el art. 20.3 ET no establezca literalmente la necesidad de informar al trabajador con carácter previo por parte del empresario, este requisito “es igualmente exigible como consecuencia de la aplicación del principio general de buena fe”¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁸ LUQUE PARRA, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 131.

¹⁵⁵⁹ En GIL y GIL, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003, p. 196 y 197. Este autor afirma que “la elevación de rango del principio de la buena fe puede servir para impulsar la limitación y control de los poderes del empresario. En cuanto principio de rango constitucional, la buena fe no sólo obliga a los poderes públicos, sino también a los titulares de un poder privado (art. 9.1 CE). El rango constitucional del principio de buena fe afecta, pues, al empresario como titular de un poder privado. En un Estado de derecho, el empresario ha de ejercer sus poderes de acuerdo con el principio constitucional de la buena fe”. En contra, entre otros, NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 416, por lo tanto, su aplicación “se ha de ajustar de forma estricta a lo que permite la protección de otros bienes o derechos constitucionales dentro del principio de proporcionalidad, y no puede conducir a una limitación del derecho fundamental más allá de aquél”. En OJEDA AVILÉS, Antonio, “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, obra cit., pp. 29 y 30, resta importancia a este límite dada “la pertenencia del mismo al vínculo obligacional”, extraño a la Constitución.

¹⁵⁶⁰ En GIL y GIL, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, obra cit., p. 285; MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 145. Para GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, obra cit., p. 42, un uso de buena fe de las facultades de control exige un conocimiento previo del trabajador de la existencia, naturaleza, tipo de control, uso de la información obtenida, accesibilidad, combinación o cruce posible con otras informaciones, etc. En FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, “Información y consentimiento”, obra cit., p. 380, sugieren el establecimiento de una cláusula general en el contrato de trabajo consistente en considerar contrario a la buena fe y lealtad el establecimiento de una vigilancia no conocida. En contra, cuando se adopta con una finalidad preventiva de posibles incumplimientos laborales SÁNCHEZ RODAS, Cristina, “Videocámaras y poder de vigilancia”, obra cit., p. 80; GARCÍA VIÑA, Jordi, “La regulación de la buena fe en la figura del empresario”, AS, Tomo V, 2000, p. 1139.

¹⁵⁶¹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., pp. 57 y 58.

En el teletrabajo la buena fe también supone una cierta garantía del respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, y es la que marca la pauta de conducta en la relación de trabajo¹⁵⁶², resultando incompatible, por ejemplo, con un control empresarial informático oculto y desproporcionado¹⁵⁶³. La empresa, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, debe establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, e informar a los trabajadores de la existencia de control y de los medios que se van a adoptar para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones¹⁵⁶⁴.

Por último, es importante considerar que si bien la empresa no tiene como función fomentar el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, sobre el empresario pesa el deber de garantizar esos derechos fundamentales, y la obligación de respetarlos sin menoscabo de los mismos¹⁵⁶⁵. Al respecto, el principio de buena fe en la relación laboral impone al empresario la defensa de los derechos fundamentales del trabajador y sirve, por lo tanto, como equilibrio entre la libertad de empresa y el poder de control de la actividad laboral y los derechos fundamentales del trabajador¹⁵⁶⁶. La buena fe en el ejercicio del poder de control empresarial se manifiesta en el teletrabajo mediante la información al trabajador y consulta con los representantes de los trabajadores sobre la instalación de cualquier tipo de sistema de control que se instale, máxime cuando el teletrabajo posibilita que los sistemas de control empresariales sean superiores a los que pueda implantar el empresario en el centro de trabajo (trabajo *on line*)¹⁵⁶⁷. Por ello, no debemos olvidar la normativa comunitaria (AMT 2002) que establece la obligación empresarial del respeto a la privacidad del teletrabajador y

¹⁵⁶² MIÑARRO YANINI, Margarita, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites", obra cit., p. 58.

¹⁵⁶³ THIBAUT ARANDA, Javier, JURADO SEGOVIA, Ángel, "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo", *TL*, núm. 72, 2004, p. 54.

¹⁵⁶⁴ En estos mismos términos, STS 26 de septiembre 2007 (rec. ud. 966/2006), Fj 4º; STSJ Cataluña 3 de junio 2008 (rec. 2818/2008). En contra, por entender que condicionar el juego del deber de buena fe al dictado por parte del empresario de códigos de conducta preventivos de los incumplimientos supone enervar y limitar el poder de dirección, legalmente concebido como un poder general, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL; Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, "El uso del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006)", *RL*, núm. 6, 2008, p. 57.

¹⁵⁶⁵ CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., p. 54, añadiendo que la buena fe puede reconducirse "no sólo a un hipotético y genérico compromiso de neutralidad por parte del empresario", sino también a un compromiso que tienda a facilitar el ejercicio de los derechos del trabajador "en la medida en que sea posible, sin alterar el funcionamiento de la empresa".

¹⁵⁶⁶ MATEU CARRUANA, M^a José, "Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador", obra cit., p. 256. En GIL y GIL, José Luis, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, obra cit. p. 231, "el principio constitucional de la buena fe impone así un deber de defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, en la medida en que eso no suponga un sacrificio apreciable de sus propios intereses". Entre otros, II CC de Multiprensa y Más, SL (BOE 20 de abril 2007, núm. 95).

¹⁵⁶⁷ Con respecto al exceso de control en la modalidad *on line*, MATEU CARRUANA, M^a José, "Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador", obra cit., p. 257. En relación a la utilización del principio de buena fe, OJEDA AVILÉS, Antonio, "Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa", obra cit., pp. 31 y 32, resta importancia a este principio porque "provoca en cambio interferencias de toda una cultura civilista y privatista, forjada en la defensa del patrimonio de la propiedad...".

la posibilidad de la instalación de cualquier sistema de control remitiéndose, para ello, a la anteriormente referenciada Directiva 90/270, que impone el deber de información al trabajador y consulta con los representantes de los trabajadores¹⁵⁶⁸.

Coincidimos con la doctrina en que, a falta de normativa específica, la negociación colectiva constituye el instrumento idóneo para concretar el ámbito de la privacidad del trabajador¹⁵⁶⁹. En todo proceso negociador la buena fe obliga a suministrar información para permitir a las partes de la relación laboral alcanzar la misma capacidad de negociación y una actuación basada en la cooperación y en la equidad¹⁵⁷⁰. Por ello, es importante reseñar las orientaciones del Grupo de Trabajo “Artículo 29” que tiene, en particular, como misión examinar las cuestiones relativas a la aplicación de las medidas nacionales adoptadas en virtud de la Directiva sobre protección de datos con el fin de contribuir a su aplicación uniforme¹⁵⁷¹. Entre las orientaciones reseñadas en el Documento relativo a la vigilancia y el control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, el Grupo manifiesta “que es esencial que el empleador informe al trabajador de la presencia, utilización y objetivo de todo equipo y/o aparato de detección activado en su puesto de trabajo, así como de cualquier abuso de las comunicaciones electrónicas detectado (correo electrónico e Internet), salvo si existen razones imperiosas que justifiquen la continuación de la vigilancia encubierta, lo que normalmente no sucede”. El principio de transparencia, que es uno de los principios generales aplicables a la vigilancia del correo electrónico y a la utilización de Internet, -además de la obligación de proporcionar información al interesado- señala la práctica de los empleadores en informar y/o consultar a los representantes de los trabajadores antes de introducir políticas que les conciernen. Por ello, teniendo en cuenta la Directiva 90/270 -que también menciona esta obligación- vamos a analizar el requisito de la consulta previa de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial para el establecimiento de las medidas de vigilancia y control de la actividad laboral, es decir, cómo opera la intervención y participación de los representantes de los trabajadores en el poder de control empresarial en el teletrabajo. La normativa laboral atribuye a los representantes de los trabajadores una serie de facultades relacionadas con las medidas de vigilancia y control del empresario “que pueden actuar como garantía adicional de los derechos del trabajador y, en consecuencia, en un límite más a la adopción de las mismas”¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁸ Igualmente el RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo que incluyen pantallas de visualización (BOE 23 de abril 1997).

¹⁵⁶⁹ SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002”, *RL*, núm. 20, 2002, p. 28, señala esa posibilidad de la negociación colectiva añadiendo que podría exigir la participación de los representantes en la fijación de los objetivos y la forma de control. En iguales términos, PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel; BELZUNEGUI ERASO, Ángel, “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, *AS*, núm. 18, 2004, p. 83.

¹⁵⁷⁰ En general, sobre la buena fe en el marco de la negociación colectiva, vid. GARRIDO PÉREZ, Eva, *La información en la empresa: análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, CES, Madrid, 1995, pp. 264 a 285.

¹⁵⁷¹ Documento 5401/01/ES/Final WP 55, aprobado el 29 de mayo 2002, p. 5. El Grupo de trabajo “Artículo 29”, se creó en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE como órgano consultivo independiente de la Unión Europea compuesto por representantes de las autoridades de los Estados miembros encargadas de la protección de datos.

¹⁵⁷² DE VICENTE PACHÉS, Fernando, “Facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial”, en GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., p. 34.

5.4.5. Condiciones del ejercicio de las facultades empresariales de vigilancia y control: el informe previo de los representantes de los trabajadores

En el ejercicio de las facultades empresariales de vigilancia y control no sólo actúan como límites el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador (art. 20.3 ET) y el carácter recíproco de la buena fe (art. 20.2 ET) -en este caso, del principio de buena fe empresarial que exige un comportamiento correcto y leal de modo que exista una relación objetiva y causal en la instalación de los medios de control- sino que también es posible otro límite de dimensión colectiva. La atribución en el ET de ciertas facultades a los representantes de los trabajadores en relación con las medidas empresariales de vigilancia y control pueden constituir un límite procedimental respecto a la adopción de las mismas¹⁵⁷³. El control por los representantes de los trabajadores en la instalación de unos aparatos de control legitimaría un “uso ordenado y adecuado” de los mismos para que no quedara totalmente fundamentado en el principio de la buena fe empresarial¹⁵⁷⁴. La necesidad de recabar informe del órgano de representación del personal -contemplado en el ET- es uno de los límites y condicionantes con que cuenta el ejercicio del poder de dirección a la hora de establecer nuevas fórmulas de control del trabajo¹⁵⁷⁵.

La actuación de los representantes de los trabajadores a los efectos de la realización de un control a priori de la instalación o revisión de los instrumentos de control viene regulada en el art. 64.5 f) ET, en donde se establece como obligación empresarial la de informar a los representantes unitarios mediante un procedimiento de consulta previa sobre la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo. Este medio de participación activa de los representantes de los trabajadores en la fase inicial de adopción de decisiones empresariales permite el ejercicio de un control previo al poder de dirección a través de la emisión de un informe de carácter preceptivo que favorece el diálogo, en tanto en cuanto los representantes de los trabajadores emitan el mencionado informe¹⁵⁷⁶. Ello permite que los representantes puedan proponer alternativas

¹⁵⁷³ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 52; DE VICENTE PACHÉS, Fernando, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”, obra cit., p. 34; MIÑARRO YANINI, Margarita, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites”, obra cit., p. 56; en TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “El poder de control empresarial en la era tecnológica”, obra cit., p. 27, se habla del papel fiscalizador de la actuación del empresario y, correlativamente, de negociación.

¹⁵⁷⁴ GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, obra cit., p. 144, también MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RIOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 117 consideran que el informe constituye un límite al poder empresarial (art. 20. 2 ET).

¹⁵⁷⁵ STS 1 de julio 1988, (Ar. 1998/5203) el ejercicio del poder de dirección, “en su manifestación de impartir órdenes generales, se halla frecuentemente sometido a límites y condicionantes, cual, por lo que se refiere a aquellas que tiendan a establecer nuevas fórmulas de control de trabajo, el recabar informe del órgano de representación unitaria del personal”. Así, para algún autor como ESCUDERO GUTIÉRREZ, Juan, “El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio”, obra cit., p. 87, la facultad de emitir informe con carácter previo a la ejecución del empresario de una decisión relacionada con la implantación o revisión de sistemas de control del trabajo, contribuye a alcanzar el equilibrio entre el derecho fundamental a la intimidad y el poder de vigilancia y control del empresario.

¹⁵⁷⁶ LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, “El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, obra cit., pp. 320 a 322.

a las medidas adoptadas por la dirección de la empresa¹⁵⁷⁷ teniendo en cuenta que la consulta es una concreción de la libertad de opinión y propuesta¹⁵⁷⁸. Con ello, el legislador contempla que son los representantes de los trabajadores los titulares del derecho de información, puesto que tienen que emitir un informe previo a la ejecución de esa decisión empresarial¹⁵⁷⁹. No obstante lo anterior, el requisito de información previa no es exclusivo de los representantes de los trabajadores sino que, como señalamos anteriormente, también corresponde al trabajador individualmente, ya que lo esencial es que el trabajador conozca con carácter previo las medidas de vigilancia y control que el empresario vaya a ejecutar¹⁵⁸⁰, sobre todo en un sistema de organización del trabajo individualizado como puede ser el teletrabajo¹⁵⁸¹. El trabajador en el uso profesional de los medios de comunicación informáticos debe gozar de una garantía de indemnidad frente al ejercicio de las facultades empresariales en la implantación de las medidas de vigilancia y control de la actividad laboral¹⁵⁸².

El empresario debe solicitar un informe a los representantes de los trabajadores aunque no sea vinculante jurídicamente, pero en cualquier caso tiene la obligación de informar previamente sobre la implantación o revisión de los sistemas de organización y control del trabajo. El carácter no vinculante del informe no resta importancia a este límite a la adopción de las medidas empresariales, que actúa como garantía adicional de los derechos de los trabajadores¹⁵⁸³. En realidad, el empresario tiene un deber implícito de facilitar las informaciones y documentaciones necesarias para que los trabajadores puedan fundamentar su opinión en el informe de una materia que normalmente está reservada al ámbito de los poderes empresariales¹⁵⁸⁴. El ejercicio del derecho a emitir informe sería imposible de ejercer si no existiera un correlativo deber por parte de la empresa de facilitar previamente al comité datos suficientes sobre la decisión adoptada, pues

¹⁵⁷⁷ LUQUE PARRA, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, obra cit., p. 565.

¹⁵⁷⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis, "Artículo 64 ET", en MONEREO PÉREZ, José Luis, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, p. 736. En STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 19 de abril 1994 (Ar. 1994/1627), la consulta se caracteriza "por estar concebida como una actuación en interés del consultado y no del consultante". La Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE de 17 de noviembre) define la consulta como "el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo".

¹⁵⁷⁹ SÁNCHEZ RODAS, Cristina, "Videocámaras y poder de vigilancia", obra cit., p. 76.

¹⁵⁸⁰ En este sentido, DE VICENTE PACHÉS, Fernando, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo", obra cit., p. 28; MATEU CARRUANA, M^a José, "Facultades de control fuera del centro de trabajo: Medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador", obra cit., p. 39.

¹⁵⁸¹ Al respecto, son interesantes las directrices contempladas en el Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo 2002 por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos-Artículo 29, 540/01/ES/Final WP 55.

¹⁵⁸² Sobre la garantía de indemnidad, LUJÁN ALCARAZ, José, "Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación", AS, núm. 3, 2001, p. 16.

¹⁵⁸³ DE VICENTE PACHÉS, Fernando, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo", obra cit., p. 34.

¹⁵⁸⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, p. 252; también LUQUE PARRA, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, obra cit., p. 565.

nadie puede informar de aquello que desconoce¹⁵⁸⁵. En esta fase el empresario puede llegar a un acuerdo o a un replanteamiento de la medida que pretende adoptar en relación al establecimiento o revisión de los sistemas de control en la empresa¹⁵⁸⁶.

Por otro lado, el comité de empresa puede manifestar su oposición a esa decisión de la empresa, pero desde un punto de vista jurídico no se puede oponer a la aplicación de la medida empresarial. En cierta medida, y desde este punto de vista, el comité de empresa participa en la toma de decisiones y en el ejercicio de un control de la acción directiva empresarial¹⁵⁸⁷. No obstante, la participación del comité en la toma de decisiones, o bien en la puesta en funcionamiento de la medida de control, es relevante si el empresario tiene en cuenta las opiniones de los representantes. En estos casos, como ha afirmado la doctrina, el informe de los representantes de los trabajadores otorga una cierta presunción de legitimidad a la medida empresarial¹⁵⁸⁸, a diferencia del consentimiento de los trabajadores afectados por las medidas de control¹⁵⁸⁹. En caso contrario, cuando el empresario decida adoptar la decisión sin tener en cuenta las opiniones de los representantes legales, y éstos pretendan que tengan cierta trascendencia pueden optar por "convocar medidas de presión para atajar displicencias"¹⁵⁹⁰.

El procedimiento de consulta se caracteriza por ser una manifestación del derecho de los representantes de los trabajadores a ser escuchados y, conforme al principio de buena fe, a que su opinión sea tenida en cuenta previamente por quien tiene el poder decisorio¹⁵⁹¹. Por ello, aunque el empresario no atienda el informe de los trabajadores se pueden detectar una serie de consecuencias importantes. La primera se refiere a la posibilidad que tienen los representantes de los trabajadores en el ejercicio de la labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas laborales (art. 64.7 a) 1º ET) de formular, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos y tribunales competentes en relación

¹⁵⁸⁵ STS 2 de noviembre 1999 (Ar. 1999/9108).

¹⁵⁸⁶ Al respecto, MONEREO PÉREZ, José Luis, "Artículo 64 ET", en MONEREO PÉREZ, José Luis, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, obra cit., p. 736, LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, "El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección", obra cit., p. 326. En STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 19 de abril 1994 (Ar. 1994/1627) el órgano de representación emite "el informe porque pretende que sus alegaciones hagan derivar la conducta empresarial hacia los intereses que institucionalmente defiende".

¹⁵⁸⁷ AUZERO, Gilles, "Poder de dirección del empresario y prerrogativas de los representantes de los trabajadores", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, obra cit., p. 310.

¹⁵⁸⁸ THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, obra cit., p. 42. En GOÑI SEIN, José Luis, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, obra cit., p. 141, lo preferible sería contar con la conformidad de la Agencia de Protección de Datos que conferiría a la norma pactada mayor fiabilidad y garantía de seguridad jurídica.

¹⁵⁸⁹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 55, no constituye, por el contrario, requisito de legitimidad para la adopción de medidas de control el consentimiento de los trabajadores afectados. Si no se cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad, no será válida la adopción de medidas de vigilancia, por mucho que los afectados hayan consentido en su implantación.

¹⁵⁹⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 367.

¹⁵⁹¹ En este sentido, MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, obra cit., pp. 104 y 105; LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, "El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, obra cit., p. 325.

con los incumplimientos que atenten a la intimidad y dignidad del trabajador (art. 4.2.e) ET)¹⁵⁹². Por lo tanto, una vez ejecutada la decisión empresarial, las presuntas irregularidades apuntadas en el informe por los representantes de los trabajadores servirán para fundamentar su posición en las vías judiciales o extrajudiciales empleadas¹⁵⁹³. La segunda consecuencia se refiere a la vía que tiene expedita el propio trabajador, e incluso el sindicato y la representación unitaria (art. 181 Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral -en adelante LPL-)¹⁵⁹⁴, si se observa que la medida de control puede violar, en su vertiente colectiva, derechos fundamentales del trabajador¹⁵⁹⁵. Finalmente, una vez recibida la información del empresario, los representantes siempre podrán trasladar a los trabajadores la información de las medidas de control que el empresario va a ejecutar¹⁵⁹⁶. Lo importante es que los representantes obtengan la información necesaria que, de acuerdo con el mencionado principio de buena fe, el empresario viene obligado a proporcionar para que los representantes de los trabajadores puedan emitir su informe con conocimiento de causa y puedan ejercer debidamente el derecho de consulta¹⁵⁹⁷.

No obstante hay que entender que, además de la representación unitaria, la representación sindical es otro órgano dotado de competencias consultivas, correspondiendo a los delegados sindicales el derecho a ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general, y a los afiliados a su sindicato en particular (art. 10.3.3º de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical) (en adelante LOLS)¹⁵⁹⁸. La representación sindical ostenta en gran medida las competencias de la representación unitaria y, aunque en un principio se entendió que la equiparación

¹⁵⁹² GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, obra cit., p. 150. Y en el art. 65.1 ET que legitima a los representantes cuando las violaciones empresariales afecten al interés colectivo de los trabajadores, en SALA FRANCO, Tomás; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *Derecho sindical*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 210.

¹⁵⁹³ LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, "El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección", obra cit., p. 323.

¹⁵⁹⁴ BOE 11 de abril de 1995.

¹⁵⁹⁵ Para TUDELA CAMBRONERO, Gregorio, "Proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", en AAVV, *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 822 "puede identificarse, en ocasiones, una vertiente colectiva de los derechos fundamentales, por lo que no ha de extrañar que, en estos casos, junto al sujeto individual que sufre directamente la lesión, actúen en defensa del interés colectivo los sujetos que tienen atribuida esa función, lo que puede abrir la vía, desde luego, al propio sindicato, pero también a otros sujetos colectivos, como la representación unitaria de los trabajadores en la empresa".

¹⁵⁹⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 72 se señala que la función del informe es más defensiva que consultiva. En GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, obra cit., p. 150, la mejor defensa ante la invasión de la vida privada es la participación de los trabajadores mediante la representación antes y después de la aplicación de las reglas convenidas.

¹⁵⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús; RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 840, también MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el derecho del trabajo*, obra cit., p. 72. En LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, "El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección", obra cit., p. 324, el principio de buena fe obliga al empresario a aclarar determinados datos fácticos, aportar nuevos elementos de juicio a requerimiento de los representantes. En MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, obra cit., p. 117, se señala que "la información previa o complementaria que debe acompañar a la consulta es en sí misma una garantía de efectividad en el ejercicio de las facultades consultivas".

¹⁵⁹⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, obra cit., p. 111.

de competencias no concurría en relación a “la recepción de información y emisión de informes (...)”¹⁵⁹⁹, es obvio que el art. 10.3.3º. LOLS “comprende los supuestos en que el comité de empresa ha de ser oído previamente y emitir informe”¹⁶⁰⁰. Esto significa que el incumplimiento empresarial del deber de audiencia-consulta (art. 10.3.3º LOLS) y de información (art. 10.3.1º LOLS) a la representación sindical se considera una vulneración del derecho a la actividad sindical y está sujeto al procedimiento de tutela de la libertad sindical¹⁶⁰¹.

En cuanto a las consecuencias jurídicas o a la responsabilidad empresarial del incumplimiento del deber de consulta previa a los representantes de los trabajadores (art. 64 ET y 10.3 LOLS) hay que tener en cuenta que, “*como regla general*”, la sanción puede originar la ineficacia de la decisión empresarial laboral adoptada irregularmente, sin perjuicio de su tipificación como falta grave (art. 7.7 TRLISOS)¹⁶⁰². Igualmente, la decisión es nula si se omite el informe¹⁶⁰³, si bien esta nulidad sólo afectaría al momento de ejecución de la decisión por lo que, una vez subsanada la carencia, el empresario podría aplicarla de nuevo¹⁶⁰⁴. Se ha mantenido que ésta es una consecuencia excesivamente rígida, motivo por el cual se defiende que la vía apropiada sería que los representantes, mediante el procedimiento de conflicto colectivo, pidieran la revocación del acto y la retirada del sistema de vigilancia implantado o revisado. Esto no impediría al empresario adoptar de nuevo la medida de control, pero en este caso tendría que respetar el trámite de la consulta previa. En tanto no se produzca la revocación del acto, la medida sería eficaz a todos los efectos¹⁶⁰⁵.

En este sentido, el Alto Tribunal ha declarado que el incumplimiento del trámite del informe carece de trascendencia constitucional por tratarse de una cuestión de mera legalidad ordinaria¹⁶⁰⁶. Sin embargo, no es menos cierto que el

¹⁵⁹⁹ STSJ País Vasco, de 16 enero de 1992 (Ar. 1992/175).

¹⁶⁰⁰ El TS declaró que “si se leen atentamente los apartados 1.3 a 1.6 del art. 64 ET se comprueba que la expresión del art. 10.3.3. LOLS al decir «ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afectan a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular» comprende los supuestos en que el comité de empresa ha de ser oído previamente y emitir informe, números 1.3 y 1.4 del art. 64”. STS 14 de junio 1998 (Ar. 1998/5290).

¹⁶⁰¹ MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, obra cit., p. 261. Igualmente ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, *El Estatuto de los trabajadores: textos, comentarios, jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1995, p. 319, se decantan por la regla general de la invalidez del acto, dado que los apartados del número 1.4º del art. 64 ET “son de naturaleza muy variada y es dudoso un pronunciamiento categórico en tal sentido”.

¹⁶⁰² MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, obra cit., p. 256; CRUZ VILLALÓN, Jesús; RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, obra cit., p. 841

¹⁶⁰³ Entre otros, CRUZ VILLALÓN, Jesús; RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, obra cit., p. 841.

¹⁶⁰⁴ MIÑARRO YANINI, Margarita, “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites”, obra cit., p. 57; THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, obra cit., p. 43.

¹⁶⁰⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 54.

¹⁶⁰⁶ STC 186/2000, de 10 de julio. En contra ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, “El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio, obra cit., p. 87 y ss., en relación al “juicio de necesidad” añade “(...) Fácilmente se pueden imaginar medidas mucho menos traumáticas que la finalmente empleada para lograr dicho objetivo. Así, por ejemplo, las cámaras fueron instaladas sin el acuerdo de los representantes de los trabajadores, así como ningún

conocimiento por los representantes de esas medidas de control es imprescindible cuando está en juego la vertiente colectiva de los derechos fundamentales del trabajador¹⁶⁰⁷. La intervención de los representantes de los trabajadores 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. Creemos que no sería desproporcionada ni irrazonable la atribución de efectos invalidantes a la decisión empresarial que incumpliera la garantía constitucional del derecho a la información previa¹⁶⁰⁸. Como advierte la doctrina, la comunicación a los representantes de los trabajadores de la implantación en la empresa de un sistema de control, como por ejemplo la videovigilancia, cumple con la exigencia normativa de la publicidad y permite que su instalación no tenga la consideración de subrepticia. En estos supuestos no se trata de sustituir el consentimiento de los representantes de los trabajadores por el individual en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores singularmente considerados, sino más bien de buscar un cauce más adecuado en los casos de exigencia legal del conocimiento por los trabajadores de las medidas empresariales colectivas que afecten a la intimidad de cada uno de los trabajadores¹⁶⁰⁹. En efecto, el empresario debe dar cumplimiento a las prescripciones contenidas en el Anexo de la Directiva 90/270, sobre pantallas de visualización (Disposición mínima 3 b) estableciendo que “no deberá utilizarse ningún dispositivo cuantitativo o cualitativo de control sin que los trabajadores hayan sido informados y previa consulta con sus representantes”, atendiendo a que ese tipo de sistema de control sea proporcionado a su finalidad conforme establece el AMT (2002) e insistiendo, por lo tanto, “en dos de las condiciones de ejercicio básicas para el despliegue de cualquier medida de control y vigilancia”¹⁶¹⁰.

En el AMET (2002) se contempla que, de acuerdo con las legislaciones europea y nacional, los convenios colectivos y la práctica habitual, los representantes de los trabajadores deben ser informados y consultados sobre la introducción del

tipo de publicidad (...)” pp. 89 y 90. En FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 54, “afirmación tan contundente puede resultar criticable”. En general, debido a la ausencia de norma los Tribunales no consideran un requisito de legitimidad el previo conocimiento a los trabajadores de la actividad de control del empresario, STSJ Cataluña 5 de febrero de 1999 (AS 1999/1110).

¹⁶⁰⁷ En contra, APILLUELO MARTÍN, Margarita, “Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial”, AS, núm. 4, 2003, p. 86, la omisión del informe no repercute decisivamente en el derecho a la intimidad del trabajador. En FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., pp. 55, la medida se justifica por el Alto Tribunal en que el incumplimiento del requisito de la consulta sólo afecta a la posición de los representantes de los trabajadores frente al empresario y no a los derechos constitucionales del trabajador.

¹⁶⁰⁸ GOÑI SEIN, José Luis, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, obra cit., p. 135.

¹⁶⁰⁹ En este sentido, 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*, obra cit., p. 670, añadiendo “no parece que el consentimiento de los representantes de los trabajadores pueda sustituir al consentimiento individual en los casos en que éste es exigido en tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores singulares, pero es más que razonable pensar que la dimensión individual por sí sola no sea adecuada en casos de exigencia legal de “conocimiento” por los trabajadores de medidas empresariales colectivas (...) pero que potencialmente afecten a la intimidad de cada uno de los integrantes del colectivo afectado”.

¹⁶¹⁰ Al respecto, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 179.

teletrabajo. Por lo tanto, entendemos que esa información debe incluir la relativa al control de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores en el lugar de trabajo, de acuerdo con la norma que traspone en nuestro ordenamiento interno la Directiva 90/270, el RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización y con la normativa de protección de datos¹⁶¹¹. La protección de los derechos de los trabajadores frente al control por parte del empresario ha de ser preventiva, con la finalidad de “incidir de manera efectiva en la propia gestión empresarial”, sobre todo porque la información y consulta no deben versar sólo sobre la implantación y revisión de los sistemas de control, sino sobre su finalidad y alcance¹⁶¹².

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma legal que regule el uso de las nuevas tecnologías como instrumento de vigilancia empresarial¹⁶¹³. Esta laguna legal se podría subsanar mediante una regulación convencional, bien de tipo individual o preferentemente colectiva, que contemple la actuación de los representantes de los trabajadores para que las partes del contrato de trabajo conozcan las reglas sobre el uso y el control informático en la empresa¹⁶¹⁴. No obstante, a falta de regulación en estas fuentes, cabe admitir que la empresa establezca unilateralmente unas normas que al menos se canalicen a través de los requisitos previstos en el art. 64.5 f) ET¹⁶¹⁵. Para ello el empresario debe solicitar el informe previo de los representantes de los trabajadores, puesto que se trata de unas reglas o normas que van a afectar a la implantación o revisión de los sistemas de control¹⁶¹⁶, sin que por ello el “juicio de legitimidad constitucional de las pruebas obtenidas a través de los sistemas de control y vigilancia” dejen de “centrarse

¹⁶¹¹ El Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la Protección de los Datos Personales de los Trabajadores (1996), contempla que los representantes de los trabajadores, conforme con la legislación y las prácticas nacionales, deberán ser informados y consultados antes de la instalación de sistemas de vigilancia electrónica del comportamiento de los trabajadores en el lugar de trabajo.

¹⁶¹² En este sentido, THIBAUT ARANDA, Javier, “El papel de los representantes de los trabajadores”, en JEFFERY, Mark; THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO, Ángel (coord.), en *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm., 1, p. 362. Este autor propone la creación de comisiones mixtas con funciones competenciales en materias relacionadas con el tratamiento de datos de carácter personal, nuevas tecnologías, control sobre el trabajador y realización de tareas de estudio, propuesta y negociación. En MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, obra cit., p. 16, los representantes han de conocer la finalidad de la instalación, si las imágenes o sonidos que se captan se graban o no, y quiénes tienen acceso a la visualización o escucha.

¹⁶¹³ En cambio, el Estatuto de los trabajadores italiano contempla una serie de disposiciones dirigidas a limitar el ejercicio del poder empresarial en la introducción y en el uso de las innovaciones tecnológicas, en función de la protección de la personalidad y de la salud del trabajador (arts. 4, 9 y 13), entre otros, GARILLI, Alessandro; BELLAVISTA, Alessandro, “Innovaciones tecnológicas y Estatuto de los Trabajadores: los límites a los poderes del empresario entre la tutela individual y colectiva (artículos 4-9-13)”, en AAVV, *El Estatuto de los Trabajadores italiano: veinte años después*, MTAS, Madrid, 1992, pp. 201 y ss.

¹⁶¹⁴ Vid. FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto, “Propuesta de cláusula en convenios: protocolo de actuación para la práctica de una monitorización con garantías”, en www.comfia.net.

¹⁶¹⁵ Se hace referencia a códigos éticos de conducta unilaterales cuyo contenido regular y ajustado a Derecho constituyen una manifestación del poder de dirección del empresario (art. 20 ET) que sean objeto de aceptación.

¹⁶¹⁶ LUJÁN ALCARAZ, José, “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, obra cit., p. 16. En Italia, el art. 4 del St. Lav. prohíbe con carácter general la aplicación del poder de control empresarial a través de medios de control a distancia, salvo que la implantación de tales medios se deba a razones organizativas de la empresa debidamente justificadas, considerándose admisible la utilización previo acuerdo con la representación sindical o, en su defecto, la aprobación de la autoridad laboral.

en la comprobación de la concurrencia con el principio de proporcionalidad y del conocimiento previo por parte de los trabajadores cuando éste sea preciso”¹⁶¹⁷. Ahora bien, un inconveniente más que se plantea en esta condición es que este deber empresarial rige en los casos en que la medida de control sea estable o permanente y excluye, por lo tanto, todo tipo de medida de control esporádica o temporal¹⁶¹⁸. Esto significa que el empresario no tiene el deber de la audiencia-consulta en aquellos casos en que pretenda puntualmente realizar un control a un trabajador o trabajadores concretos. Y éste es precisamente uno de los fundamentos por lo que el Alto Tribunal admitiría la validez de los denominados controles ocultos, pero sólo como medida excepcional¹⁶¹⁹. En nuestra opinión, sólo se podría llegar a un punto de equilibrio entre los poderes de control del empresario y el ejercicio de los derechos del trabajador en la empresa admitiendo un tratamiento muy restrictivo de esos controles ocultos¹⁶²⁰. No obstante, manifestamos nuestro rechazo a estos controles ocultos como regla general, por considerar que constituyen una medida contraria al carácter restrictivo que debe regir en toda medida que suponga una limitación de derechos fundamentales. La verdadera finalidad del control consiste en tratar de evitar que el trabajador realice un acto que suponga un incumplimiento o infracción, y para ello es necesario que conozca los medios de vigilancia empleados por el empresario¹⁶²¹. Consecuentemente, sostenemos que una prueba obtenida por el empresario sin conocimiento por los representantes de los trabajadores debería considerarse nula de pleno derecho¹⁶²². En realidad, si atendemos a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos, llegamos a esta conclusión porque “el hecho de que la Directiva requiera que todo tratamiento de datos se efectúe de manera ‘lícita’

¹⁶¹⁷ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 54.

¹⁶¹⁸ MARTÍNEZ FONTS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 59.

¹⁶¹⁹ En la STC 186/2000, de 10 julio, se admite como medida excepcional la instalación de un circuito cerrado de televisión, alegando que esta medida no respondía “al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben” cuando se detectan “irregularidades en el comportamiento de los cajeros en determinada sección del economato y un acusado descuadre”, y ello sirva para “verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador” (Fj 7º).

¹⁶²⁰ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., pp. 85 y 86, el control oculto “puede resultar necesario para obtener la confirmación o una prueba de la actividad delictiva o ilícita del trabajador”, p. 97.

¹⁶²¹ Igualmente, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., pp. 134 y 135. MERCADER UGUINA, Jesús R., “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, obra cit., 301, defiende que no es necesario que el trabajador conozca la ubicación exacta de cámaras o micrófonos, a lo que no se oponen los autores más arriba señalados, siempre y cuando el trabajador perciba los medios de vigilancia. “pero si no es así, si están escondidos o camuflados, la única razón para omitir el dato de su ubicación no será otra que la voluntad de ‘cazar’ al infractor que no sabe que en ese concreto sitio está siendo vigilado, y cabría preguntarse si ésa es la verdadera finalidad del control (...)”.

¹⁶²² GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, obra cit., 148, afirma que “el empresario no puede ejercer el control fuera del cumplimiento de la prestación de trabajo” y, por lo tanto, un sistema de control como puede ser un aparato audiovisual “no ofrece garantía alguna de respeto a los momentos reservados e íntimos del trabajador presentes también en el lugar de trabajo”. Las consecuencias del uso con tales fines genera la responsabilidad civil del empresario y la no idoneidad “para la producción de cualquier efecto: las comprobaciones no son utilizables en juicio a efectos disciplinarios”, así como “cuando el trabajador ignora que es observado por una telecámara clandestinamente colocada por el empresario”. Esto es así porque los trabajadores son titulares del “derecho a no ser fiscalizados ilegítimamente en la vida privada y al respeto de su imagen en los momentos de su vida privada y fuera de ellos, como señala el art. 7º.4 LO 1/1982”.

comporta que la vigilancia oculta puede ser calificada como ilícita y, por tanto, como no ajustada a derecho"¹⁶²³.

En lo que respecta al teletrabajo, debemos tener en cuenta 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. Esto implica que, de forma general, tendremos que atender a la normativa de protección de datos y, en concreto, al establecimiento de una serie de principios que dotan de legitimidad a la vigilancia y tratamiento de datos por parte del empresario. Entre éstos se encuentra el de la información previa a los trabajadores en la recogida de datos (art. 5 LOPD), principio que ha sido entendido como "una garantía instrumental que protege el control y la disposición de los propios datos personales del trabajador"¹⁶²⁴. Tal como anteriormente afirmamos, este deber de información se traslada también a los representantes de los trabajadores ya que, en definitiva, lo importante es que exista un conocimiento previo por parte de los trabajadores, ya sea directa o indirectamente, antes de que el empresario ejecute las medidas de vigilancia y control¹⁶²⁵.

Por lo tanto, entendemos que el debate sobre los límites del poder de control empresarial debe reconducirse en torno a la autodeterminación normativa, concretamente al tratamiento de datos personales. Ello obedece a que la Directiva 95/46/CE, de 24 octubre de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, deja bien claro que no sólo se incluye en su ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales, sino también toda forma de vigilancia informatizada (art. 2)¹⁶²⁶. De ahí que los límites que se derivan del respeto al derecho a la intimidad han de operar en dos momentos: en el de recogida de los datos y de la información, y en el del posterior registro físico para el tratamiento de los datos capturados¹⁶²⁷.

¹⁶²³ FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, "Información y consentimiento", en JEFFERY, Mark; THIBAULT, Javier; JURADO; Ángel (coords.), Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores, obra cit., p. 380.

¹⁶²⁴ GOÑI SEIN, José Luis, "Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad", obra cit, p. 94.

¹⁶²⁵ FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, "Información y consentimiento", obra cit., p. 383, "aunque los requerimientos de información de la Directiva 95/46/CE hace alusión específica a la comunicación de información *al interesado*, en aquellos casos en los que una misma información dé cumplimiento al requerimiento con respecto a un grupo de sujetos, no parece que exista razón por la cual los sujetos no puedan ser informados de forma colectiva". Por otro lado, el art. 12.2 del Código de prácticas sobre Protección de Datos Personales de los Trabajadores de la OIT, hace referencia a la consulta a los representantes de los trabajadores sobre la instalación de sistemas de tratamiento de datos y vigilancia; y el párrafo 3.1 de la Recomendación R (89) 2 del Consejo de Europa sobre Protección de Datos de Carácter Personal utilizados con fines de empleo alude a la necesidad de que los trabajadores o sus representantes sean informados o consultados sobre el tratamiento y la vigilancia.

¹⁶²⁶ FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, "Información y consentimiento", obra cit., p. 380. El art. 2 define el tratamiento de datos personales como "cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción", e igualmente en parecidos términos se expresa el art. 3.c) de la LO 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 14 de siembre 1999, núm. 298).

¹⁶²⁷ De ahí que los límites que se derivan del respeto al derecho a la intimidad han de operar en dos momentos: en el de la recogida de los datos y de la información y en el momento del posterior registro físico para el tratamiento de los datos capturados, STSJ Cantabria de 18 enero 2007 (AS 2007/1030).

La Directiva exige el respeto al derecho a una vida privada, tal como viene reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en los principios generales del Derecho Comunitario (Considerando 10)¹⁶²⁸, en virtud del cual el trabajador debe gozar de una expectativa razonable de un cierto grado de intimidad, dignidad, confidencialidad y autonomía. En estos mismos términos se pronuncia la normativa española que traspone la directiva comunitaria (art. 3.c) LOPD), incorporando unos principios que vienen a delimitar el ejercicio legítimo del poder de control del empresario¹⁶²⁹. Estas consideraciones nos conducen a la normativa de tratamiento de datos, puesto que el trabajo con los equipos informáticos – como es en el caso del teletrabajo- permiten controlar el comportamiento de los trabajadores mediante la utilización de los datos. No obstante, este control sería válido “siempre que no haya una alternativa a tal control” y sea esencial para conseguir el resultado, algo que no iría en contra del principio de finalidad, al que haremos mención más adelante (art. 5.2 LOPD)¹⁶³⁰.

5.5. La protección del teletrabajador frente a los controles informáticos y de los instrumentos de trabajo. Especial referencia a la normativa de protección de datos (LOPD).

Como señalamos anteriormente, la LOPD, y en general toda la normativa relativa al tratamiento de datos, son los que deben determinar los límites del poder de vigilancia y control empresarial¹⁶³¹. Los instrumentos o herramientas de trabajo informático son los que van a permitir al empresario la obtención de unos datos no sólo profesionales sino también personales y, por lo tanto, dichos datos deben ser objeto de protección ya que se les presta poca atención en cuanto a su almacenamiento, registro, uso de los mismos, etc. La doctrina ha criticado el escaso papel regulador de la LOPD para solucionar conflictos surgidos en el ámbito laboral sobre la adopción de mecanismos de control por el empresario¹⁶³²,

¹⁶²⁸ El art. 8.1 del Convenio Europeo consagra un derecho al respeto a la privacidad que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que no se limita al hogar, sino que se aplica también al lugar de trabajo (asuntos Niemitz, de 23 de noviembre de 1993 y Halford, de 25 de junio de 1997).

¹⁶²⁹ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 87.

¹⁶³⁰ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., pp. 99 y 100.

¹⁶³¹ En GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 88. En cambio, MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 201, afirma que “puede resultar insuficiente, cuando no contradictoria, con las limitaciones a la discrecionalidad del poder empresarial”. Entre la normativa internacional cabe señalar en el ámbito de Consejo de Europa el Convenio 108, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmado el 28 de enero 1981; y la mencionada Directiva 95/46/CE, de 24 octubre completada por la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas. Sobre la protección de datos en el ámbito laboral, Recomendación 89 (2) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 18 de enero 1989, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo; y Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT, sobre protección de los datos personales de los trabajadores (OIT Ginebra, 1997).

¹⁶³² Entre otros, véanse las críticas a la falta de adaptación de la LOPD al ámbito de las relaciones laborales, DEL REY GUANTER, Salvador, “Tratamiento automatizado de carácter personal y contrato de trabajo”, *RL*, Tomo II, 1993, p. 145;

quizás debido al carácter genérico y la falta de concreción en el contexto laboral de los principios de la LOPD, o bien porque no se tiene en cuenta que muchas de las actividades de obtención de datos del trabajador implican el tratamiento de datos que permiten al empresario obtener un conocimiento profesional y personal del trabajador¹⁶³³.

El control de la prestación laboral mediante los medios informáticos sólo puede ir encaminado a verificar única y exclusivamente el cumplimiento de la prestación laboral, de acuerdo con la consideración debida a la dignidad del trabajador. Esto significa que sólo se pueden registrar los aspectos relacionados con el resultado de la actividad laboral (cantidad y calidad del trabajo realizado)¹⁶³⁴, y así el empresario puede lícitamente controlar el rendimiento de los trabajadores a través del ordenador, vigilando por ejemplo el tiempo que un trabajador pasa escribiendo, el número de ficheros registrados, la hora en que enciende o apaga el ordenador, etc., porque este tratamiento no está prohibido, siempre y cuando los trabajadores hayan sido informados¹⁶³⁵. No obstante, existen casos en el teletrabajo en los que el control de la actividad laboral no evita obtener datos sobre el comportamiento del trabajador, y por lo tanto puede invadir su privacidad. Ya señalamos anteriormente que la modalidad *on line* acentúa el poder de dirección del empresario y plantea mayores problemas en relación con el derecho a la intimidad del trabajador¹⁶³⁶, así como también en cuanto al teletrabajo a domicilio y al ejercicio del poder de control diferido en relación a la privacidad del trabajador¹⁶³⁷. En definitiva, debemos distinguir cuando el empresario emplee la información para adoptar decisiones profesionales con respecto al trabajador, y cuando pretenda utilizarla como elemento de control del trabajador para desprotegerlo de sus intereses laborales, “desincentivando tanto la protección de sus intereses individuales como el ejercicio de sus derechos colectivos”¹⁶³⁸.

Para evitar lo anterior, solamente técnicos, superiores o representantes de los trabajadores deben tener acceso a los programas de software introducidos en

CARDONA RUBERT, M^a Belén, “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, obra cit., p. 24; THIBAUT ARANDA, Javier, “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, *RL*, núm. 13, 2000, p. 34; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 122, LUJÁN ALCARAZ, José, “Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, *AS*, núms. 7-8, 2003, p. 14.

¹⁶³³ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 88. Igualmente, OJEDA AVILÉS, Antonio, “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, p. 25; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 59 a 73.

¹⁶³⁴ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 141; ROQUETA BUJ, Remedios, *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 52.

¹⁶³⁵ Opinión 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, adoptado el 13 de septiembre de 2001 por el Grupo de Trabajo del Art. 29.

¹⁶³⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 116.

¹⁶³⁷ MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 188.

¹⁶³⁸ En este sentido, DEL REY GUANTER, Salvador, “Tratamiento automatizado de carácter personal y contrato de trabajo”, obra cit., p. 146.

los ordenadores del trabajador, y se debe proceder a la destrucción periódica del historial de uso de los ordenadores cuando no se aprecie anomalía en el control realizado¹⁶³⁹. En todo caso lo que hay que tener en cuenta es el debido respeto a la intimidad informática, porque los datos obtenidos permiten conocer aptitudes o deficiencias del trabajador y, por lo tanto, reconstruir su perfil personal (moral, ideológico o sindical)¹⁶⁴⁰. En estos casos es necesario evaluar el control empresarial para asegurarse de que exista una finalidad que justifique la recogida de datos de carácter personal. Al disponer el empresario de un control prácticamente ilimitado gracias al uso de los medios informáticos, deben existir restricciones tanto en la recogida como en el tratamiento de datos de carácter personal del trabajador, o sea, habría que limitar dichos datos a aquéllos “que sean directamente relevantes para la relación de trabajo”¹⁶⁴¹.

Debemos tener en cuenta que existen diversas manifestaciones del poder informático del empresario que permiten reelaborar una gran cantidad de datos a través de la tecnología electrónica¹⁶⁴², como la captación de imágenes y sonidos (videocámaras); el acceso y localización en la empresa; los controles sobre e-mail, páginas Web visitadas, utilización del PC y sobre el uso del teléfono¹⁶⁴³. Para que los controles obtenidos mediante los sistemas informáticos no produzcan lesiones de los derechos de los trabajadores, debemos dotarlos de una medida de protección basada en el reconocimiento del derecho de acceso a los datos relativos a la prestación realizada por el teletrabajador que sean detentados por el empresario, evitando las posibles lesiones del derecho a la intimidad. El art. 15.1 LOPD contempla el derecho del interesado -en este caso, el teletrabajador- a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevé hacer de los mismos¹⁶⁴⁴. El hecho de que el trabajador esté dotado de este derecho le permite ejercer “un mínimo de control sobre el contenido de la información tratada”¹⁶⁴⁵ y, por lo tanto, un poder de disposición sobre sus datos personales¹⁶⁴⁶. No olvidemos que la intimidad informativa “le confiere al trabajador la facultad de conocer y controlar cuantas transacciones y operaciones se realicen con sus datos, decidir sobre dichas operaciones a través del otorgamiento informado de su consentimiento, convirtiendo al propio trabajador

¹⁶³⁹ ROQUETA BUJ, Remedios, *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*, obra cit., pp. 53 y 54.

¹⁶⁴⁰ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., pp. 141 y ss., donde critica “el desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y acceso a los mismos”, que “ha expuesto al trabajador a una amenaza antes desconocida”, p. 142.

¹⁶⁴¹ MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 199.

¹⁶⁴² In extenso CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., pp. 62 y ss.

¹⁶⁴³ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, obra cit., pp. 133 a 136.

¹⁶⁴⁴ Este derecho sólo puede ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo para ejercitarlo antes (art. 15.3 LOPD).

¹⁶⁴⁵ DEL REY GUANTER, Salvador, “Tratamiento automatizado de carácter personal y contrato de trabajo”, obra cit., p. 154.

¹⁶⁴⁶ En STC 254/1993, de 20 de julio (FJ 7^o).

titular de los datos en el más eficaz garante de su intimidad”¹⁶⁴⁷. En definitiva, un derecho a la libertad informática que comprende: conocer y acceder a los datos personales insertos en un programa informático (*habeas data*); controlar su calidad, pudiendo corregirlos o cancelarlos y disponer sobre su transmisión¹⁶⁴⁸. La solución a los diversos problemas que se plantean en el teletrabajo en esta materia donde es difícil delimitar la frontera entre el trabajo y la vida privada, debe ir encaminada a lograr el equilibrio entre un adecuado nivel de protección para el trabajador y la necesidad de proveer de certidumbre jurídica al empresario¹⁶⁴⁹.

En cuanto que implican el uso y tratamiento de datos de carácter personal de los trabajadores, las prácticas de monitorización empresarial no quedan al margen de la regulación de la LOPD. La aplicación de técnicas de monitorización informática constituye un tratamiento de datos en sí mismo, puesto que estamos ante “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no”, que permiten “la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, interconexiones y transferencias” (art. 3.c) LOPD)¹⁶⁵⁰. Así mismo, los datos de carácter personal definidos como “cualquier información concernientes a personas físicas identificadas o identificables” (art. 3.a) LOPD), nos permite considerar como datos de carácter personal toda aquella información obtenida de la navegación en la Red del trabajador (preferencias personales, gustos, perfiles de consumo, ideología, preferencia sexuales) simplemente con el conocimiento de los sitios más visitados reflejados en el historial del navegador¹⁶⁵¹. La asignación de un número IP al ordenador personal suele ser estática y plenamente capaz de identificar a un individuo concreto, por lo que se trata de un dato de carácter personal¹⁶⁵². Igualmente, debemos tener en cuenta que el control del correo electrónico implica necesariamente el tratamiento de datos personales. En el contexto laboral el tratamiento de datos en forma de imagen y sonido, así como la videovigilancia de los trabajadores, también están cubiertos

¹⁶⁴⁷ CARDONA RUBERT, M^a Belén, “Relaciones laborales y tecnologías de la información y comunicación”, *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, p. 2.

¹⁶⁴⁸ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 118.

¹⁶⁴⁹ CUADRADO GAMARRA, Nuria, “La protección de datos en el ámbito laboral”, *IL. Legislación y convenios colectivos*, núm. 20, 2004, p. 3.

¹⁶⁵⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, “Vida privada y tecnologías de la información en el entorno laboral”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 9, 2005 (3), pp. 73 y 74.

¹⁶⁵¹ En MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, “Vida privada y tecnologías de la información en el entorno laboral”, obra cit., p. 72, añadiendo que la dirección de correo electrónico o la dirección IP de un ordenador es un dato personal, apoyándose en el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) sobre dirección de correo electrónico como dato personal y en el Informe 327/2003 de la AEPD. En este mismo sentido, SAN (Contencioso-Administrativo), de 25 mayo 2006 (JUR 2006/174370).

¹⁶⁵² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, “Secreto de las comunicaciones v. protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la Sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional Español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos”, *BIB 2008\2396*, p. 6 y 12, (www.aranzadi.es). Sobre las repercusiones jurídicas que representa el número IP en las técnicas de interceptación legal de comunicaciones, vid. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Dirección IP, IMSI e intervención judicial de comunicaciones electrónicas”, *Diario La Ley*, n^o 7086, 2009, (www.laley.net).

por las disposiciones sobre protección de datos personales tanto de la Directiva comunitaria como nacional¹⁶⁵³.

La mera existencia de una relación laboral no autoriza al empresario a solicitar y recoger cualquier tipo de información sobre el teletrabajador. El empresario que excepcionalmente pretenda reunir los datos personales del trabajador va a necesitar una justificación¹⁶⁵⁴. En definitiva, creemos que se debe aplicar la normativa de protección de datos cuando el empresario ejerza el poder de control de la informática y del uso de las herramientas telemáticas por los teletrabajadores. En este sentido, no debemos obviar la circunstancia de que existen ciertas diferencias entre las nuevas tecnologías y los anteriores medios audiovisuales y de comunicación. Así, en la ciber-vigilancia, podemos distinguir dos momentos distintos: uno basado en la recogida de datos y otro en el tratamiento de los datos obtenidos. Es decir, aunque la informática permite controlar directamente el comportamiento laboral del trabajador, “el verdadero conocimiento sobre el comportamiento del trabajador no se obtiene sino mediante la recogida sistemática de datos, su almacenamiento y su posterior tratamiento; de ahí que los límites que se derivan del respeto al derecho de la intimidad han de operar en dos momentos distintos: en el momento de la recogida de datos y de la información, que han de ser adecuados al fin perseguido y que no podrá ser otro que la verificación del cumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador, y además, en el momento del posterior registro físico para el tratamiento de los datos capturados”¹⁶⁵⁵.

En la normativa de protección de datos, además de la Directiva 95/46/CE y la LOPD, que podemos considerar como “las piezas claves del sistema”, hay que tener en cuenta otros instrumentos y documentos específicos del ámbito laboral¹⁶⁵⁶. Cabe mencionar la Recomendación (89) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo permitiendo la evaluación del carácter o la personalidad de un individuo¹⁶⁵⁷ y las Recomendaciones de la OIT de 1996¹⁶⁵⁸, así como la del llamado

¹⁶⁵³ Dictamen 8/2001 del Grupo de Trabajo del art. 29 sobre el Tratamiento de Datos Personales en el contexto laboral, adoptado el 13 septiembre de 2001. THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, obra cit., p. 122, considera como datos personales los registros de páginas Web consultadas, correos electrónicos almacenados y los datos relativos al uso del ordenador, cuando se archivan. También las grabaciones de imágenes y sonidos obtenidos mediante videocámaras instaladas en la empresa, es decir “conservadas y clasificadas de alguna forma conforme a criterios predeterminados”. En SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 140, debe aplicarse la LOPD cuando exista una conservación de los datos personales.

¹⁶⁵⁴ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 144.

¹⁶⁵⁵ STSJ Cantabria de 18 enero 2007 (AS 2007/1030).

¹⁶⁵⁶ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Protección de datos y relaciones laborales”, en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., p. 139. Vid. Informe 0247/2008, (www.aepd.es).

¹⁶⁵⁷ La Recomendación hace referencia a las relaciones entre trabajadores y empresarios en materia de reclutamiento de trabajadores, ejecución del contrato y gestión, incluidas las obligaciones derivadas de la ley o de convenios colectivos, y a la planificación y organización del trabajo. Se contempla la posibilidad de realizar pruebas, análisis o procedimientos destinados a evaluar el carácter o personalidad de un individuo, y el derecho a que el afectado conozca el resultado de esas evaluaciones cuando así lo desee, pero sólo si cuenta con el consentimiento del interesado, o con otras garantías previstas en el Derecho interno.

¹⁶⁵⁸ Entre los principios generales se establece que “el tratamiento de datos personales de los trabajadores debería

“Grupo de Berlín”, constituido en el seno de la Conferencia Internacional sobre Protección de Datos, posicionado claramente sobre la protección de los datos en el contexto laboral a través de su documento “Informe y Recomendaciones sobre las Telecomunicaciones y la Privacidad en las relaciones laborales”, de agosto 1996. En el ámbito de la Unión Europea destacan tres importantes Documentos de Trabajo del “Grupo del Artículo 29” formado al amparo de la Directiva 95/46/CE¹⁶⁵⁹. Los arts. 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en cuanto al derecho al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia de toda persona, así como la prohibición de injerencias y el derecho a la libertad de expresión. Igualmente, los principios consagrados por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concretamente, respecto al secreto de la correspondencia (Asunto Niemitz contra Alemania y Halford contra el Reino Unido); el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981; y el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea¹⁶⁶⁰.

El documento del Grupo de Berlín contiene una serie de Recomendaciones en relación con la recogida de datos obtenidos de los empleados a través de los dispositivos propios de las nuevas tecnologías. Estas Recomendaciones hacen referencia a la protección de datos personales de los trabajadores en el lugar de trabajo y, en su caso, en el propio domicilio del trabajador y, por lo tanto, van dirigidas a los supuestos de teletrabajo. Para ello se establece que tanto los trabajadores como sus representantes deben ser informados del tipo de tecnología utilizada por el empresario en relación con la vigilancia y seguimiento de su actividad laboral, debiendo abstenerse el empleador de recoger datos personales que resulten excesivos en razón de la propia naturaleza de la relación laboral. A su vez, los representantes de los trabajadores van a tener una mayor implicación, en el sentido de que van a ser informados sobre la introducción de cualquier nuevo sistema de registro de datos que afecte al conjunto de los trabajadores, teniendo estos últimos la posibilidad de acceder a los datos que se procesen sobre ellos y el derecho a rectificar los posibles errores que les afecten¹⁶⁶¹. El empresario

efectuarse de manera ecúanime y lícita y limitarse a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador”.

¹⁶⁵⁹ Véanse el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral, adoptado el 13 de septiembre de 2001, R. 5062/EN/ Final, WP 48; Recomendación 1/2001 sobre datos de evaluación de los trabajadores, adoptado el 22 de marzo de 2001; Documento de trabajo relativo a la vigilancia de la comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo de 2002, R. 5401/01/ES/Final, WP 55. A estos documentos hay que añadir el Working document on data protection issues related to RFID technology, January 19, 2005, R. 10107/05/EN, WP 105 y Results of the Public Consultation on Article 29 Working Document 105 on Data Protection Issues Related to RFID Technology, adopted on 28 September 2005, R. 1670/05/EN, WP 111.

¹⁶⁶⁰ PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Protección de datos y relaciones laborales”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., pp. 139 y 140.

¹⁶⁶¹ En este sentido, Informe O247/2008 (www.aepd.es) y PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Protección de datos y relaciones laborales”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., p. 141. Con respecto a los Documentos de trabajo, a los dos citados con anterioridad en la nota 247 hay que añadir el Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara adoptado el 25 de noviembre 2002, R. 11750/02/ES WP 67 y el Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara adoptado el 11 de febrero 2004, R. 11750/02/ES WP 89. También, Working document on data protection issues related to RFID technology, January 19, 2005, R. 10107/05/EN, WP 105 y Results of the Public

tiene que informar al trabajador de la recogida de datos para poder utilizar en su contra la información obtenida en el lugar de trabajo, pero el trabajador tiene que tener la oportunidad de acceder a ella para poder rebatirla. La única excepción que se contempla al respecto es que el empresario tenga una firme sospecha de actividades delictivas o dolosas del trabajador¹⁶⁶². Finalmente, se intenta preservar un espacio libre de vigilancia, donde la intimidad del trabajador quede garantizada a salvo de cualquier intromisión del empresario. Dicha zona franca se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, y despliega su contenido esencial en el ámbito de la comunicación libre con el resto de los trabajadores en la empresa¹⁶⁶³.

5.5.1. Los principios fundamentales de la protección de datos y su incidencia en el poder de control empresarial en el teletrabajo

En la delimitación del poder de control del empresario vamos a hacer referencia a los principios fundamentales de la protección de datos personales contemplada en la normativa comunitaria y estatal. No pretendemos realizar un estudio detallado de la normativa de protección de datos en las relaciones laborales, sino de aquellos aspectos que más repercusión tengan en relación con el ejercicio del poder de control del empresario en el teletrabajo. Para ello, además de la normativa referenciada, también vamos a tener en cuenta el Dictamen que el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos-Artículo 29- elaboró sobre el Tratamiento de Datos personales en el contexto laboral con el fin de contribuir a la aplicación uniforme de las medidas nacionales adoptadas en el marco de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos¹⁶⁶⁴; y el Documento relativo a la vigilancia y control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo del mencionado Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos- Artículo 29-, que lleva a cabo una interpretación uniforme de las disposiciones de la Directiva 95/46/CE y de las legislaciones nacionales que la aplican, considerando parcialmente aplicable los principios enumerados en la Directiva¹⁶⁶⁵. Aunque estos criterios y documentos, que no son jurídicamente vinculantes, tienen especial interés "por la propia finalidad armonizadora de las medidas nacionales adoptadas al amparo de la referida Directiva"¹⁶⁶⁶.

En definitiva, y siguiendo la doctrina, los presupuestos de legitimidad para que el poder de control y vigilancia del empresario sea lícito de acuerdo con los

Consultation on Article 29 Working Document 105 on Data Protection Issues Related to RFID Technology, adopted on 28 September 2005, R. 1670/05/EN, WP 111.

¹⁶⁶² PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Protección de datos y relaciones laborales", en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., pp. 142.

¹⁶⁶³ En este mismo sentido, Informe 0247/2008 de la Agencia Española Protección de Datos, p. 4 (www.aepd.es).

¹⁶⁶⁴ Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral adoptado el 13 de septiembre de 2001, Resolución 5062/EN/Final WP 48.

¹⁶⁶⁵ Resolución 5401/01/ES/Final WP 55, aprobada el 29 de mayo de 2002.

¹⁶⁶⁶ GOÑI SEIN, José Luis, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, obra cit., p. 106.

principios fundamentales de la protección de datos y los intereses de las partes son¹⁶⁶⁷: a) la presencia de un fin legítimo que justifique la restricción que experimenten los trabajadores en sus derechos (art. 4.1 LOPD y 6 D. 95/46); b) la proporcionalidad en la adopción y realización de las actividades de vigilancia empresarial (art. 4.1 LOPD); c) información previa a los trabajadores (arts. 5, 15 y 16 LOPD); y d) la compatibilidad con la finalidad inicial: prohibición de tratar datos con fines distintos de aquéllos para los que fueron recabados.

5.5.1.1. *Legitimidad*

El virtud del art. 4.1 LOPD, los datos de carácter personal deben recogerse con un fin determinado, explícito y legítimo¹⁶⁶⁸. Esto significa que el tratamiento de los datos debe ser necesario para satisfacer el interés perseguido por el empresario y no perjudicar los derechos fundamentales del trabajador. La legitimidad la obtendría el empresario cuando tenga la necesidad de protegerse de amenazas importantes para la empresa como, por ejemplo, evitar que se transmita a la competencia información confidencial¹⁶⁶⁹. Las actividades de vigilancia destinadas directamente al tratamiento de datos delicados relativos a los trabajadores no son legítimas ni aceptables. Ahora bien, tampoco parece aceptable impedir o complicar en exceso las actividades de vigilancia como, por ejemplo, las que directamente van dirigidas a garantizar la seguridad del sistema por el mero hecho de que sea inevitable el tratamiento de información delicada¹⁶⁷⁰. El verdadero problema consiste en determinar cuando se puede reconocer al empresario un cierto poder de vigilancia sobre los trabajadores. En estos casos se ha señalado que sería necesaria una motivación fuerte, a la altura del sacrificio de los derechos fundamentales del trabajador. En definitiva, que exista un interés jurídico relevante, como puede ser la salud, la seguridad y la protección de los bienes¹⁶⁷¹. La instalación de sistemas informáticos sería lícita en aquellos casos en que los teletrabajadores disfruten de libertad de horarios, y sean destinados al control del tiempo de trabajo efectivo y, por lo tanto, del cumplimiento de la jornada en relación con las pausas, descansos, contabilización de horas extraordinarias, etc¹⁶⁷². Este sistema de control de tiempos de trabajo quedaría justificado por el carácter indispensable para el

¹⁶⁶⁷ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., pp. 89 a 101.

¹⁶⁶⁸ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 89. Igualmente, Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, R. 5401/01/ES/Final, WP 55, p. 14.

¹⁶⁶⁹ Como también la detección de virus, obtener la confirmación de un supuesto ilícito penal (por ejemplo, circulación de pornografía infantil), cumplimiento de las obligaciones del trabajador, etc.

¹⁶⁷⁰ En este mismo sentido, Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, de 29 de mayo de 2002, R. 5401/01/ES/Final WP 55.

¹⁶⁷¹ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 90. Igualmente, Repertorio de recomendaciones prácticas de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la protección de datos personales de los trabajadores (1996).

¹⁶⁷² THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 147. En FERNÁNDEZ VILLAZÓN, José Luis, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 116, se ha afirmado que este tipo de control no parece desproporcionado si se lleva a cabo con el conocimiento del trabajador.

necesario desarrollo del proceso productivo, al no ser posible otro método menos gravoso para los derechos del trabajador¹⁶⁷³ existiendo una conexión entre los datos resultantes del control y la finalidad perseguida¹⁶⁷⁴.

Así, el almacenamiento de datos personales se permite cuando concurra una finalidad lícita de acuerdo con las normas y principios de protección de datos¹⁶⁷⁵. La conservación y clasificación de los datos personales por el empresario no deben permitir que al teletrabajador se le atribuyan características que puedan dar lugar a un trato discriminatorio (art. 14 CE y 17 ET)¹⁶⁷⁶. El art. 4.7 LOPD que prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos está exigiendo al empresario que el procedimiento de recogida, tratamiento y clasificación de la información sea acorde con la buena fe¹⁶⁷⁷. En caso contrario, se considera que aquellas técnicas engañosas que sean empleadas por el empresario constituyen un incumplimiento considerado como una infracción muy grave (art. 44. 4 LOPD)¹⁶⁷⁸. En este caso, el procedimiento idóneo para que el trabajador exija responsabilidades es el proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales (arts. 175 y ss.), siempre y cuando no opte por acudir a la vía contemplada en el art. 50.1 c ET solicitando la extinción del contrato¹⁶⁷⁹.

Por otro lado, debemos tolerar el control de la actividad laboral no intencional llevado a cabo mediante unos sistemas que se instalen en el ordenador con la finalidad de satisfacer exigencias de tipo organizativo, productivo o de seguridad "como algo inescindible e inevitable del producto resultante"¹⁶⁸⁰. Uno de los problemas que plantea este control no intencional en el teletrabajo es delimitar su legitimidad, ya que al controlar la actividad laboral, el empresario puede obtener información concerniente a la esfera privada del teletrabajador. La legitimidad del control informático a distancia se determinaría atendiendo a tres circunstancias: a las razones alegadas por el empresario, a la finalidad real perseguida, y al propio

¹⁶⁷³ DE VICENTE PACHÉS, Fernando, "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo", obra cit., p. 31.

¹⁶⁷⁴ MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 232.

¹⁶⁷⁵ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, "El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada", obra cit., p. 53.

¹⁶⁷⁶ En este mismo sentido, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 147.

¹⁶⁷⁷ Dado que, como límite esencial, el derecho al poder de dirección del empresario y el del trabajador a la intimidad y, eventualmente, al secreto de las comunicaciones deben ser ejercitados con arreglo al principio de buena fe, en MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)", *RL*, núm. 5-6, 2009, p. 38.

¹⁶⁷⁸ Al respecto, CARDONA RUBERT, M^a Belén, "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", obra cit., p. 32.

¹⁶⁷⁹ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 77 a 79. En este caso, en virtud del art. 181 LPL una vez que el juez declare la vulneración del derecho, se pronunciará sobre la cuantía de la indemnización que le corresponda al trabajador por haber sufrido discriminación, indemnización que será compatible con la que le corresponda por la extinción del contrato de trabajo (DA 13^a. 7 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

¹⁶⁸⁰ GOÑI SEIN, José Luis, "Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad", obra cit., pp. 90 y 91. En relación a las exigencias organizativas, productivas o de seguridad en el trabajo, CARDONA RUBERT, M^a Belén, "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", obra cit., p. 31.

comportamiento del empresario¹⁶⁸¹. Estas circunstancias son las que determinan la legitimidad de la medida de control adoptada por el empresario en relación con el uso de las nuevas tecnologías, y que plantea la necesidad de establecer una conexión entre “la información personal que se recaba y utiliza y la finalidad a la que se dirigen tales informaciones tratadas informáticamente”¹⁶⁸². En este sentido, podemos afirmar que en la delimitación del poder de control que se ejerce sobre la persona del trabajador, el tratamiento de datos se presenta como una herramienta de suma utilidad, cuando no imprescindible¹⁶⁸³. Ahora bien, el tratamiento informatizado de los datos de carácter personal obtenidos mediante un control virtual que es ilimitado debe ser compensado, por un lado, restringiendo la recogida de datos y, por el otro lado, limitando estrictamente el tratamiento de los datos que se hayan obtenido¹⁶⁸⁴. Los datos capturados en la actividad de control que rebasen el parámetro que debe modular el nivel y la intensidad de la recogida de datos (por ejemplo, conocer el uso que se hace de Internet en horas de trabajo), deslegitima el comportamiento empresarial de conformidad con el art. 7.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la Propia Imagen que considera ilegítimas las conductas empresariales que utilicen “...aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”¹⁶⁸⁵. En este sentido, como es necesario que el sistema de control no rebase los límites en que la STC 186/ 2000 concibe la facultad empresarial mediante los usos de los nuevos medios técnicos, debemos considerar la aplicación del principio de proporcionalidad instaurado por el Alto Tribunal a la hora de instalar sistemas de control sobre el uso del correo electrónico o Internet por los trabajadores cuando resulte necesario para garantizar la seguridad del sistema.

5.5.1.2. *Proporcionalidad*

Según este principio, los datos personales, incluidos los que se utilicen en las actividades de control, deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con

¹⁶⁸¹ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 92.

¹⁶⁸² En CARDONA RUBERT, M^a Belén, “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, obra cit., p. 30. En SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 121, “la finalidad esgrimida como justificación de la recogida y tratamiento de datos vincula igualmente el tipo de datos solicitados (...), y el período máximo durante el cual serán almacenados (sólo el imprescindible).

¹⁶⁸³ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, obra cit., p. 86.

¹⁶⁸⁴ MARTÍNEZ FONS, Daniel, “Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo, en SERNA CALVO, M^a del Mar, *Derecho social y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV-2004, CGPJ, Madrid, 2005, p. 32.

¹⁶⁸⁵ STSJ Cantabria de 18 enero de 2007 (AS 2007/1030) en el supuesto de un empresario que informa a los trabajadores de la empresa del establecimiento de un sistema de control destinado a la verificación del uso de Internet, pero sin respetar las garantías contempladas en los arts. 6 y 7 de la D. 46/1995, entre las que merece destacar el respecto a los principios de causalidad, indispensabilidad, proporcionalidad y la garantía de la presencia de un representante de los trabajadores en el momento del registro físico.

relación a los fines para los que se recaben (art. 4.1 LOPD)¹⁶⁸⁶. La política de la empresa en este ámbito deberá adaptarse al tipo y grado de riesgo al que se enfrente dicha empresa¹⁶⁸⁷. Al respecto, la doctrina ha afirmado que “el principio de congruencia y racionalidad”¹⁶⁸⁸ encaja en la conocida doctrina constitucional de la indispensabilidad de la medida de control y sobre la proporcionalidad de la restricción de los derechos fundamentales, por lo que habrá que llevar a cabo un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad que justifique las informaciones registradas como mecanismo de salvaguardia de la privacidad del trabajador¹⁶⁸⁹.

Así, habrá que determinar si la recogida y tratamiento de datos es susceptible de conseguir el objetivo propuesto y si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada o menos restrictiva de derechos fundamentales para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y que satisfaga el interés empresarial con una menor intromisión en la vida privada o el tratamiento de datos del trabajador¹⁶⁹⁰. Como advierte la doctrina, habrá que partir del supuesto de la indispensabilidad de la medida, principio que, aplicado a la vigilancia tecnológica (por ejemplo videocámara), conlleva que sólo cabe acudir a ella cuando los métodos tradicionales de supervisión resulten claramente insuficientes o inaplicables en relación con los fines legítimos¹⁶⁹¹. Lo mismo cabe decir con respecto a la vigilancia informática, dado que el empresario “debería evitar los sistemas que efectúan una vigilancia automática y continua” en aras de que la intromisión en la vida privada del trabajador sea menor y a su vez conseguir el objetivo perseguido. Cuando la medida de control tecnológico (por

¹⁶⁸⁶ El Considerando 28 de la Directiva 95/46 indica que “todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado; que debe referirse, en particular, a datos adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los objetivos perseguidos; que estos objetivos han de ser explícitos y legítimos, y deben estar determinados en el momento de obtener datos; que los objetivos de los tratamientos posteriores a la obtención no pueden ser incompatibles con los objetivos originariamente especificados”.

¹⁶⁸⁷ Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, de 29 de mayo 2002, R. 5401/01/ES/Final WP 55, p. 17.

¹⁶⁸⁸ DEL REY GUANTER, Salvador, “Tratamiento de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, obra cit., p. 148, hace referencia a los dos principios generales fundamentales, los de congruencia y racionalidad, considerado “verdaderamente cardinal” y el de consentimiento o autodeterminación. El primer macro-principio recoge los de legalidad, legitimidad, pertinencia (congruencia), proporcionalidad, veracidad, accesibilidad, cancelación y descontextualización.

¹⁶⁸⁹ En GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 93. Sobre el principio de proporcionalidad, SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 121; THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, p. 125. En la doctrina jurisprudencial, entre otras, SSTC 99/1994, de 11 abril; 66/1995, de 8 mayo; 55/1996, de 28 marzo; 207/1996, de 16 diciembre; 37/1998, de 17 febrero; 98/2000 y 186/2000.

¹⁶⁹⁰ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 93, señala con acierto que los “jueces y tribunales, más que en la indispensabilidad de la medida, reparan en la razonabilidad para alcanzar el fin perseguido” (...), es decir, “si la medida en cuestión resulta útil para alcanzar el resultado” (...) y, por consiguiente no profundizan “realmente en el carácter subsidiario del recuso a estos procedimientos”.

¹⁶⁹¹ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 93, citando el Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante videocámara del Grupo de trabajo Art. 29, adoptado el 11 febrero 2004, R. 11750/02/ES WP 89. Añadiendo que para su efectivo cumplimiento se requiere, “el que se aporte una cierta prueba de la inexistencia de sistemas u otros aparatos mecánicos alternativos, que no requieran captación de imágenes y que puedan suplir la adopción de un sistema de control tan potencialmente lesivo de la libertad y dignidad de los sujetos controlados”, en *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, obra cit., p. 122.

ejemplo videocámara) o informático sea indispensable, aplicaremos el principio de proporcionalidad¹⁶⁹².

En lo que respecta al control informático, el principio de proporcionalidad implica que el empleador debe reconsiderar la aplicación del control general de los mensajes electrónicos y de la utilización de Internet de todo el personal, salvo que resulte necesario para la seguridad de la empresa¹⁶⁹³. Por ello y, siempre que sea posible, “el control del correo electrónico debería limitarse a los datos sobre tráfico de los participantes y a la hora de una comunicación más que al contenido, si ello es suficiente para satisfacer las necesidades del empleador. Si el acceso al contenido de los mensajes es indispensable, convendría tener en cuenta el respeto de la vida privada de los destinatarios externos e internos de la organización. Por ejemplo, el empleador no puede obtener el consentimiento de las personas ajenas a la organización que envían mensajes a los miembros de su personal. Del mismo modo, el empleador debería aplicar todos los medios razonables para informar a las personas ajenas a la organización de la existencia de actividades de vigilancia que pudieran afectarlas. Se podría, por ejemplo, insertar avisos de la existencia de sistemas de vigilancia en todos los mensajes salientes de la organización”¹⁶⁹⁴. El Documento ofrece al respecto una medida de control que, con ayuda de la tecnología, permite al empresario evaluar la utilización del correo electrónico por los trabajadores, y que consiste en la comprobación del número de mensajes enviados y recibidos o el formato de los documentos adjuntos; por ello entiende que “la apertura efectiva de los mensajes electrónicos es desproporcionada”¹⁶⁹⁵.

Debemos partir del hecho de que el ordenador es la herramienta de trabajo con la que el teletrabajador realiza la prestación de servicios y de la que, por lo tanto, cabe exigirle la utilización con fines profesionales. Sin embargo, en el teletrabajo es aún más necesario el recurso al conocido uso social de los medios de comunicación de la empresa como el teléfono, correo electrónico e Internet, puesto que “son medios intrínsecos de comunicación entre personas y como tales son percibidos por ellas”¹⁶⁹⁶. En estos casos hay que tener en cuenta las

¹⁶⁹² GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 94.

¹⁶⁹³ CARDENAL CARRO, Miguel, “El abuso de Internet en el trabajo, ¿vamos bien?”, AS, núm. 12, 2004. Igualmente, en relación con un uso razonable de Internet y correo electrónico, BOUCHET, Hubert, “De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo”, en FARRIOLS I SOLÁ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., pp. 175 a 177.

¹⁶⁹⁴ Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, Grupo art. 29, de 29 mayo de 2002, R. 5401/01/ES/Final WP 55, p. 18.

¹⁶⁹⁵ Por ejemplo, el control se puede realizar desde el servidor no siendo necesario, por lo tanto, acceder al buzón personal de correo del trabajador, STSJ Madrid de 18 junio 2003.

¹⁶⁹⁶ En CAMAS RODA, Ferrán, “La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y derecho del trabajo*, obra cit., p. 174. En 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*, obra cit., p. 652, solamente la autorización empresarial, expresa o implícita o lo dispuesto en un convenio colectivo “tienen la virtud de convertir en una actividad formalmente lícita el recurso al correo para fines no laborales por parte de los trabajadores”.

condiciones en que se realiza la prestación laboral para considerar en qué supuesto el uso privado, por ejemplo, del teléfono resulta razonable en aquellas actividades no sujetas a horario o que son realizadas en diferentes lugares¹⁶⁹⁷, es decir, en la mayoría de los supuestos de teletrabajo, incluido el teletrabajo móvil. Uno de los problemas que plantea el teletrabajo es el aislamiento del trabajador, motivo por el cual resulta muy adecuado ir más allá de la regularización o normalización de un “cierto uso de los servicios de la empresa para necesidades personales o familiares dentro de unos cauces”, como la doctrina ha propuesto¹⁶⁹⁸. Al respecto, alguna sentencia declara que “aún y asumiendo que el ordenador es un medio de producción de titularidad empresarial, suele ser habitual introducir elementos personales en el ordenador y ante tal constancia consideramos que, si se pretendía que no constase información personal en tal ordenador, de uso habitual por el actor, debió prohibirse previamente de forma expresa”¹⁶⁹⁹.

Por otro lado, si la empresa es capaz de controlar, por ejemplo, el uso de Internet por los trabajadores, también se puede evitar a través de medios técnicos el uso inadecuado mediante filtros a los contenidos a los que se da acceso a los trabajadores, a las direcciones a las que pueden remitir correos, a la posibilidad de recibir archivos adjuntos, etc. Esto significa que si la empresa quiere que el trabajador realice un uso exclusivamente profesional de los medios o instrumentos de comunicación puestos a su disposición, debe introducir en los “equipos informáticos con las cautelas básicas” los programas que impidan esa utilización no deseada¹⁷⁰⁰. El Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo del Grupo Art. 29, en relación al control del uso de Internet por los trabajadores, hace referencia a la utilización

¹⁶⁹⁷ ROQUETA BUJ, Remedios, *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*, obra cit., p. 94.

¹⁶⁹⁸ GARCÍA NINET, José Ignacio, “Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías”, en *TS*, núm. 127, 2001, p. 14. Por ejemplo, la licitud de correos electrónicos dirigidos a los trabajadores de la empresa para preparar un homenaje a los que la abandonan, STSJ Madrid de 20 diciembre de 2003, utilización del correo en tiempo de descansos o no laboral, STSJ Galicia de 4 octubre 2001.

¹⁶⁹⁹ STSJ País Vasco de 12 septiembre 2006 (AS 2006/2602). En el caso de una auditoria a un trabajador que introduce en el ordenador una carpeta personal y se dedicaba a obtener información de la empresa. En este sentido, declara que se sobrepasa el juicio de necesidad de los registros y pericial del ordenador del trabajador, pues cabían otras posibilidades como pedir el consentimiento del actor desde un primer momento y caso de no darlo éste, instar la autorización judicial, por lo que, procede a considerar las pruebas nulas por infringido el art. 18 de la CE. En contra, voto particular del Magistrado D. Juan Carlos Benito Butrón Ochoa que, tras señalar que “requerir la autorización judicial resulta excesivo como mecanismo de regulación de control para acceder al examen en la cronología informática respecto de lo acontecido”, la medida empresarial respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales en la investigación del contenido de las carpetas o documentos informáticos encontrados en el ordenador, “pues no existe descubrimiento individualizado de los archivos personalísimos sino un descubrimiento de la información general en auditoria global que acierta a observar las extracciones de información al margen de que en los directorios aparezcan documentos personales que ni se reproducen ni se da noticia de su contenido”.

¹⁷⁰⁰ En CARDENAL CARRO, Miguel, “Desdramatizando el uso de internet en el trabajo”, *AS*, núm. 15, 2001, p. 36. En STSJ Cantabria de 18 enero 2007 (AS 2007/1030), se declara que el medio técnico elegido por el empresario no “fuera adecuado y necesario puesto que se pudo acudir a otras medidas menos injerentes sobre la privacidad del trabajador, que igualmente podían satisfacer el interés empresarial en un grado similar al empleado. En este sentido, llama la atención que se hayan eludido los controles preventivos, adoptando controles indirectos sobre la navegación mediante la instalación de advertencias automáticas o filtros que impidiesen visitar las páginas o lugares no autorizados, o incluso, se pudo instalar un control meramente estadístico relativo al tiempo de conexión a los sitios no autorizados, que así mismo hubiera permitido tomar conocimiento de los datos imprescindibles para la comprobación del uso que se venía haciendo de los accesos a Internet que no fueran los oficiales (...)”.

de la tecnología para garantizar que sean proporcionadas las medidas adoptadas por el empleador para proteger de todo abuso el acceso a Internet autorizado a su personal, utilizando mecanismos de bloqueo más que de vigilancia. Entre éstos cabe la utilización de los sistemas de filtrado del acceso a Internet, que pueden ser anteriores o posteriores al uso. Los primeros sólo permiten el acceso a dominios previamente determinados por el empresario o, preferiblemente, por el empresario y los representantes de los trabajadores, o bien el establecimiento de filtros que impidan el acceso a determinados dominios prohibidos. Los segundos, es decir, los filtros al uso *a posteriori*, van a actuar cuando se supere un determinado porcentaje del tráfico normal, porcentaje fijado de común acuerdo por el empresario y los representantes de los trabajadores¹⁷⁰¹.

En relación con la tecnología hay que tener en cuenta que los *e-mails* profesionales y privados son enviados o recibidos en las mismas condiciones técnicas, esto es, la tecnología no entiende si su finalidad es profesional o personal. Lo mismo ocurre con las visitas a las páginas Web que se hacen “de la misma forma con independencia de la naturaleza y del motivo de la conexión”. Así mismo, “el fenómeno de convergencia no permite distinguir claramente lo que competaría a la vida profesional y lo que pertenecería a la intimidad de la vida privada”. Por lo tanto, lo que debe ser proporcional al bien buscado es el tratamiento que se realice con otros fines distintos¹⁷⁰². Esto implica que el empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados o recibidos del trabajador mediante las herramientas informáticas puestas a su disposición para la realización de la prestación de servicios, sin violación del derecho a la vida privada del trabajador y, en concreto, del secreto de las comunicaciones, incluso en el supuesto de que el trabajador tuviera prohibida la utilización no profesional de esas herramientas¹⁷⁰³. En realidad, como advertimos en el epígrafe 5.4.3, la monitorización del correo electrónico conlleva una violación del secreto de las comunicaciones, ya que supone una intromisión del empresario en el contenido de los mensajes, aunque sólo vaya dirigida a la identificación del emisor del mensaje y del destinatario porque, tal como señaló la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el derecho al secreto de las comunicaciones no sólo cubre el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores¹⁷⁰⁴.

¹⁷⁰¹ CARDONA RUBERT, M^a Belén, “Relaciones laborales y tecnologías de la información y comunicación”, obra cit., p. 5.

¹⁷⁰² En este sentido, BOUCHET, Hubert, “De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo”, en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., pp. 174 y 175.

¹⁷⁰³ Fallo en octubre de 2001, de la Cámara Social de la Corte de Casación, cit. en BOUCHET, Hubert, “De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo”, en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., p. 174. Con carácter previo una sentencia del Tribunal Correccional de París condenó a tres altos ejecutivos de la Escuela Superior de Física y de Química Industrial por violación del secreto de la correspondencia. Los condenados interceptaron los correos electrónicos de un estudiante kuwaiti al sospechar que utilizaba su correo electrónico del trabajo con fines personales. Esta sentencia fue muy importante porque determinó el régimen jurídico del correo electrónico de carácter privado que circulaba por Internet. Los jueces declararon que “la Red y la totalidad de los servicios que ofrece, como el de mensajería electrónica, entran en el campo de aplicación de la legislación relativa a las telecomunicaciones”, Diario El País de 3 noviembre 2000, p. 41.

¹⁷⁰⁴ CARDONA RUBERT, M^a Belén, “Relaciones laborales y tecnologías de la información y comunicación”, obra cit., p. 5. En BOUCHET, Hubert, “De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo”, en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., p. 176, se propone que los

En cuanto a los sistemas de vigilancia por videocámara cuyo objetivo directo es controlar, desde una situación remota, la calidad y la cantidad de las actividades laborales y, que por lo tanto, implican el tratamiento de datos personales en este contexto, por regla general no deberán estar permitidos, salvo que se utilicen con las garantías adecuadas para cumplir requisitos de producción y seguridad laboral, que también implican el control remoto (aunque sea indirectamente)¹⁷⁰⁵. La prestación de servicios en régimen de teletrabajo puede realizarse mediante videoconferencia a través de una webcam incorporada en el ordenador que utiliza el teletrabajador¹⁷⁰⁶. Si bien la obtención de imágenes y sonidos mediante esta tecnología se realiza con el conocimiento del trabajador, esto no significa que el empleador pueda disponer libremente de esas imágenes, porque éstas sólo pueden ser recabadas “exclusivamente para proteger la propiedad o detectar, evitar o controlar las infracciones graves”, por lo que “no deberán utilizarse para acusar a un empleado de una falta disciplinaria menor (...)”¹⁷⁰⁷. Las instalaciones de sistemas de cámaras y videocámaras con fines de vigilancia ofrecen múltiples medios de tratamiento de datos personales, como pueden ser los circuitos cerrados de televisión, grabación por dispositivos “webcam”, digitalización de imágenes o instalación de cámaras en el lugar de trabajo. Estos sistemas de vigilancia afectan a todos los teletrabajadores que incorporen como herramienta de trabajo una webcam en el ordenador fijo o portátil. En efecto, en virtud de lo establecido en el art. 3 de la LOPD y el art. 1.4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, la información gráfica o fotográfica se considera dato de carácter personal¹⁷⁰⁸. No obstante, sólo se considera admisible la instalación de cámaras o videocámaras cuando la finalidad de vigilancia no pueda obtenerse mediante otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal¹⁷⁰⁹.

mensajes deben “considerarse en general, de carácter profesional, salvo indicación manifiesta en el objeto del mensaje o en el nombre de la carpeta archivada por su destinatario, confiriéndole entonces del carácter y de la naturaleza de una correspondencia privada protegida por el secreto de la misma”.

¹⁷⁰⁵ Posición mantenida por la Agencia Española de Protección de Datos, vid. GOÑI SEIN, José Luis, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, obra cit., pp. 75 a 81.

¹⁷⁰⁶ En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos ha considerado que la captación de imágenes de las oficinas de una empresa, en la que aparecían los trabajadores que prestaban sus servicios en la misma, mediante una webcam y su posterior difusión a través de Internet, mediante una sucesión de fotos fijas que se renovaban cada quince segundos, constituía un tratamiento de datos personales al que le eran aplicables las previsiones de la LOPD. Al respecto, la SAN de 24 enero 2003 desestimó los recursos presentados contra la mencionada resolución, vid. en ACED FÉLEZ, Emilio, “La protección de datos personales y la videovigilancia”, *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 3, 2005, p. 3.

¹⁷⁰⁷ Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, de 25 noviembre 2002, R. 11750/02/ES WP 67.

¹⁷⁰⁸ En este sentido, Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE 12 de diciembre 2006, núm. 296). La presente Instrucción se aplica al tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas o identificables, con fines de vigilancia a través de sistemas de cámara y videocámaras. El tratamiento comprende “la grabación, captación, transmisión, conservación, y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionadas con aquéllas”. Al respecto, “considera identificable una persona cuando su identidad pueda determinarse mediante los tratamientos a los que se refiere la presente instrucción, sin que ello requiera plazos o actividades desproporcionados”. Además las referencias “a videocámaras y cámaras se entenderán hechas también a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita los tratamientos previstos” en la Instrucción (art. 1).

¹⁷⁰⁹ Art. 4.2 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE 12 de diciembre 2006, núm. 296).

Hay que tener en cuenta que si bien el art. 2.a) LOPD y el art. 3.2 de la Directiva 95/46 excluyen de su normativa los datos personales grabados para uso o finalidad doméstica, no por ello se excluyen de la protección al tratamiento de datos personales las imágenes del teletrabajador a domicilio, porque la exclusión únicamente contempla “las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares”¹⁷¹⁰. En estos casos las imágenes del teletrabajador se graban en un lugar de trabajo que, por tratarse de su propio domicilio, “debe prestarse especial atención a la orientación del equipo de vídeo, a la obligación de enviar avisos e información y al borrado oportuno de las imágenes”¹⁷¹¹. Igualmente, el que no sea aplicable la LOPD no exime al responsable del tratamiento del respeto a los derechos e intereses legítimos de las personas de paso por ese lugar de trabajo (familiares, amigos, personal de limpieza, mantenimiento, etc.) contemplados en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE de 14 mayo 1982, núm. 115)¹⁷¹².

En concreto, además de la LOPD, la normativa de tratamiento de datos personales de imágenes de las personas físicas, con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras y videocámaras¹⁷¹³ es de aplicación a los teletrabajadores que realicen su prestación de servicios o parte de ella mediante videoconferencia, bien en su propio domicilio o en otro lugar aunque la intención del empleador no sea llevar una vigilancia de la actividad laboral porque ésta puede ir implícita en la misma realización de la prestación de servicios. Como advertimos anteriormente, la regla general es que no deben estar permitidos los sistemas de vigilancia cuyo objetivo directo sea controlar remotamente la calidad y cantidad de las actividades laborales que también impliquen tratamiento de datos personales en el contexto laboral. Por ello en este ámbito el empresario debe facilitar información al trabajador y a cualquier persona que trabaje en el lugar. En esa información debe constar la identidad del responsable del tratamiento y el objetivo de la vigilancia, así como la información necesaria que garantice que el tratamiento es justo en lo que respecta al interesado, como por ejemplo, en qué casos las grabaciones van a ser examinadas por la dirección de la empresa, el período de grabación y cuándo ésta se revelará a las autoridades judiciales¹⁷¹⁴.

¹⁷¹⁰ STJCE de 6 de noviembre de 2003 (asunto Lindqvist) que interpretó la excepción prevista en el art. 3. 2 de la Directiva 95/46, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹⁷¹¹ Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 11 de febrero de 2004 por el Grupo Art. 29 sobre protección de datos, R. 11750/02/ES WP 89.

¹⁷¹² Cuyo art. 7.5 considera intrusión ilegítima “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos”.

¹⁷¹³ Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras (BOE 12 de diciembre 2006, núm. 296).

¹⁷¹⁴ Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 25 de noviembre 2002, Grupo Art. 29 sobre protección de datos, R. 11750/02/ES WP 67, añadiendo que en el contexto laboral, la información facilitada en forma de símbolo no se considera suficiente.

El principio de proporcionalidad y, en general, todos aquellos principios relativos al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara son de aplicación en aquellos casos relacionados con el tratamiento de datos personales¹⁷¹⁵ no realizados con equipos de vídeo, y se extiende a otros tipos de vigilancia remota como pueden ser los extendidos sistemas GPS por satélite¹⁷¹⁶, sobre todo en la modalidad de teletrabajo móvil¹⁷¹⁷.

En relación al control de las conversaciones telefónicas, en virtud del art. 20.3 ET, el empresario puede escuchar las conversaciones de los empleados durante el ejercicio de la actividad laboral. Con carácter general se entiende que no existe vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) ni al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) cuando son grabadas por su interlocutor (el conocimiento de conversaciones ajenas está prohibido) y, con posterioridad, se utilizan como medio de prueba en un juicio¹⁷¹⁸. Si atendemos a la aplicación del principio de proporcionalidad y al de conocimiento del trabajador del control de las llamadas, podemos mantener la legalidad de las escuchas realizadas por la empresa cuya actividad en el teletrabajo consista en la comunicación misma y, por lo tanto, no pueda ser controlado sin la intervención del empresario (telemarketing, venta por correspondencia, información telefónica)¹⁷¹⁹. En relación con el teletrabajo "parece razonable sostener que es admisible un control practicado sobre las comunicaciones siempre que la prestación principal del trabajador deba ejecutarse, simplemente, a través de los sistemas de comunicación empresariales y, al mismo tiempo, aquel se muestre como el único de los métodos viables de comprobación del correcto desempeño de la prestación de trabajo"¹⁷²⁰. En estos casos el uso del teléfono de la empresa se convierte en un elemento imprescindible en la prestación del trabajo y, por lo tanto, "el derecho al secreto de las comunicaciones debe ceder en parte", siempre y cuando el control empresarial "se produzca de modo que se vea afectado en el mínimo imprescindible"¹⁷²¹. No obstante, en estos casos toda grabación y escucha por el empleador de las conversaciones telefónicas del trabajador durante el tiempo de trabajo sin ninguna limitación y que sea continuada e indiscriminada supone una limitación desproporcionada al derecho a la intimidad del trabajador¹⁷²². Ahora bien, el hecho de que la monitorización

¹⁷¹⁵ En ACED FÉLEZ, Emilio, "La protección de datos personales y la videovigilancia", *Datospersonales.org. Revista de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, num. 5, 2003, p. 4.

¹⁷¹⁶ Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 11 febrero 2004 Grupo Art. 29 sobre protección de datos, R. 11750/02/ES WP 89.

¹⁷¹⁷ Por ejemplo, el control de movimientos mediante GPS instalado en el vehículo de la empresa que sea utilizado por el trabajador se considera lícito cuando no exista otro mecanismo eficaz para verificar el cumplimiento de la actividad laboral, en TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, "El poder de control empresarial en la era tecnológica", obra cit., p. 42; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "Vigilancia y control en la relación de trabajo: la incidencia de las nuevas tecnologías, en FARRIOLS I SOLÀ, Antoni, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, obra cit., 97.

¹⁷¹⁸ Véase la referenciada STC 114/1894 de 29 de noviembre.

¹⁷¹⁹ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 131.

¹⁷²⁰ MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., p. 170.

¹⁷²¹ AGUT GARCÍA, Carmen, "Los facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa", *TS*, núm. 163, 2004, p. 31.

¹⁷²² CAMAS RODA, Ferrán, "La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y derecho del trabajo*, obra cit., p. 170.

de las llamadas en estos casos sea legítima no implica que el empresario pueda utilizar libremente las informaciones obtenidas, a no ser que sean empleadas con un fin legítimo, pertinente y no excesivo (segundo juicio de legitimidad)¹⁷²³. Por otro lado, es obvio que aquellas llamadas que sean grabadas o escuchadas cuando el trabajador las realiza fuera del horario de trabajo o sean practicadas durante un descanso entre jornadas no son válidas, porque están relacionadas con la esfera privada del trabajador y, por lo tanto, no responden a la finalidad del control empresarial consistente en la supervisión del cumplimiento de la actividad laboral¹⁷²⁴.

Finalmente, en relación al principio de proporcionalidad se ha señalado que el mecanismo de la negociación colectiva puede resultar muy útil para decidir qué acciones son proporcionadas al riesgo que corre el empleador. Por ello es necesario que el empleador y los trabajadores lleguen a un acuerdo para lograr el equilibrio o la conciliación de los intereses de las partes. Por ejemplo, en el caso de la vigilancia con videocámaras, será necesario un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores en cuanto a la aplicación de medidas, la duración de la vigilancia y otros aspectos relativos a la grabación de las imágenes¹⁷²⁵.

En definitiva, tal como establece el Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo (2002) en relación con las garantías de la vida privada del trabajador, en la instalación de los medios de control el empresario debe respetar el principio de proporcionalidad y cumplir con las disposiciones de la Directiva 90/270 sobre pantallas de visualización. Esta directiva traspuesta a nuestro ordenamiento mediante el RD 488/1997, de 14 de abril, contempla el principio de información previa que trataremos a continuación, consistente en prohibir la utilización de cualquier dispositivo cuantitativo o cualitativo de control sin que los trabajadores hayan sido informados y sin previa consulta con sus representantes¹⁷²⁶.

5.5.1.3. Información previa

En efecto, en el art. 3.1 de la Recomendación núm. 89 (2), de 18 enero 1989, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que adapta las disposiciones del Convenio núm. 108 en materia de protección de datos de carácter personal al marco del empleo, ya se establecía el deber de los empresarios de informar o

¹⁷²³ En la actividad de telemarketing STS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 313), confirmando la SAN de 17 de enero de 2003, *in extenso* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, "A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: 'test de honestidad', telemarketing, registro de terminales y uso -o abuso- de Internet", *TS*, núm. 168, 2004, p. 38.

¹⁷²⁴ LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo, "La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral", *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, núm. 14, 2007, pp. 19 y 20 (www.isutel.com).

¹⁷²⁵ Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 25 de noviembre de 2002 por el Grupo Art. 29 sobre protección de datos, R. 11750/02/ES Final WP 67.

¹⁷²⁶ VIGNEAU, Christophe, "Técnicas reguladoras", en JEFFERY, Mark; THIBAUT, Javier; JURADO, Ángel, *Tecnología Informática y privacidad de los Trabajadores*, obra cit., p. 333, "la mayor parte de las normas nacionales e internacionales relativas a la vigilancia laboral y al tratamiento de datos exigen específicamente una notificación previa, sin la cual tales normas consideran cualquier actuación de este tipo como ilícita".

consultar a sus empleados, o a los representantes de éstos, sobre la introducción o modificación de sistemas automatizados para la recogida y utilización de datos personales de los trabajadores¹⁷²⁷. En el Repertorio de Recomendaciones prácticas sobre protección de datos personales de los trabajadores, se establece que los que vayan a ser sometidos a medidas de vigilancia “deberán ser informados de antemano de las razones que las motivan, de las horas en que se aplican, de los métodos y técnicas utilizados y de los datos que serán copiados” (6.14 1), salvo cuando “existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves” (6.14 2)¹⁷²⁸.

En el art. 5 de la LOPD y arts. 10 y 11 de la Directiva 95/46 se recoge el principio de información previa en relación a la actividad de vigilancia empresarial¹⁷²⁹. El derecho de información en la recogida de datos (art. 5 LOPD) se contempla en el sentido de que los responsables del tratamiento tienen la obligación de informar previamente de modo expreso, preciso e inequívoco a los teletrabajadores de los que se recaben datos personales de lo siguiente: a) de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas¹⁷³⁰; c) de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición¹⁷³¹ (arts. 15,16 y 6.4); y e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o en su caso, de su representante¹⁷³².

En el teletrabajo debemos aplicar este tipo de normas que atienden a la normativa de protección de datos y la del olvidado RD 488/1987, quizás por tratarse de una norma que afecta a la seguridad laboral, porque se aprecia que este principio es un requisito de legitimidad que debe ser tenido en cuenta por

¹⁷²⁷ En SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 123, este principio se aplica también “a la introducción o a la modificación de procedimientos técnicos destinados a controlar los movimientos o la productividad de los trabajadores”.

¹⁷²⁸ Aprobado por la Reunión de expertos de la vida privada de los trabajadores, el 7 de octubre de 1996.

¹⁷²⁹ En este mismo sentido, GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 95. *In extenso*, MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, obra cit., pp. 215 a 227.

¹⁷³⁰ En TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, obra cit., pp. 116 y 117. Hay que tener en cuenta el art. 7.1 de LOPD respecto de los datos especialmente protegidos (ideología, afiliación sindical, religión o creencias) que, en virtud del art. 16 CE, el trabajador no está obligado a declarar. Estos datos sólo pueden ser cedidos mediante consentimiento expreso y por escrito del afectado. Igualmente, en relación con los datos que hacen referencia al origen racial, salud y vida sexual, que sólo pueden ser recabados o cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

¹⁷³¹ El derecho de oposición “es una especie de consentimiento invertido”, en TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. análisis del estado de la cuestión*, obra cit., p. 117, donde el trabajador puede ejercer la oposición a su tratamiento cuando no sea necesario el consentimiento, no exista una ley que disponga lo contrario y existan motivos fundados y legítimos.

¹⁷³² En relación con el art. 10 de la Directiva, se afirma que “este último requerimiento concede a los tribunales un considerable margen para adaptar las exigencias de notificación al caso concreto”, en VIGNEAU, Christophe, “Técnicas reguladoras”, en JEFFERY, Mark; THIBAUT, Javier; JURADO, Ángel, *Tecnología Informática y privacidad de los Trabajadores*, obra cit., p. 333.

los Tribunales¹⁷³³. Esto es importante porque el hecho de que el empresario lleve a cabo este deber de información previa legitima las prácticas de vigilancia que tengan como objeto hacer cumplir la prohibición del uso privado, pero aún está por determinar hasta dónde puede el empresario examinar los contenidos de las comunicaciones¹⁷³⁴. Aunque hemos tratado esta cuestión con anterioridad, debemos partir de la idea de “que una advertencia previa al trabajador no basta para justificar una violación de sus derechos en cuanto a la protección de datos”¹⁷³⁵.

En cuanto a las consecuencias legales que el incumplimiento de este deber de información previa pueda tener, habría que distinguir entre dos situaciones: cuando el empresario no lleva a cabo dicho deber de información y cuando el empresario actúa en la práctica de forma distinta a las políticas fijadas en las notificaciones. En efecto, si por ejemplo el empresario prohíbe el uso privado de las herramientas informáticas de la empresa pero de hecho lo tolera, esto puede dar lugar a que no se permitan las formas de vigilancia especificadas en la comunicación y, por lo tanto, a la falta de legitimación de la medida. En estos casos el empresario debería de haber informado de la práctica nueva generadora de expectativa de privacidad¹⁷³⁶. La información previa sobre los medios de control va a permitir al teletrabajador comprobar que la medida de control responde a los fines previstos y que se han recabado los datos imprescindibles para que, en caso contrario, pueda ejercitar el derecho de rectificación o supresión de datos incorrectos¹⁷³⁷.

Con respecto al tratamiento de datos de carácter personal, el legislador no prevé un derecho de información como hemos visto en la recogida de datos (art. 5 LOPD), sino el “consentimiento inequívoco” del afectado (art. 6.1 LOPD). Sin embargo, el consentimiento no es necesario cuando se refiera a las partes del contrato de una relación laboral y sea necesario para su mantenimiento o cumplimiento (art. 6.2 LOPD). En este caso se presume el consentimiento en la recogida y tratamiento de datos porque se entiende otorgado cuando se presta en la creación de la relación jurídica¹⁷³⁸. Sin embargo, durante la vigencia del contrato

¹⁷³³ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 95. En otro sentido, por entender que no existe legislación laboral al respecto, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., pp. 48 y 49 en que el principio opera como manifestación del principio de buena fe que vincula a ambas partes en la relación de trabajo.

¹⁷³⁴ También FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, “Información y consentimiento”, obra cit., p. 389.

¹⁷³⁵ Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo 2002, Grupo Art. 29 sobre protección de datos, R. 5401/01/ES/ Final. En este sentido, COLÁS NEILA, Eusebi, “Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y derecho del trabajo*, obra cit., p. 202.

¹⁷³⁶ FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, “Información y consentimiento”, obra cit., p. 387.

¹⁷³⁷ GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 98.

¹⁷³⁸ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, obra cit., p. 108.

de trabajo el empresario sólo podrá tratar “sin el consentimiento del trabajador aquellos datos que sean estrictamente necesarios para el desarrollo de la relación laboral”¹⁷³⁹. En definitiva, parece ser que una primera interpretación nos lleva a afirmar que la información previa es necesaria en la recogida de datos, y que para el tratamiento de los datos no es necesario el consentimiento del trabajador. En su momento la doctrina advirtió sobre la necesidad de diferenciar entre consentimiento para la creación de un fichero de datos personales, e información sobre los datos que puede contener el fichero¹⁷⁴⁰. Las diferencias entre los distintos conceptos están bien claras, pero ello no es óbice para que en muchas ocasiones dichos conceptos estén interconectados¹⁷⁴¹ y, por lo tanto, se pueda hablar de “la aparición de una verdadera especie del género «consentimiento informado»”¹⁷⁴².

Como subrayó la doctrina, en el ámbito laboral nos podemos encontrar con los problemas derivados de la recogida de datos por parte del empresario cuando para su obtención -total o parcial- se han utilizado “fuentes paralelas”¹⁷⁴³, y no sólo la del propio trabajador. En estos casos debemos plantearnos si a pesar de la excepción del art. 6.2 LOPD es necesario el consentimiento del trabajador para la creación del fichero de datos personales¹⁷⁴⁴. Aunque en principio debamos llevar a cabo una interpretación literal de la LOPD y nos decantemos por la excepción del consentimiento, si tenemos en cuenta el principio de proporcionalidad o el requisito de los datos personales de los trabajadores que sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato, la afirmación se puede invertir cuando el tratamiento responda a distinta finalidad¹⁷⁴⁵. En concreto, la exención del deber de consentimiento previo solamente cabe en los supuestos en que se trate de la creación de ficheros por cumplimiento de un deber legal o convencional, y que sean imprescindibles o indispensables para el

¹⁷³⁹ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, obra cit., p. 109, señalando, por ejemplo, que cuando el empresario quiera tratar datos a los efectos de organizar actividades extralaborales o realizar operaciones de publicidad entre sus propios operarios necesitará el consentimiento. Vid. la STC 202/1999, de 16 de diciembre en relación con la creación de un fichero de datos sobre el absentismo laboral de los trabajadores, sin consentimiento de los mismos y sin que una ley recogiese expresamente esa posibilidad.

¹⁷⁴⁰ Entre otros, DEL REY GUANTER, Salvador, “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, obra cit., p. 148, CARDONA RUBERT, M^a Belén, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, obra cit., p. 118.

¹⁷⁴¹ En FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, “Información y consentimiento”, obra cit., p. 377, la interconexión está bien clara porque sólo cabe el consentimiento de los trabajadores si previamente han sido informados de aquello sobre lo que se les solicita el consentimiento.

¹⁷⁴² TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, obra cit., p. 103.

¹⁷⁴³ DEL REY GUANTER, Salvador, “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, obra cit., p. 149, señala además que en la utilización de estas fuentes paralelas será necesario el cumplimiento de los principios y derechos contemplados en la normativa de protección de datos, incluido los de pertinencia y proporcionalidad. Por otro lado, el art. 5. 4 LOPD establece que si los datos de carácter personal no han sido recabados del interesado, éste debe ser informado expresamente (...).

¹⁷⁴⁴ A favor, entre otros, DEL REY GUANTER, Salvador, “Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo: una aproximación a la intimidad informática del trabajador”, obra cit., p. 149. En STSJ País Vasco de 12 septiembre 2006 (AS 2006/2602) en un caso de monitorización del contenido del ordenador que usa el trabajador se declaran nulas las pruebas obtenidas, pues se entiende que existen otras medidas alternativas como pedir el consentimiento del trabajador y, en el caso de no obtenerlo, instar la autorización judicial de rigor.

¹⁷⁴⁵ En contra, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 153.

propio cumplimiento de la relación laboral o de las obligaciones que derivan de la misma¹⁷⁴⁶. Con todo, partiremos de la proyección laboral y, por lo tanto, de la legitimidad de los métodos de control de la actividad laboral del trabajador, pero sin obviar el art. 13 LOPD¹⁷⁴⁷ a efectos de posibles sanciones disciplinarias, reconociendo el derecho a los ciudadanos a “no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos de carácter personal destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad” (art. 13.1) y que “impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad” (art. 13.2)¹⁷⁴⁸. En estos casos el legislador reconoce al trabajador el derecho a exigir la obtención de la información del responsable del fichero sobre los criterios de valoración y el programa utilizado en el tratamiento que sirvió para adoptar la decisión en que consistió el acto (art. 13.3), y a la valoración sobre el comportamiento basada en un tratamiento de datos que “únicamente podrá tener valor probatorio a petición del afectado” (art. 13.4)¹⁷⁴⁹.

Esto mismo se contempla en la normativa comunitaria en los casos en que la base de datos creada para gestionar las medidas de control tenga como finalidad “verificar exclusivamente datos concretos de la personalidad de los trabajadores de la empresa: sus conexiones a Internet y tiempo de trabajo”¹⁷⁵⁰, cuyo art. 15 de la Directiva 95/46 establece el derecho de las personas a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas que les afecte de manera significativa, que se base exclusivamente en un tratamiento automatizado de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento personal. Ante la imposibilidad de llevar acabo la evaluación mediante estos procedimientos de control, nos decantamos por la necesidad de exigir el consentimiento expreso del trabajador¹⁷⁵¹. De igual modo, debemos considerar

¹⁷⁴⁶ VALVERDE ASENCIO, Antonio José, “El derecho a la protección de datos en la relación laboral”, en DEL REY GUANTER, Salvador, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 401.

¹⁷⁴⁷ LUJÁN ALCARAZ, José, “Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, obra cit., p. 17.

¹⁷⁴⁸ En FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 122, son muchas las decisiones empresariales que pueden ser adoptadas en base a un tratamiento de datos en estos términos, como la movilidad funcional y geográfica, ascensos, aumentos salariales, control de la productividad, etc.

¹⁷⁴⁹ Para FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, obra cit., p. 123, en el ámbito laboral es difícil obtener una anulación de las decisiones empresariales, dado que las decisiones se toman, habitualmente, atendiendo a una pluralidad de puntos de referencia, por lo que “más efectos jurídicos puede tener la previsión que niega valor probatorio a esos tratamientos”.

¹⁷⁵⁰ Igualmente, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *RL*, núm. 1, 2003, p. 38, “si el empresario pretende examinar mensajes electrónicos privados cuyo envío hubiese previamente autorizado. Con todo, serán los convenios colectivos o los pactos individuales quienes tengan la última palabra sobre estas cuestiones”.

¹⁷⁵¹ El art. 15 de la D. 95/46 contempla: 1. “Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de la personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.”. 2. Los Estados miembros permitirán, sin perjuicio de lo dispuesto en los demás artículos de la presente Directiva, que una persona pueda verse sometida a una de las decisiones contempladas en el apartado 1 cuando dicha decisión: a) se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, siempre que la petición de celebración o ejecución del contrato presentada por el interesado se haya satisfecho o que existan medidas apropiadas, como la posibilidad de defender su punto de vista, para la salvaguarda de su interés legítimo; b) esté autorizada por una ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado.”

que las informaciones obtenidas por el empresario mediante este método y con esa finalidad carecen de todo valor probatorio y efectos jurídicos¹⁷⁵².

La doctrina ha señalado que el empresario no sólo está obligado a obtener el consentimiento de los trabajadores, sino también de los terceros (remitentes o receptor de las comunicaciones) conforme a la Directiva 2002/58/CE sobre Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas de la UE¹⁷⁵³, que es de aplicación a toda interceptación de las comunicaciones, y no sólo las que forman parte del contexto de la relación laboral, en respuesta a aquellas previsiones legales que prohíben expresamente que el empresario lleve a cabo ciertas prácticas, excepto en el caso que hubiera obtenido el consentimiento de los trabajadores afectados¹⁷⁵⁴.

5.5.1.4. *Finalidad compatible*

Como hemos señalado anteriormente, mediante el tratamiento de datos el empresario puede obtener abundantes datos del teletrabajador y, por esta razón debemos tener en cuenta el alcance de la prohibición sobre el uso de los datos de carácter personal del trabajador para finalidades incompatibles con aquéllas para las que los datos hubieran sido recogidos (art. 4. 2 LOPD). La LOPD no especifica qué entiende por “finalidades incompatibles”, y tampoco ayuda a deducir ningún criterio que nos sirva para la determinación de esas finalidades compatibles¹⁷⁵⁵, por lo que habrá que atender a cada caso concreto y tener en cuenta el anteriormente referenciado principio de legitimidad. Por lo tanto, el uso de los datos personales debe ser compatible “con la original finalidad que determinó el que se recogieran y trataran los mismos”¹⁷⁵⁶. También podemos admitir el criterio mantenido por la doctrina para permitir en determinados supuestos el uso de los datos personales para finalidades distintas atendiendo siempre al beneficio del interesado¹⁷⁵⁷. El empresario podría utilizar los datos sobre el rendimiento de los trabajadores para las decisiones relacionadas con la introducción de nuevas ventajas sociales¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵² LUJÁN ALCARAZ, José, “Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, obra cit., p. 18; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, obra cit., p. 149, en relación con la SJS, núm. 33, Madrid 21 octubre 2002 (Ar. 2993).

¹⁷⁵³ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), DO L 201, 31.7.2002.

¹⁷⁵⁴ FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark, “Información y consentimiento”, obra cit., p. 389.

¹⁷⁵⁵ THIBAUT ARANDA, Javier, “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, obra cit., p. 36.

¹⁷⁵⁶ VALVERDE ASENCIO, Antonio José, “El derecho a la protección de datos en la relación laboral”, en DEL REY GUANTER, Salvador, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 401. También THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, obra cit., p. 131.

¹⁷⁵⁷ Por ejemplo, la utilización del dato de la afiliación para comunicar a la representación sindical del sindicato al que pertenece el trabajador la notificación del despido del mismo, es compatible con el que motiva el tratamiento, siendo conforme con lo dispuesto en la LOPD. En THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, obra cit., nota a pie 285, pp. 131 a 132, en relación a un Informe de la AEPD. En otros casos, no es compatible para decidir qué trabajadores pueden haber participado en la huelga para efectuar los descuentos salariales, STC 11/1998, de 13 de enero; tampoco la anotación de los partes de baja para el cuidado de la salud de los trabajadores para adoptar medidas de control del absentismo laboral STC 202/1999, de 8 de noviembre.

¹⁷⁵⁸ THIBAUT ARANDA, Javier, “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de

En definitiva, la compatibilidad implica, por ejemplo, “que si el tratamiento de los datos se justifica a efectos de seguridad del sistema, estos datos no podrán tratarse posteriormente con otro objetivo, por ejemplo, para supervisar el comportamiento del trabajador”¹⁷⁵⁹. Al respecto, entre los principios generales del Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores (1996), se contempla que “cuando los datos personales se exploten con fines distintos de aquéllos para los que fueron recabados, el empleador debería cerciorarse de que no se utilizan de un modo incompatible con esa finalidad inicial, y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto” (5.3). Por este motivo, el art. 6.2 de la Recomendación núm. R (89) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo, adoptada el 18 de enero de 1989, sugiere que el empresario informe al trabajador del cambio de finalidad siempre que dicha alteración pudiera tener consecuencias relevantes para el mismo¹⁷⁶⁰.

El principio de finalidad en el teletrabajo es perfectamente compatible con la utilización de los datos informáticos para el control de la actividad laboral cuando sea esencial para la consecución del resultado productivo, y no haya otra alternativa a ese control¹⁷⁶¹. En realidad, como las infracciones graves y la actividad delictiva no están amparadas por el derecho, y aunque los datos personales no deberían servir para controlar el comportamiento de los trabajadores, si el empresario accidentalmente descubre hechos graves o constitutivos de delitos (acoso sexual, revelación de secretos, etc.), es obvio que debemos permitir la utilización de esos datos personales con fines disciplinarios. De este modo el empresario podría protegerse del perjuicio o de la responsabilidad de las posibles acciones ilícitas de sus empleados¹⁷⁶².

Por último, hay que tener en cuenta que los datos personales deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hubieran sido recabados o registrados. Por esta razón la conservación o almacenamiento se reduce al período imprescindible (art. 4.5 LOPD). Por

carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, obra cit., p. 36, e igualmente Repertorio de Recomendaciones prácticas de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la protección de los datos personales de los trabajadores (1996).

¹⁷⁵⁹ En Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo de 2002, R. 5401701/ES/Final WP 55.

¹⁷⁶⁰ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 128.

¹⁷⁶¹ En GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 100, haciendo referencia al teletrabajo se afirma que uno “de esos casos en que resultaría legítimo el tratamiento de datos para otra finalidad sería el de aquellas formas de trabajo en que el resultado se presenta conectado de forma inseparable con la actividad del trabajador y donde todo intento de control del resultado será inútil, salvo si se controla la entera actividad del trabajador”.

¹⁷⁶² En este sentido, GOÑI SEIN, José Luis, “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, obra cit., p. 101. En el Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT sobre protección de los datos personales de los trabajadores (1996) se permite el control oculto cuando existan sospechas suficientes de actividad delictiva u otras infracciones graves, y en estos casos, obviamente, el tratamiento de datos podrá utilizarse con fines disciplinarios.

ejemplo, una vez visualizadas, el empleador sólo puede conservar las grabaciones obtenidas, o los resultados de las auditorías informáticas cuando, mediante estos controles, detecte alguna irregularidad, y a efectos exclusivamente probatorios¹⁷⁶³.

5.6. El poder de control del empresario y el uso social de los medios de comunicación de la empresa en el teletrabajo

La normativa comunitaria del teletrabajo que establece en materia de derechos colectivos la igualdad absoluta con los trabajadores en el local del empresario (trabajadores presenciales), pretende que el papel de los representantes de los trabajadores siga siendo relevante¹⁷⁶⁴. El ejercicio de las funciones y de las garantías asignadas en el ET a los representantes de los trabajadores se realiza en el teletrabajo de forma virtual. De ahí que se haga una mención concreta a la necesidad de impedir los obstáculos a la comunicación que puedan o deban tener los teletrabajadores con los representantes de los trabajadores para el desarrollo de las funciones de información que, directa o indirectamente, tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales. Ciertamente, esta declaración no entra en el fondo del asunto puesto que ni especifica cuáles deben ser los canales de comunicación que se utilicen en esta forma de trabajo, ni tampoco realiza un reconocimiento al derecho a la página Web, a los periódicos electrónicos, a la mensajería electrónica y, en general, a los canales de comunicación virtual (uso de la Intranet o extranet)¹⁷⁶⁵ respondiendo igualmente a la falta de referencia legal. No obstante, esta carencia de regulación del uso sindical de los medios electrónicos y telemáticos empresariales amortigua sus efectos negativos en los supuestos en que el teletrabajo se alterne con el presencial, puesto que en estos casos se mantendría la comunicación que normalmente se viniera utilizando en las relaciones colectivas de trabajo¹⁷⁶⁶.

En el teletrabajo el ejercicio de los derechos de información dependerá sobre todo de la modalidad de conexión *on line*, puesto que el contacto con los representantes se realizará esencialmente con los medios interactivos, pues en la modalidad *off line* los canales utilizados son los más tradicionales como la vía telefónica y los medios habituales de transporte de documentos¹⁷⁶⁷. En

¹⁷⁶³ THIBAUT ARANDA, Javier, *Control multimedia de la actividad laboral*, obra cit., p. 133.

¹⁷⁶⁴ Acuerdo Marco Europeo Teletrabajo (2002). En relación a los derechos colectivos en el teletrabajo, entre otros, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo, obra cit., pp. 48 a 51; SERRANO GARCÍA, Juana M^a, "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002, *RL*, núm. 20, 2002, pp. 32 a 35; HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro, "Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, *RL*, núm. 21, 2003, pp. 84 y 85; THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel, "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo", obra cit., pp. 63 a 65.

¹⁷⁶⁵ En relación a los medios que facilitan el ejercicio de las funciones de representación, THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, obra cit., pp. 244 a 247; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, "Teletrabajo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, p. 85.

¹⁷⁶⁶ BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, "Efectos de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 143 y 144.

¹⁷⁶⁷ BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, "Efectos de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas

este sentido, los medios de información y comunicación telemáticos (correo electrónico, Internet, servicios de mensajería instantánea; sistemas de telefonía IP en el que el propio ordenador funciona como terminal telefónico o da soporte a aparatos periféricos con forma de teléfono tradicional pero que funciona dentro del protocolo TCP/IP, telefonía móvil, agendas PDA...) no sólo sirven para realizar la prestación de servicios en el teletrabajo, sino que también permiten la apertura hacia nuevos canales de comunicación y de relación entre los trabajadores y sus representantes¹⁷⁶⁸.

En efecto, con la utilización extensiva de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en la empresa, que ha originado el nacimiento del teletrabajo, se ha acuñado un nuevo término conocido como los derechos *on line* de los trabajadores y sus organizaciones. La doctrina ha señalado que los nuevos desafíos originados por las TIC (lesión de los derechos relacionados con la intimidad y la pérdida de efectividad de otros derechos colectivos tradicionales) suscitan la necesidad de la actualización de los derechos reconocidos a los trabajadores y sus organizaciones, en orden al mantenimiento de los objetivos de la dignidad del trabajador y democratización de la empresa. La expresión "derechos *on line*", cuyos titulares son los trabajadores y sus representantes, unitarios y sindicales, nace "para hacer referencia a una nueva generación de derechos relacionados con la utilización de las nuevas tecnologías, en particular las que utilizan el soporte de Internet"¹⁷⁶⁹. En sentido restringido comprende dos grandes principios: el derecho a la utilización de las TIC basadas en la Red para la comunicación entre los trabajadores y sus representantes, y la garantía de la privacidad en estas comunicaciones¹⁷⁷⁰.

En nuestra normativa no se reconocen los derechos *on line*, sino que se hace referencia al derecho a la información y comunicación en la empresa, identificando a su vez el canal a través del cual se ejercita ese derecho¹⁷⁷¹, por ejemplo, el tablón de anuncios en un modelo de empresa tradicional. El reconocimiento de este derecho en el ET plantea la necesidad de su adecuación a las empresas dotadas de infraestructuras informáticas y telemáticas, para que los trabajadores hagan uso de las mismas como canales de comunicación con sus representantes, y éstos puedan llevar a cabo sus funciones de representación, necesitando para ello el respeto a la inviolabilidad de las comunicaciones a través

de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, obra cit., p. 143.

¹⁷⁶⁸ RUANO ALBERTOS, Sara, "Facultades de control por medios informáticos" en GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, obra cit., pp. 142 y 143.

¹⁷⁶⁹ BARBA RAMOS, Francisco; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español", *Derecho y conocimiento*, vol. 1, p. 17.

¹⁷⁷⁰ BARBA RAMOS, Francisco; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español", obra cit., p. 18.

¹⁷⁷¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis, "Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional", en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 18. Una excepción la encontramos en la legislación británica sobre interceptación de las comunicaciones en el ámbito laboral, véase JEFFERY, Mark, "¿Carta Blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad", (www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery).

de Internet por parte de las empresas¹⁷⁷². En efecto, el art. 81 del ET prevé el uso de locales y tablones de anuncios en la empresa como medio de comunicación entre los trabajadores y delegados de personal o comité de empresa; el art. 8.1 b) de la LOLS el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa y el 8.2 a) de la LOLS el derecho al tablón de anuncios de las secciones sindicales con la finalidad de difundir avisos que puedan interesar a los afiliados a un sindicato y a los trabajadores en general. Sin embargo, no contamos con una regulación expresa y específica que resuelva los interrogantes sobre si la empresa puede limitar o restringir el uso de los medios tecnológicos por los sindicatos y si, en su caso, constituye tal restricción una vulneración de la libertad sindical¹⁷⁷³.

En este sentido, entendemos que el empresario que adopta la forma de teletrabajo en la empresa, debe permitir el uso de los medios tecnológicos para que el trabajador pueda ejercer los derechos colectivos. El art. 2 del Convenio de la OIT núm. 135 establece que “los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones”¹⁷⁷⁴. En efecto, si es el empresario el que opta por el teletrabajo, que conlleva la propia dificultad en el ejercicio de los derechos colectivos del trabajador, “se podría considerar que su deber de aceptar el ejercicio de la libertad de informar y el derecho de reunión, sin obstáculos, implica permitir el uso de los medios tecnológicos idóneos para garantizar que tal información pueda fluir y que resulte adecuada a la forma de organización y de realización del trabajo a distancia”¹⁷⁷⁵. En la actualidad, dado que los intentos de regulación normativa no han cuajado¹⁷⁷⁶, y que en la última reforma en

¹⁷⁷² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis, “Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional”, en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, obra cit., p. 13, se hace referencia al Código de Conducta elaborado por la Union Network Internacional (UNI) en 1998 que enumera qué derechos deben reconocerse a los trabajadores y a sus organizaciones en el acceso a la red: derecho para los empleados, sindicatos y comités de empresa de tener libre acceso a los sistemas de correo electrónico de las empresas con el fin de recibir información y comunicarse; el derecho de los empleados a tener el libre acceso a internet e intranet de las empresas para poder acceder a las páginas web de su sindicato y a otras informaciones relacionadas con sus derechos como trabajador y ninguna vigilancia electrónica secreta de los mensajes de correo electrónico o páginas web visitadas por los empleados.

¹⁷⁷³ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 151.

¹⁷⁷⁴ C. OIT núm 135: Protección y facilidades a representantes de los trabajadores en la empresa, adoptado por la Conferencia General en 23 de junio de 1971; Ratificado por España en 8 de noviembre de 1972, (BOE de 4 de julio de 1974).

¹⁷⁷⁵ Al respecto, BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, obra cit., p. 144.

¹⁷⁷⁶ Propuesta del Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa del Senador de Izquierda Unida por la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears, Manuel Cámara Fernández, de 17 de octubre de 2000 para su debate en el Pleno del Senado (consideración del correo electrónico e Internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores y de los sindicatos en el seno de la empresa, incluyendo el derecho al uso en la labor informativa sindical en el ET). El 28 de noviembre de 2000 se aprobó por unanimidad un texto en que el Senado insta al Gobierno para que el correo electrónico e Internet se consideren instrumentos de comunicación e información de los trabajadores, sus representantes sindicales y viceversa. Más tarde vino una Proposición de Ley de modificación de los arts. 81 ET y 8.1 c) y 8.2 a) LOLS “para incluir expresamente el uso de las nuevas tecnologías dentro de las empresas y que éstas puedan ser utilizadas como instrumentos de transmisión de información entre los trabajadores y sus mecanismos de representación”, que fue rechazada el 26 de septiembre de 2001 con el voto en contra de la mayoría del PP y CiU. *In extenso*, BARBA RAMOS, Francisco; RODRÍGUEZ-

materia de información y consulta de los trabajadores no ha existido esa voluntad legislativa¹⁷⁷⁷, únicamente podemos atender al desarrollo de estos derechos en la negociación colectiva y a las soluciones aportadas en los pronunciamientos de los tribunales de justicia.

Hay empresas que están incorporando este tipo de regulación en los convenios colectivos¹⁷⁷⁸, pero dichos convenios aún son escasos, y cuando reconocen el uso de los medios tecnológicos como, por ejemplo, el derecho del comité de empresa a utilizar el correo electrónico, lo hacen sobre la base de unos parámetros y con ciertas limitaciones (proporcionándole dirección de correo electrónico y terminal propios, garantizando la confidencialidad de los mismos pero estableciendo que los correos entre la empresa y el comité no constituyan acuerdos laborales)¹⁷⁷⁹. Ciertamente, no hemos llegado a una regulación detallada como la alcanzada en el Acuerdo italiano sobre teletrabajo en la empresa IBM SEMEA, reconociendo a la representación unitaria el derecho a un sistema de comunicaciones internas de la empresa (boletín informático sindical)¹⁷⁸⁰. En España la empresa Tefónica España, SAU es la que más se aproxima a este tipo de regulación.

En relación a los pronunciamientos judiciales, no se ha reconocido un derecho de los trabajadores y sus representantes al uso de los medios de comunicación de la empresa, en concreto, a la utilización del correo electrónico con la finalidad de que sea un medio de comunicación de los trabajadores con sus representantes y viceversa. Al respecto, contamos con la STC 281/2005, de 7 de noviembre sobre el uso sindical del correo electrónico¹⁷⁸¹, en el sentido de

PIÑERO ROYO, Miguel, "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español", obra cit., pp. 23 y 24; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, "Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa", *RL*, núm. 24, 2001, p. 98; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, obra cit., p. 38; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis, "Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional", en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, obra cit., pp. 20 a 22.

¹⁷⁷⁷ Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE de 17 de noviembre). Crítica mantenida, entre otros, por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "El uso sindical de los medios informáticos en la empresa", *RL*, núm. 5-6, 2009, pp. 53 y 54.

¹⁷⁷⁸ Véanse, entre otros, el art. 9.2 del CC de Getronics España Solutions, SL (BOE 9 de junio 2006, núm. 137); art. 51 del CC de Ediciones Primera Plana, SA., Gráficas de prensa Diaria, SA., Zeta Servicios y Equipos, SA., Logística de Medios Catalunya, SL., Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta Gestión de Medios, SA y Grupo Zeta (BOE 18 de abril 2007, núm. 93).

¹⁷⁷⁹ VI CC de Unidad Editorial, SA (BOE 10 de mayo 2002), en GALA DURÁN, Carolina; PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva", en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, obra cit., pp. 276 y 277.

¹⁷⁸⁰ En THIBAUT ARANDA, Javier, "El papel de los representantes de los trabajadores", obra cit., p. 369, el mencionado boletín informático puede emplearse para transmitir información sobre la actuación de las organizaciones sindicales (no más de cuatro al mes), la estructura del órgano de representación, la relación de representantes o la convocatoria de asambleas en el centro de trabajo. Igualmente, el acuerdo contempla la responsabilidad de las organizaciones sindicales de cuanto se comunica; la entrega de los comunicados a los encargados de la empresa para que sean éstos los que los cuelguen; la revisión del tiempo de conservación de los comunicados en el sistema informático cuando el volumen de información contenido en el buzón pudiese causar importantes problemas técnicos para la gestión de la aplicación informática; la transferencia a un nuevo sistema en el caso de sustitución del sistema informático, etc.

¹⁷⁸¹ La SAN de 6 de febrero de 2001 (AS 2001/84) que resolvió la demanda de conflicto colectivo planteada por CCOO frente al BBVA, parte de que el uso del correo electrónico por el sindicato para transmitir noticias de interés sindical a los

que, al otorgar el amparo del derecho de libertad sindical, por un lado consagra el derecho de los sindicatos a utilizar el servidor interno de correo electrónico de la empresa para difundir información sindical a los trabajadores, y por otro establece los criterios razonables conforme a los que dicha actividad ha de producirse¹⁷⁸².

El Tribunal declara que el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en su vertiente de acción sindical (Fj 3º). Esto es, el derecho de los sindicatos a utilizar los instrumentos de comunicación electrónica de la empresa para comunicarse con todos los trabajadores de la empresa, estén afiliados o no. Esto obligaría al empresario a facilitar a la representación sindical las direcciones de correo electrónico de estos trabajadores. No obstante, lo más lógico es que los sindicatos dispongan de este dato del trabajador afiliado y carezcan de él si se trata de un trabajador no afiliado. En este último caso se ha mantenido que la mencionada obligación empresarial decaería, dado que el art. 3 de LOPD exige el consentimiento expreso y previo para poder facilitar esa información dada la consideración del correo electrónico como «dato personal»⁸. No obstante, en un reciente informe la AEPD se ha pronunciado en sentido contrario, al entender que el art. 28.1 de la CE, permite que se comuniquen las direcciones de correo electrónico de los trabajadores a las secciones sindicales más representativas, estando por tanto la cesión amparada en el art. 11.2 a) de la LOPD¹⁷⁸³, convirtiéndose así el sindicato en cesionario y debiendo cumplir con la LOPD.

Así mismo, el Tribunal declara que para la promoción y efectividad del derecho, el legislador impone al empresario la carga de facilitar, en determinados casos, ciertos medios materiales (locales y tabloneros), obligaciones de terceros

afiliados y al resto de los trabajadores de la empresa, era tolerado sin que hubiera un impedimento al uso sindical del mismo, debiendo el sindicato hacer un uso que no rebasase la normalidad. Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de casación, STS de 26 de noviembre de 2001 (Ar. 3270), que vino a resolver si el Sindicato tenía derecho a exigir la utilización del correo electrónico como medio de comunicación. La sentencia declaró que no existe norma que declare el derecho del sindicato a utilizar los medios informáticos para comunicarse con sus afiliados y con las secciones sindicales y que su utilización podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero que mientras no se obtenga autorización expresa, la utilización deberá ser expresamente consentida por la empresa. Cuando el art. 8 LOLS consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo.

¹⁷⁸² Sobre los posicionamientos de los tribunales sobre el uso con fines sindicales del correo electrónico en la empresa, entre otros GARCÍA NINET, José Ignacio, "Sobre el uso del correo electrónico por los sindicatos utilizando los medios de la empresa, o las nuevas tecnologías al servicio de la libertad sindical. El caso COMFIA-CCOO contra BBVA-Argentina: del "ius usus inoicii" de las nuevas tecnologías", *TS*, núm. 181, 2006, pp. 5 a 12.

¹⁷⁸³ El art. 11.2 a) LOPD establece que no será necesario el consentimiento exigido para que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sean comunicados a un tercero, "cuando la cesión está autorizada en una ley". El art. 10 RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece "será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando: a) Lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuando concorra uno de los supuestos siguientes: el tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los intereses previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. El tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas". Vid MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, "Secreto de las comunicaciones v. protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la Sentencia 282/2005 del Tribunal Constitucional Español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos", obra cit. 17.

establecidas por el legislador que, por lo tanto, constituyen el contenido adicional de la libertad sindical (Fj 4º). En este sentido, la información sindical puede hacerse efectiva por los cauces previstos por la ley (locales y tablones), algo totalmente imposible en los supuestos en que el teletrabajo no se comparta con la realización de la prestación de servicios en un centro de trabajo tradicional¹⁷⁸⁴. No obstante, según declara la sentencia, el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y también por medio de otros que libremente adopte, siempre que respete la normalidad productiva (acceso informativo a Internet, tablón sindical virtual, acceso a páginas Web sindicales en Internet, etc.)¹⁷⁸⁵.

En el teletrabajo nos vamos a encontrar con la imposibilidad de utilizar esos medios de información (locales y tablones), si el teletrabajador no tiene una sede o empresa física donde desempeñe la actividad laboral y, si bien los representantes tienen la posibilidad de elegir entre otros medios tecnológicos de comunicación de la empresa, se pueden encontrar con la negativa a su uso cuando no “respete la normalidad productiva”, o se encuentre “en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario”¹⁷⁸⁶. Esto es perfectamente posible en los casos de teletrabajo donde la prestación de trabajo se lleva a cabo mediante el uso de sistemas de comunicación electrónica, o bien cuando el servidor utilizado por los sindicatos sea el servidor interno de la empresa¹⁷⁸⁷. En el caso contrario, es decir, una mera negativa o resistencia del empresario “únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas” (Fj 7º). Esto implica que si en la empresa está implantado un sistema de comunicación informático, que dotaría de mayor eficacia el ejercicio del derecho a la comunicación e información sindical, la negativa arbitraria del empresario a la utilización por los representantes vulneraría la libertad sindical, máxime cuando “el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de dicho derecho” (Fj 7º)¹⁷⁸⁸. En todo caso, los conflictos que puedan surgir, bien porque no se observan los condicionamientos previstos en la STC 281/2005, o

¹⁷⁸⁴ En estos casos, BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “Efectos de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, obra cit., pp. 143 y 144, declara que el ejercicio de los derechos de información dependerá de cómo se lleve a cabo el teletrabajo (*off line/on line*). Al respecto, el derecho de información se realizará esencialmente a través de la conexión con la empresa y el contacto con los representantes dependerá de los medios con los que el teletrabajador se comunica con la empresa, siendo óptimo el de los medios *on line*. En cambio, la comunicación por medios *off line* agrava el inconveniente del alejamiento en el teletrabajo, puesto que la utilización de esos medios (correo postal o teléfono) restan inmediatez y tiempo.

¹⁷⁸⁵ En VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. Comentario a la STC 181/2005”, *RDS*, núm. 33, 2006, p. 129. En la STC 281/1985 “si el conflicto concreto parte de la utilización de una herramienta específica, el correo electrónico, la sentencia reconoce el derecho pero sobre cualquier instrumento preexistente en la empresa y que sea eficiente para aquella comunicación”.

¹⁷⁸⁶ ROQUETA BUJ, Remedios, “El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005”, *AL*, núm. 3, 2006, p. 278.

¹⁷⁸⁷ ALZAGA RUIZ, Iciar, “El uso por parte de la representación sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre)”, obra cit., p. 1059.

¹⁷⁸⁸ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *AS*, núm. 17, 2005, p. 15; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “El correo electrónico como cauce para distribuir información sindical”, *RTYSS*, núm. 276, 2006, p. 177.

bien porque se infrinja la concreta regulación empresarial ocasionando un perjuicio a la empresa, deben someterse a la jurisdicción social, dado que el empresario no puede unilateralmente impedir el goce del derecho y, por lo tanto, determinar -aunque sea indirectamente- el alcance del derecho fundamental¹⁷⁸⁹.

La sentencia reconoce a los sindicatos el derecho al uso del correo electrónico de la empresa como medio para distribuir información sindical a los trabajadores, siempre y cuando dicho instrumento existiera en la empresa, por lo que entendemos que este derecho está implícito en el teletrabajo *on line*. Sin embargo, hay otras cuestiones de interés, tales como las relativas a la titularidad del derecho, al secreto de las comunicaciones y a la extensión del uso a todos los medios de información y comunicación de la empresa y no en exclusividad del correo electrónico, que nos llevan a concluir que en el teletrabajo debemos acudir a la regulación convencional de los derechos *on line*.

En relación a la titularidad del derecho al uso del correo electrónico corporativo como medio para distribuir información sindical a los trabajadores, ésta corresponde tanto a los representantes legales (arts. 64.7 e) 68 d) y 81 ET) como sindicales (art. 8.1 c) y 8.2 LOLS)¹⁷⁹⁰. Por lo tanto, además de la representación sindical debemos atender a la unitaria, que tiene garantizada su libertad de expresión a través de la publicación y distribución de las publicaciones de interés laboral o social, siempre que no perturben el normal desenvolvimiento del trabajo, y entre cuyas competencias está la de informar a los trabajadores y disponer de uno o varios tablones de anuncios¹⁷⁹¹. No obstante, la exclusión de determinadas representaciones no es aconsejable, sobre todo si propician diferencias de trato que no están amparadas jurídicamente, y originan una potencialidad conflictiva y disfunciones en el adecuado desarrollo de la acción sindical en la empresa¹⁷⁹².

En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones consideramos que, por ejemplo, la interceptación mediante cualquier mecanismo por parte del empleador de los mensajes de correo electrónico supone una vulneración del art. 18.3 CE, salvo que se realice mediante una resolución previa judicial y el

¹⁷⁸⁹ VALDÉS DE LA VEGA, Berta, "La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. Comentario a la STC 181/2005", obra cit., p. 140.

¹⁷⁹⁰ En este sentido, CAMAS RODA, Ferrán, "La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las relaciones laborales", obra cit., pp. 159 y 160; BAYLOS GRAU, Antonio, VALDÉS DE LA VEGA, Berta, "El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo", obra cit., p. 130; SEMPERE NAVARRO Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, "El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre", obra cit., p. 18. En contra, MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, "Los nuevos sistemas de comunicación electrónica y la representación colectiva de los trabajadores en la empresa (a propósito de la STS 26 de noviembre 2006)", en FALQUERA I BARÓ, Miguel Ángel (dir.), *Derecho colectivo, Cuadernos de Derecho Judicial*, III-2003, CGPJ, 2003, p. 305, en cuanto el mandato constitucional del art. 28.1 sólo sería aplicable a la representación unitaria de una manera indirecta aunque afirma que "en el seno de la empresa es mucho más fácil que se produzcan actos de tolerancia que acaben engendrando el derecho".

¹⁷⁹¹ *In extenso*, DEL REY GUANTER, Salvador, *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994; MONEREO PÉREZ, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, obra cit.

¹⁷⁹² CORREA CARRASCO, Manuel, "La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva", *RDS*, núm. 31, p. 76.

ejercicio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no interfiera en el proceso productivo o en la propia prestación de servicios¹⁷⁹³. Ahora bien, en el caso de que los representantes hagan uso del correo electrónico o de los medios de comunicación de la empresa para transmitir información de índole laboral o sindical a los trabajadores, debemos ver si el empresario puede utilizar mecanismos de control o si, por el contrario, esa actividad está amparada por el derecho al secreto de las comunicaciones.

En nuestra opinión, es difícil que en el plano colectivo se pueda alegar una posible vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido, la doctrina se basa en la postura mantenida por la doctrina constitucional en relación a los denominados "grupos sociales expresivos de derechos específicos", que sostiene que éstos sólo pueden ser titulares de los derechos fundamentales de los cuales son expresión y, por lo tanto, se limita la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones a los individuos concretos que integran el grupo en cuestión¹⁷⁹⁴. Al no ser titular del derecho al secreto de las comunicaciones, el sindicato no puede reclamar judicialmente la vulneración del derecho, al que sería difícil reconducir al plano de la acción representativa de sujetos colectivos, no sólo por su configuración como derecho de titularidad individual, sino también porque la publicidad es un factor que está intrínsecamente conectado a dicha acción¹⁷⁹⁵. No obstante, ni el contenido habitual de la información sindical tiene carácter reservado, ni los cauces o instrumentos de comunicación establecidos (buzón sindical, página Web corporativa, etc.) hacen posible que técnicamente tenga esa reserva al estar sujeto a un control empresarial, aunque sea mínimo, de carácter técnico¹⁷⁹⁶, como por ejemplo la necesidad de contar con el previo conocimiento y aceptación de la empresa en los casos de comunicaciones masivas¹⁷⁹⁷. Tal como se ha señalado, existiría vulneración del derecho cuando la empresa entorpezca voluntariamente las comunicaciones sindicales, puesto que en este caso además de la vulneración del derecho de libertad sindical, habría también una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones al impedir que los destinatarios reciban el mensaje¹⁷⁹⁸.

¹⁷⁹³ En MARÍN ALONSO, Inmaculada, "La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general", *AS*, núm. 1, 2001, pp. 33 y 34.

¹⁷⁹⁴ MARÍN ALONSO, Inmaculada, "La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general", obra cit., p. 35, en relación con la STC 141/1985; de igual manera ALZAGA RUIZ, Iciar, "El uso por parte de la representación sindical de los medios de informáticos propiedad de la empresa. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre)", obra cit., p. 1062.

¹⁷⁹⁵ CORREA CARRASCO, Manuel, "La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva", obra cit., p. 72.

¹⁷⁹⁶ CORREA CARRASCO, Manuel, "La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva", obra cit., p. 73.

¹⁷⁹⁷ Véanse los art. 9.2.2 CC de Gertronics España Solutions, SL; cláusula 12.5 CC 2003-2005 de Telefónica de España, S.A.U.; CC para la Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo.

¹⁷⁹⁸ En este sentido, ROQUETA BUJ, Remedios, "El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005", obra cit., p. 281, añadiendo que la violación del derecho puede tener lugar por una interceptación en sentido estricto –con aprehensión física del soporte del mensaje- o captación de otra forma del proceso productivo, SSTC 70/2002, de 3 de abril y 123/2002, de 20 mayo.

Por lo tanto, creemos que en el teletrabajo cabe extender el criterio manifestado por el Alto Tribunal, más allá del uso del correo electrónico, a las herramientas de trabajo propiedad de la empresa que sirvan para ejercitar la libertad sindical (acceso informático a la Intranet o páginas Web sindicales a través de Internet, tablones sindicales virtuales, etc.)¹⁷⁹⁹. Con todo, existen soluciones tecnológicas, no agresivas y pactadas que son eficaces para resolver determinados problemas que afectan a la vida privada en el contexto de Internet. Si tenemos en cuenta que la tecnología disponible permite realizar envíos controlados a grupos de personas, probablemente, el conflicto que originó la STC 281/2005 no se hubiese producido, si las partes hubiesen pactado la creación de una lista de correo. Las listas de correo permiten: a) fijar políticas en cuanto al tamaño de los mensajes; b) establecer el listado de destinatarios de los mensajes que permanecen ocultos al resto de los destinatarios; c) prever procedimientos en virtud de los cuales los destinatarios de la información pudieran cancelar su suscripción de modo cómodo; d) permitir los envíos sin que, materialmente, resulte necesario comunicar al sindicato ni un solo dato personal, ya que éste se limita a remitir el mensaje a la dirección de correo de la lista; e) diseñar incluso aspectos formales de la comunicación que facilitan la gestión y recepción de los mensajes; y f) pactar, en suma, un método racional y proporcional para el envío de mensajes que contengan información sindical¹⁸⁰⁰.

En este sentido, corroboramos la crítica planteada por la doctrina ante la negativa del Tribunal Supremo y del Constitucional a atender a una interpretación extensiva del art. 8. 2 a) de la LOLS¹⁸⁰¹, pues ésta obligaría al empresario a facilitar un tablón virtual y, por lo tanto, a implantar un sistema de comunicación moderno para facilitar la información sindical atendiendo a la realidad empresarial, y a la preexistencia o no de las tecnologías de la información y comunicación en el lugar de trabajo. Así, en las empresas que no cuenten con los sistemas de comunicación tecnológicos, se impondría el tablón tradicional y, en aquellas que los tengan, la disposición de un tablón virtual, algo que posibilitaría exigir unos canales de comunicación en los supuestos de teletrabajo¹⁸⁰². En realidad, de acuerdo con los criterios interpretativos de las normas jurídicas previstos en el art. 3.1 del Código Civil, por tablón de anuncios se podría entender el soporte, físico o virtual, que “permite la colocación de información de interés sindical y facilita su difusión entre

¹⁷⁹⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre”, obra cit., p. 18; de igual forma VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. Comentario a la STC 181/2005”, obra cit., p. 129; BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María, “Nuevas tecnologías y nuevas cuestiones a resolver. Comentario a la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *RGDTSS*, núm. 13, 2007 (www.iustel.com).

¹⁸⁰⁰ En este mismo sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, “Secreto de las comunicaciones v. protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la Sentencia 282/2005 del Tribunal Constitucional Español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos”, obra cit., p. 16.

¹⁸⁰¹ Fj 5º STC 281/2005. Postura contraria a la SJS núm. 25 de Madrid de 13 octubre 2000 (AS 2000/3180), estudiada en SÁNCHEZ TORRES, Esther, “Libertad de expresión y nuevas tecnologías en la empresa”, en SERNA CALVO, Mª del Mar (dir.), *Derecho social y nuevas tecnologías, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV-2004. CGPJ, 2005, pp. 170 y ss.

¹⁸⁰² VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. Comentario a la STC 81/2005”, obra cit., p. 133.

los trabajadores”¹⁸⁰³. En este caso la empresa de teletrabajo “estaría obligada, no sólo a facilitar los instrumentos informáticos suficientes que permitiesen la comunicación, sino también a disponer de los correctivos técnicos que evitasen una alteración del proceso productivo como consecuencia de su uso”¹⁸⁰⁴. La adopción de esta última medida evitaría que el empresario pudiera alegar la negativa a su uso cuando no respete la normalidad productiva, o se encuentre en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario excepción que, como vimos, suponía una importante limitación en los supuestos de teletrabajo. Entendemos que una interpretación extensiva del art. 8 LOLS obligaría, por lo tanto, al empresario “a facilitar al sindicato los medios materiales necesarios para llevar a cabo su función, incluido el sistema de correo electrónico si no existiera otro modo para preservar y proteger los derechos de distribución y acceso a la información sindical en la empresa”¹⁸⁰⁵. Sin embargo, el Alto Tribunal no ha forzado esta interpretación, sino que se ha limitado a reconocer el derecho a informar “por una de las vías más eficientes a tal efecto, siempre que la empresa disponga de la misma y sin que ello le suponga un gravamen adicional”¹⁸⁰⁶, y deja en manos de otros instrumentos (Códigos de Conducta y Negociación Colectiva) la regulación del uso de los medios tecnológicos de la empresa para la comunicación e información entre los trabajadores y sus representantes.

Así, los Códigos de Conducta establecidos por el empresario para la utilización de los medios tecnológicos de la empresa en la comunicación e información de los trabajadores y sus representantes, son perfectamente válidos, puesto que su establecimiento es una posibilidad que tiene el empleador concedida en virtud del art. 20.2 ET¹⁸⁰⁷. Tradicionalmente las reglas sobre el uso de las herramientas de trabajo no han sido materias sujetas a negociación, motivo por el cual el uso de las NTIC en el ámbito de la empresa por parte de los trabajadores se resiste a ser tratado como condición de trabajo, de ahí que su ordenación se realice generalmente a través de los Códigos de Conducta o de Buenas Prácticas¹⁸⁰⁸. Ahora bien, teniendo en cuenta que “la voluntad empresarial

¹⁸⁰³ BAYLOS GRAU, Antonio, VALDÉS DE LA VEGA, Berta “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, obra cit., p. 138.

¹⁸⁰⁴ En SÁNCHEZ TORRES, Esther, “Libertad de expresión y nuevas tecnologías en la empresa”, obra cit., p. 172. Por otro lado, el párrafo 16 de la Recomendación 143 de la OIT declara que la empresa debería poner a disposición de los representantes de los trabajadores “las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones” y el Convenio 135 OIT que “los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones (art. 2.1), ahora bien “la concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada (art. 2.3).

¹⁸⁰⁵ ROQUETA BUJ, Remedios, “El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005”, obra cit., p. 270.

¹⁸⁰⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre, obra cit., p. 16.

¹⁸⁰⁷ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, “Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa”, *RL*, núm. 24, p. 102. Véase el Código de Conducta en el uso de las herramientas informáticas en las empresas publicado por CCOO, relativo a la recomendaciones de la campaña inicial lanzada por la UNI en 1998 “derechos en línea para los trabajadores en línea”, a los afiliados de la UNI y a las empresas que usan las herramientas informáticas, para elaborar algunas normas y aplicar políticas de empresa voluntarias a nivel nacional y local, allá donde las políticas de este tipo no se hayan negociado todavía por los agentes sociales.

¹⁸⁰⁸ VALDÉS DAL RÉ, Fernando, “Presentación”, *RL*, núm. 5-6, Monográfico, 2009, p. 4.

está limitada por el derecho fundamental de libertad sindical, de manera que la posibilidad de invalidación de lo previamente concedido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical (STC 269/2000, de 13 noviembre, Fj 5)¹⁸⁰⁹, lo cierto es que lo más aceptable para establecer los límites y procedimientos de control¹⁸¹⁰ es la regulación negociada¹⁸¹¹ ya que, en nuestra opinión, y siempre a falta de normativa específica, constituye la vía más adecuada.

En el teletrabajo, esta regulación negociada tiene que partir de la obligación empresarial de facilitar el uso de los instrumentos de telecomunicación de la empresa para que los representantes puedan llevar a cabo sus funciones de comunicación e información con sus representados, teniendo en cuenta que esos medios existen en las empresas de teletrabajo, y siempre que “su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso”¹⁸¹² señaladas por el Tribunal Constitucional. Por ello, en la empresa de teletrabajo se debe contar con correctores técnicos, a los que aludimos anteriormente, con la finalidad de evitar la alteración del proceso productivo. En este caso la política preventiva se impone con más rigor, máxime si el empresario está dispuesto a adoptar medidas de control sobre el uso -sindical o laboral- que los representantes o trabajadores hagan de los medios de telecomunicación.

En cuanto al contenido de la regulación que se pueda realizar en torno a la utilización de las herramientas de telecomunicación de la empresa por los trabajadores y sus representantes para transmitir información de naturaleza sindical y laboral¹⁸¹³, entendemos que debe partir de una serie de reglas de uso o límites establecidas por el Alto Tribunal¹⁸¹⁴ en el sentido de que: 1) la comunicación

¹⁸⁰⁹ STC 281/2005, de 7 noviembre 2005, Fj 3.

¹⁸¹⁰ COLÀS NEILA, Eusebi, “Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEJARRETA, Ricardo *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, obra cit., p. 195.

¹⁸¹¹ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, “Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa”, obra cit., p. 102. Sobre la negociación colectiva como marco regulador del uso del correo electrónico e Internet en las relaciones laborales, NIEVES NIETO, Nuria, “El uso de correo electrónico e internet en la negociación colectiva”, *RL*, núm. 5-6, 2009, pp. 101 a 104.

¹⁸¹² STC 281/2005, de 7 noviembre 2005, Fj 7.

¹⁸¹³ En SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre”, obra cit., p. 15, se plantea el problema de la fiscalización del contenido de los mensajes electrónicos, cuya verificación en la mayoría de los casos “exigirá la efectiva comprobación del contenido material de los mensajes, descubriéndose el secreto de las comunicaciones. De lo que se trata es de no ir más allá, accediendo a datos propios de la intimidad personal de los interlocutores, que exceden de aquellos que inevitablemente son conocidos al analizar la naturaleza de la información transmitida”; nota a pie 13.

¹⁸¹⁴ STC 281/2005, de 7 noviembre 2005, Fj 8. En GALA DURÁN, Carolina; PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”, en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, obra cit., pp. 336 a 342 se recogen los aspectos básicos que han de integrar el contenido de la regulación que se pueda efectuar en torno a la utilización del correo electrónico e Internet por los trabajadores y sus representantes. En COLÀS NEILA, Eusebi, “Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo”, en ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEJARRETA, Ricardo, *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, obra cit., P. 197, “para la UNI, en un mundo laboral cada vez más informatizado, los sindicatos deben tener reconocido un derecho de acceso a los medios electrónicos de comunicación para contactar con sus afiliados y el resto de los trabajadores, en el desarrollo de un proceso normal de relaciones laborales”.

no podrá perturbar la actividad normal de la empresa¹⁸¹⁵; 2) tratándose del empleo de un medio de comunicación creado como herramienta de la producción, no se puede perjudicar el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni entenderse que prevalezca el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el representante y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto, resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos; 3) la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

La regulación colectiva convencional de los derechos *on line* nos parece el mecanismo más idóneo, porque impide que la empresa imponga unilateralmente la utilización de los medios electrónicos (códigos de conducta); constituye la vía alternativa a la jurisdiccional; y por último, contempla los derechos no regulados en el Estatuto de los Trabajadores y, por lo tanto, cubre el vacío legislativo¹⁸¹⁶. Consideramos interesante detenernos en ciertos aspectos del Convenio Colectivo de Telefónica de España, S.A.U., una empresa tecnológica que ha incorporado el Acuerdo de implantación del teletrabajo en el mencionado instrumento jurídico¹⁸¹⁷, y en especial en la cláusula 12.5, que regula la utilización del correo electrónico e Internet por los empleados y por la representación unitaria de los trabajadores y sindicatos¹⁸¹⁸.

En relación con la utilización de los medios tecnológicos por las representaciones de los trabajadores, en dicho convenio destaca la disponibilidad de un canal sindical o páginas Web a los que se accede por la Intranet de la empresa, donde se pueden difundir las comunicaciones e informaciones que consideren oportunas, así como la posibilidad de acceso de los trabajadores desde los ordenadores que utilicen en su puesto de trabajo; el servicio de infobuzón para la publicación de las informaciones y prohibición de envío de comunicaciones

¹⁸¹⁵ Añade el Tribunal que "sin perjuicio del examen particular de las circunstancias específicas de cada caso, no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación. Llegar a esa conclusión permitiría también, por ejemplo, excluir la recepción de correo ordinario del sindicato en el puesto de trabajo, y, llevado al extremo el planteamiento de hipótesis posibles, podría situar a la empresa en un espacio incomunicado. Por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes."

¹⁸¹⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel, "Los derechos *on-line* de trabajadores y sindicatos: Algunas reflexiones al hilo del convenio colectivo de Telefónica", *Capital Humano*, núm. 149, 2001, p. 58.

¹⁸¹⁷ Resolución de 10 octubre de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación de diversos Acuerdos que pasan a formar parte del CC de Telefónica de España, S.A.U. (BOE 3 de noviembre 2006, núm. 263).

¹⁸¹⁸ CC 2003-2005 de la empresa Telefónica de España, S.A.U. (BOE 16 de octubre 2003, núm. 248), prorrogado hasta el 31-12-2007 (BOE 15 de septiembre 2005, núm. 221); actual CC de Telefónica de España, S.A.U. para los años 2008-2010 (BOE 14 de octubre 2008, núm. 248); de igual forma, CC de Gertronic España Solutions, SL (BOE 9 de junio 2006, núm. 137); art. 92 del I CC Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos (BOE 11 de septiembre 2008, núm. 220).

masivas¹⁸¹⁹; y la dotación y uso del correo electrónico por parte de las secciones sindicales.

En cuanto a la utilización del correo electrónico e Internet por parte de los trabajadores de Telefónica de España, S.A.U., se les reconoce el uso del correo electrónico, dirección *e-mail*, la Red Corporativa e Internet con libertad y en el sentido más amplio posible para el desempeño de las actividades de sus puestos de trabajo, y para su relación con los representantes de los trabajadores. Ahora bien, si por un lado se establece que con carácter general los trabajadores no podrán utilizar esos medios para fines particulares, por otro se incluye un listado de usos terminantemente prohibidos, de utilidades en perjuicio de la empresa y de usos no permitidos. Esto ha dado pie a que la doctrina interprete que lo que no está prohibido expresamente está tolerado, siempre que no suponga perjuicio alguno para la empresa, es decir, no se prohíbe todo uso privado, sino solamente aquéllos que adopten algunas de las formas expresamente vetadas¹⁸²⁰. Al respecto, cabe resaltar la posibilidad que tiene el empresario, en el caso de que existan indicios de uso ilícito o abusivo por parte del empleado, de realizar las comprobaciones oportunas y, si fuera preciso, una auditoría del ordenador del empleado o de los sistemas que ofrecen el servicio, con las garantías suficientes para salvaguardar los derechos a la dignidad e intimidad del trabajador (registro en horario laboral y en presencia de representantes de los trabajadores)¹⁸²¹.

Por último, debemos entender que cuando el convenio hace referencia a que los empleados pueden utilizar los medios tecnológicos con libertad y en el sentido más amplio posible para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo, se incluye su utilización para todo tipo de comunicaciones con el empresario, entre los trabajadores y los clientes de la empresa y los sindicatos. Por ejemplo, el correo electrónico, además de un medio de comunicación social, va a constituir un medio de comunicación interno en el ámbito de las relaciones laborales (contrataciones electrónicas, comunicación escrita del empleador con trascendencia en la relación laboral, obligaciones de información escritas, etc.), siendo por lo tanto uno de los canales de comunicación más significativos del teletrabajo.

¹⁸¹⁹ No obstante, se establece que la empresa facilitará los medios oportunos para que los sindicatos más representativos y con presencia en el Comité Intercentros, así como el propio Comité Intercentros, individual o conjuntamente, publiquen la información que consideren precisa (Negociación colectiva, ...), por medio del servicio infobuzón y todos los empleados reciban esta comunicación. La interlocución con los sindicatos se llevará a cabo con a través de la Dirección General de Recursos Humanos que, junto con el resto de las unidades afectadas, fijará los criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la Red Corporativa.

¹⁸²⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel, "Los derechos on-line de trabajadores y sindicatos: Algunas reflexiones al hilo del convenio colectivo de Telefónica", obra cit., núm. 149, 2001, p. 60.

¹⁸²¹ RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, Miguel, "Los derechos on-line de trabajadores y sindicatos: Algunas reflexiones al hilo del convenio colectivo de Telefónica", obra cit., pp. 60 y 61, sin que el trabajador pueda ser considerado como protegido por el secreto de las comunicaciones u otra garantía de privacidad, pero reconociendo expresamente unas garantías de carácter procedimental.

CONCLUSIONES

Conclusiones

PRIMERA

En el estudio de la identificación y delimitación del teletrabajo hemos partido de los rasgos caracterizadores de esta prestación de servicios: la realización del trabajo a distancia y el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y como resultado de los dos anteriores, el cambio en la organización del trabajo. El primer rasgo necesita una delimitación cuantitativa, que consideramos imprescindible para que alcance una entidad propia: que el teletrabajo suponga el 20% o más de la jornada habitual, para que no tenga la consideración de teletrabajo ocasional o marginal. El teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo, sino sólo el que se realiza con la utilización «intensiva y prevalente» de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC). En este sentido, nos mostramos partidarios de la necesidad de dotar a este rasgo de la mayor flexibilidad posible, dado que el teletrabajador puede realizar otro tipo de actividad o utilizar otro tipo de instrumentos distintos a las NTIC.

SEGUNDA

El teletrabajo es ante todo una forma flexible de organización del trabajo, de la que se vale el empleador para externalizar ciertas actividades, que no sólo puede ser desempeñado por teletrabajadores, sino también por empresas como actividad empresarial (contrata). En el primer caso, el cambio de organización del trabajo no tiene una especial incidencia en el campo de las relaciones laborales, salvo el recurso al falso autónomo o las dificultades que pueda presentar la contratación de autónomos en la delimitación del trabajo asalariado. En el segundo caso, la protección del teletrabajador de la contrata sufre una grave descompensación, en cuanto no se le aplican las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de la empresa principal, ni la responsabilidad del art. 42 ET.

TERCERA

El régimen jurídico laboral de la responsabilidad solidaria en materia salarial y de seguridad social en los supuestos de contrata (art. 42 ET), sólo se puede aplicar en los escasísimos supuestos de teletrabajo interactivo correspondientes a

la propia actividad, donde cabe apreciar la presencia «virtual» del trabajador en los locales de la empresa principal mediante el control de la actividad por parte de ésta. Por otro lado, el régimen de subcontratación en que se encuentran numerosas empresas donde se practica el teletrabajo, aumenta el riesgo de cesión ilegal de teletrabajadores cuando el peso dominante de la contratación se encuentra en la propia prestación laboral del personal que la desempeña.

CUARTA

En el ámbito productivo moderno, la externalización en la organización del sistema productivo por parte de las empresas goza del reconocimiento constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE). Esta externalización tiene muchas formas de manifestación en el teletrabajo que aparecen al margen de la protección del Derecho del Trabajo y de la tutela de los teletrabajadores afectados por ese proceso de descentralización productiva sometidos a supuestos de pluralidad empresarial. En este sentido, abogamos por la necesidad de una regulación comunitaria donde se establezca con claridad quién es el responsable del cumplimiento del Derecho laboral y del pago de los salarios, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social, en una cadena de subcontratistas. Esta normativa sería trasladable a los supuestos de *outsourcing* informático, en que la naturaleza del teletrabajo no responde al fenómeno de cambio de la organización del trabajo, sino a los intereses estratégicos de las empresas en un intento de evadir responsabilidades y las exigencias tuitivas del Derecho del Trabajo.

QUINTA

En el marco del teletrabajo transnacional, donde las estrategias deslocalizadoras de las empresas superan el ámbito de aplicación de las normas laborales nacionales, es frecuente la práctica del dumping social. En estos casos proponemos la necesidad de establecer unas condiciones mínimas de trabajo en todos los centros de una empresa transnacional, que compatibilicen los principios del Derecho Internacional del Comercio con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos y del Trabajo. Para ello existen diversas vías posibles, como los códigos de conducta voluntarios y, por supuesto, la negociación de acuerdos marco internacionales. En el ámbito comunitario, nuestra propuesta se inclina por la elaboración de una directiva que garantice un bloque de condiciones de trabajo equiparables a las que estuvieran vigentes en el país en que la prestación del teletrabajador es aprovechada, contemplando asimismo el establecimiento de la coordinación de los sistemas jurídicos y de las Administraciones de trabajo afectadas, en semejanza a la Directiva 96/71 sobre desplazamientos de trabajadores.

SEXTA

El teletrabajo es trabajo a domicilio, pero sólo cabe su identificación con el contrato de trabajo a domicilio (art. 13 ET) cuando el lugar sea libremente acordado por el trabajador, y la prestación de servicios sea realizada sin la vigilancia del empresario. No obstante, la regulación del actual art. 13 ET no soluciona los problemas que se presentan por el hecho de que la prestación se realice en el domicilio del trabajador o fuera de él. Por lo tanto mantenemos que, aunque es necesaria una reforma del art. 13 ET en los términos previstos en el C. 177 OIT, ésta no es suficiente para solventar las particularidades del teletrabajo y su problemática. El único instrumento que entendemos necesario e imprescindible para acometer la regulación del teletrabajo es una ley, y desde instancias comunitarias una Directiva que permita la implantación del teletrabajo en la práctica, sin desmerecer el papel desempeñado por la negociación colectiva, cuyo máximo exponente es el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002).

SÉPTIMA

En el ámbito de la Seguridad Social el problema principal es el control del fraude, sobre todo en la modalidad de teletrabajo a domicilio cuando el teletrabajador compatibilice la realización del teletrabajo con la percepción de una prestación a cargo de la Seguridad Social. No obstante, el control empresarial de la actividad mediante los diversos tipos de conexiones telemáticas o electrónicas reducen el problema, excepto si se trata de una conexión *off line*. Igualmente relevante es el papel de las nuevas tecnologías a la hora de determinar el alcance de la acción protectora en caso de accidente de trabajo, salvo que el teletrabajo se desarrolle de acuerdo con el principio de libertad de autoorganización del trabajo, correspondiendo al teletrabajador demostrar la relación de causalidad entre el accidente y su trabajo. En definitiva, corresponde a una regulación futura el replanteamiento de las cuestiones controvertidas en el teletrabajo, como pueden ser las dificultades de control por la Inspección de Trabajo o la implantación de una cultura preventiva razonable.

OCTAVA

Para la delimitación y encuadramiento jurídico del teletrabajo podemos recurrir a la búsqueda de nuevos indicios de laboralidad. Por regla general, se atribuye carácter laboral a la prestación cuando se constata que el teletrabajador utiliza un programa informático de propiedad de la empresa o facilitado por ésta. El concepto clásico de dependencia ha experimentado una transformación que se extiende hasta la figura del trabajador económicamente dependiente. En este sentido, pensamos que la dependencia tecnológica o virtual no va a contribuir a laboralizar el teletrabajo, sino más bien al contrario, ya que en todos aquellos casos donde se tengan serias dudas sobre la calificación de la figura del

teletrabajador, lo más probable es que el juez se decante por la otra modalidad incluida en el trabajo autónomo (TRADE). En definitiva, el encuadramiento jurídico del teletrabajo es un problema en sí mismo, de calificación jurídica, que entendemos está necesitado de una ley específica y universal que inspire e incentive futuras negociaciones colectivas.

NOVENA

En el plano normativo y en el sector público estamos a la espera de la aprobación del Proyecto de Real Decreto por el que se regula el teletrabajo en la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, acordado con los sindicatos el 7 de mayo de 2007 en la Mesa General de Negociación de este organismo. El teletrabajo en la Administración Pública contribuye al necesitado cambio en la cultura del trabajo en este sector y a facilitar el cumplimiento de la evaluación del desempeño de acuerdo con los principios establecidos en el Estatuto Básico de la Función Pública, en el momento que la valoración por objetivos sustituye a una variable más subjetiva: las horas empleadas. Esto es sumamente importante por los efectos que la evaluación pueda tener en la carrera profesional, la formación, la promoción de puestos de trabajo y en las percepciones de las retribuciones complementarias. El Proyecto se aplica tanto al personal laboral como a los funcionarios o asimilados, puesto que tiene como destinatario al empleado público en una apuesta por la regulación unitaria en la línea marcada por el actual Estatuto Básico de la Función Pública.

DÉCIMA

En el sector privado, la regulación del teletrabajo se está canalizando mediante la vía de la negociación colectiva, incentivada desde instancias comunitarias tras la aprobación del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. Hasta el momento, el impulso del teletrabajo por esta vía está siendo lento, y consideramos que una normativa de eficacia más directa que cuente con la iniciativa de los poderes públicos favorecería el desarrollo del teletrabajo en aquellos ámbitos carentes de negociación colectiva, y en todo caso a la propia negociación colectiva. El Acuerdo Marco Europeo contempla una definición del teletrabajo restringida al contrato de trabajo, cuyo contenido puede trasladarse a otros ámbitos no estrictamente laborales.

DECIMOPRIMERA

La voluntariedad del teletrabajo es una de las condiciones establecidas en el Acuerdo Marco Europeo. Esto no impide la imposición empresarial en situaciones de crisis o reestructuraciones de empresas, y en todo caso cuando no se haya asumido el AMET en el convenio o acuerdo colectivo de la empresa

o sector. Lo mismo sucede con el 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 no establece la nulidad del incumplimiento de la misma 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 contractual.

DECIMOSEGUNDA

El AMET establece el carácter reversible de la prestación de teletrabajo, indicando que el cambio en el puesto de trabajo debe ser establecido por acuerdo individual y/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» pactado al margen del art. 41 ET.

DECIMOTERCERA

En materia de tiempo de trabajo, rige la regla general del principio de libertad del teletrabajador a gestionar su propio tiempo de trabajo. Esta 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 entre el teletrabajador y el empresario. 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 descansos. 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, bien sea remota o presencial, como la disponibilidad presencial en un lugar determinado por el empresario.

DECIMOCUARTA

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 un trabajo o

empleo similar. Esto no impide que se tengan en cuenta las peculiaridades de la prestación del teletrabajo, y se establezca un complemento de teletrabajo ligado al puesto de trabajo y a la prestación misma en el domicilio o en otro lugar. 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.

DECIMOQUINTA

En el teletrabajo, el poder de dirección del empresario no tiene unas características muy diferentes a las que le son propias en el trabajo subordinado presencial. La cuestión más controvertida es la relativa al poder de vigilancia y control empresarial, y la amenaza que el uso de los medios informáticos supondría para la privacidad de los teletrabajadores. No obstante, el poder de control no es arbitrario ni absoluto, sino que está sometido a límites: el primero, relacionado con la misma finalidad de control, consistente en verificar sólo el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales por el 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 intimidad. En nuestro análisis de los límites y condiciones del ejercicio de ese poder, intentamos justificar que la normativa de protección de datos es la vía más adecuada para garantizar la privacidad de los teletrabajadores. Por otro lado, ante la nula voluntad del legislador, y la necesidad de establecer el uso de los canales de comunicación telemáticos entre los trabajadores y sus representantes, mantenemos la necesidad de potenciar la negociación colectiva en esta materia.

DECIMOSEXTA

En materia de protección de datos, el empresario tiene unos deberes de información a efectos de exigir al trabajador la diligencia debida en el cumplimiento de la prestación. Este deber de información, recogido en la legislación, y en la normativa de la empresa en materia de protección de datos, afecta en particular a las restricciones en el uso del equipo del tratamiento de la información, de las herramientas de Internet y de las posibles sanciones en caso de incumplimiento, que deberían ser objeto de tratamiento en la negociación colectiva. En relación con la salvaguarda de la privacidad del trabajador, los dispositivos de control empresarial no deben ser utilizados sin que el empresario informe a los trabajadores, y sin la previa consulta con los representantes de los trabajadores, como contempla la Directiva 90/270 sobre pantallas de visualización.

DECIMOSÉPTIMA

El uso de las nuevas tecnologías por parte del trabajador plantea la necesidad de que, antes del inicio de la prestación, se definan claramente el equipo de trabajo, la responsabilidad respecto al mismo y los costes por su utilización. Por regla general, en el teletrabajo subordinado el responsable de proveer, instalar y mantener el equipo es el empresario, salvo que el teletrabajador utilice su propio equipo. En este caso, será el propio trabajador el responsable de su instalación y mantenimiento (daños, averías o pérdida), dado que al empresario le corresponden los costes directamente producidos por el trabajo, en particular los relativos a la comunicación (luz y teléfono, pérdida de datos, daños, etc.), incluida la provisión de un adecuado servicio técnico de apoyo. En este sentido, sobre el trabajador recae un deber de cuidado diligente del equipo proporcionado por el empresario, y una obligación de no almacenar ni distribuir materiales ilegales a través de Internet.

DECIMOCTAVA

El empresario tiene el deber de informar al teletrabajador de la normativa preventiva en materia de seguridad y salud en el teletrabajo. En el trabajo a distancia es necesario que los sujetos encargados de verificar el cumplimiento de la normativa preventiva (empresario, representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes) tengan acceso al lugar de teletrabajo, que en el caso de que coincida con el domicilio del trabajador hará necesaria la previa notificación y acuerdo. El teletrabajador está legitimado para solicitar visitas de la Inspección. En el teletrabajo a domicilio, la garantía constitucional a la inviolabilidad del domicilio impide esos controles físicos, salvo que se realicen con la previa notificación y acuerdo del teletrabajador. En materia de responsabilidad, entendemos que no cabe exigir al empresario aquélla que no pueda ser controlada o verificada por él mismo, porque el único responsable de las condiciones materiales efectivas de la ejecución de la prestación de servicios sigue siendo el propio trabajador. En todo caso, entendemos que es necesaria una regulación específica de prevención de riesgos laborales que atienda a las peculiaridades del lugar de trabajo y a las nuevas formas de organización del mismo, y a la necesaria corresponsabilidad entre el teletrabajador y el empresario en la implantación de una "razonable" cultura preventiva.

DECIMONOVENA

Los teletrabajadores deben tener el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de promoción profesional que los trabajadores comparables en el local del empresario. Los destinatarios de esta formación no son sólo los propios teletrabajadores, sino también los supervisores o compañeros directos que la necesiten. La formación específica es importante para que el proyecto de teletrabajo

se realice con éxito, y debe abarcar no sólo cuestiones de carácter técnico sino todas aquéllas relacionadas con el mismo. Una vez finalizada la primera fase de la formación, el teletrabajador debe poseer todos los conocimientos necesarios para poder desarrollar la actividad laboral a distancia, pero entendemos que la formación debe ser continua (por ejemplo, mediante la teleformación).

VIGÉSIMA

En lo que respecta a los derechos colectivos de los teletrabajadores, esta forma de organización del trabajo provoca un alejamiento del fenómeno colectivo, y una tendencia hacia la individualización de las relaciones laborales. La dispersión del lugar de trabajo no favorece ni al sindicalismo, ni al ejercicio de los derechos colectivos (participación, negociación colectiva y huelga). En el AMET no se establece el derecho a utilizar los equipos y las estructuras de la empresa para el ejercicio de los derechos de información y comunicación de los trabajadores con sus representantes legales, ni la forma de desempeñar la función de representación sindical, cuestiones cuya regulación corresponde a los convenios colectivos. Consideramos que si la actividad se realiza a distancia en su totalidad, es necesario que el empresario ponga al alcance de los trabajadores y de sus representantes el uso de las comunicaciones de la empresa para el ejercicio de los derechos colectivos, como garantía del derecho de libertad sindical.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

▶ **ACED FÉLEZ, Emilio**, "La protección de datos personales y la videovigilancia" en *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, num. 5, 2003, (<http://www.madrid.org>).

▶ **ACKERMAN, Mario E.**, "El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo", *RL*, núm. 3, 2004.

▶ **AGENO, Cristina**, *Forme atipiche di lavoro nelle società commerciali e nelle cooperative*, CEDAM, Padova, 2004.

▶ **AGÍS DASILVA, Montserrat**, *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

▶ **AGUT GARCÍA, Carmen**, "Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa", *TS*, núm. 163, 2004.

▶ **ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa**, "Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador", en **ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— "En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro", Especial monográfico, *RL*, núm. 15-16, 2007.

▶ **ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.**, "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del mercado de trabajo", *REDT*, núm. 28, 1986.

— *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1998.

— "La informatización y las nuevas formas de trabajo", en **ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.**, **ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo** (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y Derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

▶ **ALBIOL MONTESINOS, Ignacio**, *El salario: aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992.

▶ **ALFARO DE PRADO, Ana; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-COLLADO, José**, "Estrés laboral y tecnoestrés: un nuevo reto para los recursos humanos", *Trabajo*, núm. 14, 2005.

▶ **ALFONSO MELLADO, Carlos**, "Salarios y negociación colectiva"; en **APARICIO TOVAR, Joaquín**, *Estudios del salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.

— "Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", en XVI Jornadas Catalanas de Derecho Social, *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, febrero de 2005, <http://www.uoc.edu/symposia/dretsosocial/esp/index.html>

— "Clasificación y retribución: los abanicos salariales", **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

▶ **ALFONSO MELLADO Carlos; CARDONA RUBERT, María Belén; FABREGAT MONFORT, Gemma**, "La movilidad funcional, la polivalencia y las reglas sobre ascensos en la negociación colectiva sectorial de 2004", en **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

▶ **ALIAGA CASANOVA, Alfonso Carlos**, "El teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respecto a la intimidad (I)", *Diario La Ley*, núm. 5397, martes 16 de octubre 2001.

▶ **ALONSO FABREGAT, M^a Bernardina; CIFRE GALLEGO, Eva**, "Teletrabajo y Salud: un nuevo reto para la psicología", *Papeles del psicólogo*, núm. 83, 2002.

▶ **ALONSO OLEA, Manuel**, "Consideración general sobre las clasificaciones del salario", en **BAYÓN CHACÓN, Gaspar; ALONSO OLEA, Manuel**, *Dieciséis lecciones sobre los salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1971.

— *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1981.

▶ **ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GONZÁLEZ, Germán**, *El estatuto de los trabajadores: textos, comentarios, jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1995.

▶ **ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, M^a Emilia**, *Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1997.

▶ **ÁLVAREZ, Juan C.; FUENTES, Francisca; LOZANO, Francisco; LUMBRERAS, Fernando; PÉREZ, Rosa**, "Análisis sectorializado de la negociación colectiva", en **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo**, *La negociación colectiva en España: Una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

- ▶ **ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José M^a**, "Libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución", *Diario La Ley*, lunes 22 de enero 2001, núm. 5230, en (www.laley.net).
- ▶ **ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio**, "El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente", en **CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando**, *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.
- ▶ **ALZAGA RUIZ, Icíar**, "El uso por parte de la representación sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre), *REDT*, núm. 132, 2006.
- ▶ **APARICIO TOVAR, Joaquín; BAYLOS GRAU, Antonio**, *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- ▶ **APILLUELO MARTÍN, Margarita**, "Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial", *AS*, núm. 4, 2003.
- ▶ **ARAGÓN, Jorge; DURÁN, Alicia; ROCHA, Fernando; CRUCES, Jesús**, *Las relaciones laborales y la innovación tecnológica en España*, Catarata, Madrid, 2005.
- ▶ **ARAGÓN REYES, Manuel**, "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco**, *Libertad de empresa y relaciones laborales en España* (dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.
- ▶ **ARASTEY SAHÚN, M^a Lourdes**, "Imposibilidad de la prestación (Art. 30 ET)", en **GARCÍA NINET, José Ignacio** (dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores. (De 1980 a 2005), Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, CEF, Madrid, 2005.
- ▶ **ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RUBIO SÁNCHEZ, Francisco**, *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- ▶ **AUZERO, Gilles**, "Poder de dirección del empresario y prerrogativas de los representantes de los trabajadores", en **ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.
- ▶ **AVENDAÑO, Francisco**, "El contenido de los convenios colectivos y la nueva economía a partir de los datos de la encuesta de negociación colectiva de CEOE 1999", *Aedipe*, núm. 13, junio, 2000.

▶ **BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María**, "Nuevas tecnologías y nuevas cuestiones a resolver. Comentario a la STC 281/2005, de 7 de noviembre", *RGDTSS*, núm. 13, 2007 (www.iustel.com).

▶ **BALLESTER PASTOR, Inmaculada; RUANO ALBERTOS, Sara**, "Horas extraordinarias. Art. 35 ET", en **GARCÍA NINET José Ignacio**, (dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los trabajadores (De 1980 a 2005). Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, CEF, Madrid, 2005.

▶ **BARBA RAMOS, Francisco; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel**, "Alternativas de regulación de los derechos on-line en el ordenamiento laboral español", *Derecho y conocimiento*, vol. 1.

▶ **BAYLOS GRAU, Antonio**, La «huida» del derecho del trabajo: tendencias y límites", en **ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; MIRÓN HERNÁNDEZ, M^a del Mar** (coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

— "Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica", *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 12, 2005.

▶ **BAYLOS GRAU, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín**, "Sobre el Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI", en *Cuadernos de la Fundación*, 5/2006.

▶ **BAYLOS GRAU, Antonio; VALDÉS DE LA VEGA, Berta**, "Efectos de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo", en **ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo** (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

▶ **BAYÓN CHACÓN, Gaspar**, "Contratos especiales de trabajo. Concepto", en **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique**, *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1965.

— "Introducción sobre el salario y sus problemas" en **BAYÓN CHACÓN, Gaspar; ALONSO OLEA, Manuel**, *Dieciséis lecciones sobre los salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1971.

▶ **BAYÓN CHACÓN, Gaspar; PÉREZ BOTIJA, E.**, *Manual de Derecho del Trabajo*, V. II, Marcial Pons, Madrid, 1974.

▶ **BAZ RODRÍGUEZ, Jesús**, "La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación: análisis del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre", *Derecho y salud*, vol. 15, núm. 2, julio-diciembre, 2007.

- **BELLAVISTA, Alessandro**, *Il controllo sui lavoratori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.
- **BELZUNEGUI ERASO, Ángel**, *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*, CES, Madrid, 2002.
- "El control del tiempo de trabajo en el teletrabajo itinerante", *Sociología del Trabajo*, núm. 45, 2002.
- **BENAVIDES, Félix**, "El teletrabajo: una solución rentable para empresas de todos los tamaños", en Jornadas sobre el teletrabajo "Trabajar y vivir la Red", organizadas por Telefónica I+D, Madrid, 5 de febrero 2004, material multicopiado.
- **BENITO-BUTRÓN OCHOA, Juan Carlos**, "Teletrabajo y Seguridad Social", en *AAVV, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.
- **BIAGI, Marco; LOPEZ, Alexandra**, "Terciario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica", *Diritto delle relazioni industriali*, núm. 3, 2000.
- **BLANPAIN, Roger**, *The legal and contractual situation of teleworkers in the Member States of the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1995.
- **BLASCO, Juan Enrique**, "Trastornos mentales y reinserción laboral", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004.
- **BOIX LLUCH, Isidor**, "Poderes empresariales y contrapoderes sindicales en las industrias química y textil", en **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- **BORTONE, Roberta; CIMAGLIA, M^a Cristina**, "Aspetti legislativi e contrattuali del telelavoro" en **GIANNINI, Mirella** y otros, *Telelavoro tra immaginario e realtà. Buone pratiche e regolazione nelle imprese*, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2006.
- **BOTANA LÓPEZ, José María**, "Imposibilidad de la prestación y gratificaciones extraordinarias (arts. 30 y 31)", *REDT*, núm. 100, 2000.
- **BOUCHET, Hubert**, "De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo", en **FARRIOLS I SOLÁ, Antoni** (dir.) *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006.

▶ **BUELGA, Gonzalo**, "El derecho del trabajo ante el futuro: problemas y perspectivas", en **HERNÁNDEZ VITORIA, M^a José**; **TORRES ANDRÉS, Juan Miguel**, *Derecho laboral del siglo XXI, CGPJ*, Madrid, 2007.

▶ **CABEZA PEREIRO, Jaime**, "La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa", *RDS*, núm. 31, 2005.

▶ **CALVENTE MENÉNDEZ, Juan**, "Organización, funciones y medios de la Inspección", en **AAVV**, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

▶ **CALVO GALLEGO, Javier**, *Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995.

— *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

— "Teletrabajo", en **CARDENAL CARRO, Miguel** (coord.), *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001.

— "Negociación colectiva y nuevas actividades y sectores emergentes", en **AAVV**, *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, XIV Jornadas de estudios sobre la negociación colectiva, Madrid 13 y 14 de junio de 2001, MTAS, Madrid, 2002.

— "Nuevas tecnologías, relación de trabajo y técnicas de regulación", *Boletín Informativo CARL*, núm. 10, 2008.

▶ **CAMAS RODA, Ferrán**, *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2002.

— "La influencia del correo electrónico y de Internet en el ámbito de las relaciones laborales", *RTYSS*, núm. 224, 2001.

— "La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral", en **ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.**; **ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo** (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

▶ **CAMPODALL'Orto, SERGIO**; **GORI, Máximo**, "Telelavoro e flessibilità: due sinonimi nell'odierna società dell'informazione", **VACCÁ, Cesare** (a cura di), *Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica*, Edizioni giuridiche economiche aziendali dell'università Bocconi e giuffré editore, Milano, 1999.

▶ **CAMPS RUIZ, Luis**, "Complementos salariales de carácter personal", en **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique** (coord.), *Estudios sobre el salario*, Acaul, Madrid, 1993.

- **CARDENAL CARRO, Miguel**, "A los quince años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (I) y (II)", *AS*, núm. 9 y 10, 2000.
- "Desdramatizando el uso de internet en el trabajo", *AS*, núm. 15, 2001.
- "El abuso de Internet en el trabajo, ¿vamos bien?", *AS*, núm. 12, 2004.
- "La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión", *AS*, núms. 21 y 22, 2007.
- "Un Estatuto para los empleados Públicos", en **AAVV**, *El estatuto básico del empleado público*, Ponencia General, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 28-29 de mayo, 2008, Laborum, Murcia, 2008.
- **CARDONA RUBERT, M^a Belén**, *Informática y contrato de trabajo: (aplicación de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- "Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo", *RDS*, núm. 6, 1999.
- "Relaciones laborales y tecnologías de la información y comunicación", *Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, (<http://www.madrid.org/comun/repositorio/cda/Views/rev...>).
- **CARO GÁNDARA, Rocío**, "Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de ciberempleo", *AJA*, núm. 355, 3 de septiembre de 1998.
- **CARRASCO PÉREZ, Remigio; SALINAS LEANDRO, José M^a**, *Teletabajo*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994.
- **CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel**, "Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español", *RL*, Tomo II, 1996.
- **CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen**, "La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque", *TL*, núm. 73, 2004.
- **CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen; BARCELÓN COBEDO, Susana; ALAMEDA CASTILLO, M^a Teresa; MUÑOZ RUIZ, Ana Belén**, "Estudio de la estructura salarial: salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales, en **MERCADER UGUINA, Jesús R.** (dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva*", MTAS, Madrid, 2005.

▶ **CASADO, Rafael**, "La implantación del teletrabajo", en Jornadas sobre el Teletrabajo "Trabajar y vivir la red", celebrada el 5 de febrero 2004, Salón de Actos de Telefónica I+D, (www.telefonica.net).

▶ **CASAS VALLÉS, Ramón**, "Inviolabilidad y derecho a la intimidad", *Revista jurídica de Cataluña*, vol. 86, núm. 1, 1987.

▶ **CASSANO, Giuseppe; LOPATRIELLO, Stefania**, "Il telelavoro: profili giuridici e sociologici", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998-I.

— "Il telelavoro: prime esperienze, inquadramento giuridico e contrattazione collettiva", *Il diritto dell'Informazione e dell'informatica*, 2000, fasc. 1.

▶ **CASTILLO BLANCO, Federico A.**, "Los derechos individuales de los empleados públicos", en **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel** (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

— "Las situaciones administrativas de los empleados públicos", en **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

▶ **CAVAS MARTÍNEZ, Faustino**, "Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales", *AS*, núm. 18, 2005.

▶ **CAVAS MARTÍNEZ, Faustino; FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier**, "La cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social", *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 24/2005, BIB 2005/2652.

▶ **CC.OO.**, *Teletrabajo de lo inevitable a la oportunidad*, FOREM, Madrid, 1996.

— "Aportaciones al debate abierto con el Libro Verde de la Comisión Europea «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», Secretaría Confederal de Empleo de Comisiones Obreras, Diciembre 2006, en (www.juntadeandalucia.es/empleo/car/observatorio/34-derecho-social.europ/doc/Comisiones%20Obreras.pdf). www.juntadeandalucia.es/empleo/car/observatorio/34-derecho-social.europ/doc/Comisiones%20Obreras.pdf

▶ **CEPOLLARO, Giancarlo**, "Aspetti organizzativi", en **SACARPITTI, Giovanna; ZINFARELLI, Delia** (a cura di), *Il telelavoro. Teorie e applicazioni. La destrutturazione del tempo e dello spazio nel lavoro post-industriale*, FrancoAngeli, Milan, 1999.

▶ **CERVANTES, Manuel**, "¿Cuáles son los ahorros que se derivan del teletrabajo y cómo se miden las mejoras de productividad?", Jornadas sobre el teletrabajo "Trabajar y vivir la Red", organizadas por Telefónica I+D, Madrid, 5 de febrero 2004, material multicopiado.

► **CIFRE GALLEGO, Eva**, "Estrategias de mejora de la salud psicosocial del teletrabajador. El arte de conjugar teoría y práctica", *RTYSS* núm. 300, 2000.

► **CIVIT ALAMINOS, Cristina; MARCH MERLOS, Montserrat**, *Implantación del teletrabajo en la empresa*, Gestión 2000, Barcelona, 2000.

► **COLÀS NEILA, Eusebi**, "Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico", en **ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.; ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo** (coord.), *Nuevas tecnologías de la información y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

► **COLINA ROBLEDO, Antonio**, *El salario*, CISS, Valencia, 1995.

► **COMISIÓN EUROPEA**, *La dimensión social y del mercado de trabajo en la sociedad de la información. Prioridad para las personas. Las próximas etapas*, COM (97) 390, de 17 de julio de 1997.

— Libro Verde sobre «Cooperación para una nueva organización del trabajo», [COM (97) 128, abril de 1997].

— "eWork 2001", *Informe de Situación de los Nuevos Métodos de Trabajo en la Economía del Conocimiento*, Bruselas, 2002.

— Libro Verde «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», aprobado el 30 de mayo de 2002, [COM (2001) 366- no publicado en el Diario Oficial].

— Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2002 relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible [COM (2002) 347 final-no publicada en el Diario Oficial].

— Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 22 marzo de 2006, «Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas» [COM (2006) 136 final- no publicada en el Diario Oficial].

► **COMISIÓN MUNDIAL SOBRE DIMENSIÓN SOCIAL DE LA GLOBALIZACIÓN**, Informe final "Por una globalización justa: crear oportunidades para todos", Ginebra, 2004.

► **COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL**, Dictamen sobre el tema "Nuevos conocimientos, nuevos empleos", [DOCE 16 de enero de 2001, C 14/103].

► **CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN Y CIENCIA**, *Plan de Andalucía Sociedad de la Información (2007-2010)*, Diciembre 2006, en www.juntadeandalucia.es.

▶CORREA CARRASCO, Manuel, "La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva", *RDS*, núm. 31, 2005.

▶CRUZ VILLALÓN, Jesús, "La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal", *Revista de Política Social*, núm. 125, 1980.

— "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *RL*, Tomo I, 1992.

— "Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspecto individuales", en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 1999.

— "El trabajo a domicilio. (En torno al artículo 13)", número monográfico, *El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, en *REDT*, 100, 2000

— "El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 desde la perspectiva jurídica", *RL*, núm. 21, 2003.

— "Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.

— "Propuestas para una regulación del trabajo autónomo", *DL*, núm. 73, 2005.

— "Ambiente de trabajo y nuevas técnicas normativas", *RL*, núm. 10, 2006.

— "La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos problemas", *RL*, núm. 27, 2007.

— "Los acuerdos de interés profesional" en CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (coord.), *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.

▶CRUZ VILLALÓN, Jesús; RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, Patrocinio; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.

▶CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.

▶CUADRADO GAMARRA, Nuria, "La protección de datos en el ámbito laboral", *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 20, 2004.

▶D'ANTONA, Massimo, "Subordinación y cambios en el derecho laboral", *Debate Laboral*, núm. 4, 1989.

► **DE ANDRÉS GILS, Juan José; OLANO OCÁRIZ, Manuel; LETE MURUGARREN, Ana**, *Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, MTAS, Madrid, 2001.

► **DE LA HAZA, Pilar**, "Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1988.

► **DE LA PUEBLA PINILLA, Ana**, "El régimen jurídico de la contratación laboral entre abogados (Comentario al RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral especial de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, BOE 18 de noviembre de 2006), *RL*, núm. 1, 2007.

► **DE LA VILLA DE LA SERNA, Paula**, "Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria se salud y seguridad, 2002-2006", *RMTAS*, núm. 42.

► **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique**, "Contrato de trabajo a domicilio", en **AAVV**, *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1965.

— *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966.

— "La condición legal del teletrabajador", en **AAVV**, *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución, cómo contratarlo*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999.

— "La relación laboral especial de los abogados. (Comentarios al Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre)", *RTYSS*, núm. 288, 2007.

— "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *REDTSS*, (iustel.com), núm. 14, mayo, 2007.

— "Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea", *RMTAS*, núm. 72, 2008.

► **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, Comentarios a las leyes laborales*, Tomo III, Edersa, 1985.

► **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes** (dirs.), *Los principios del derecho del trabajo*, CEF, Madrid, 2003.

▶ **DE SANDE PÉREZ BEDMAR, María**, "El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo", *RL*, núm. 18, 2007.

▶ **DE VICENTE PACHÉS, Fernando**, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.

— "Seguridad y salud en el teletrabajo", en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

— "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo", *TS*, núm. 157, 2004.

— "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial", en **GARCÍA NINET, José I.** (coord.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, CISS, Valencia, 2005.

▶ **DEL REY GUANTER, Salvador**, "Tratamiento automatizado de carácter personal y contrato de trabajo", *RL*, Tomo II, 1993.

— "Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general", *La Ley*, Tomo I, 1995.

— *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.

— "Algunas consideraciones esenciales del proyecto de Estatuto del Trabajador Autónomo", *DL*, núm. 77, vol. 2, 2006.

— "La prohibición de fumar en los centros de trabajo en la Ley 28/2005: aspectos más relevantes, en **CASAS BAAMONDE, M^a Emilia**; **DURÁN LÓPEZ, Federico**; **CRUZ VILLALÓN, Jesús**, *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.

— (coord.) *La relación laboral especial de los abogados en despachos individuales y colectivos: comentarios al Real Decreto 1331/2006*, La Ley, Madrid, 2007.

— "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia", *RL*, Especial monográfico dedicado al trabajo autónomo, núm. 7/8, 2007.

▶ **DESDENTADO BONETE, Aurelio**, "¿Qué hacer con el derecho del trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial", en **HERNÁNDEZ VITORIA**,

M^a José; TORRES ANDRÉS, Juan Miguel (dirs.), *Derecho laboral del siglo XXI*, Estudios de Derecho Judicial, 118, CGPJ, Madrid, 2007.

► DESDENTADO DAROCA, Elena, *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

► DESSÌ, Ombretta, "Poder directivo y nuevas formas de organización y gestión del trabajo en el ordenamiento jurídico italiano: puesta a disposición, subcontratación y teletrabajo", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.

► DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda, "Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida", en *RIT*, núm. 4, vol. 109, 1990.

► DI NICOLA, Patricio, "Contrattare il telelavoro", *Lavoro e diritto*, núm. 3, 1997.

► DÍAZ ALCARAZ, Ramón, "Coordinación de actividades en el sector de la construcción", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 3, 2005.

► DÍAZ-ARIAS, José Manuel, *El Estatuto del trabajador autónomo*, Deusto, Barcelona, 2008.

► DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996.

► DOMÍNGUEZ PEREJÓN, Carlos, "Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco normativo de la ley de prevención de riesgos laborales", *TL*, núm. 73, 2004.

► DURÁN LÓPEZ, Federico, "Inviolabilidad de la persona del trabajador" en BORRAJO DACRUZ, Efrén, (dir.), *El Estatuto de los trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*. Tomo IV. Arts. 14 a 18, Edersa, Madrid, 1983.

► ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, "El derecho a la intimidad del trabajador. (A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio)", *RL*, núm. 1, 2001.

► ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.

— "Teletrabajo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

► ESPOSITO, Marco, "Salute e sicurezza", en GAETA, Lorenzo; PASCUCCHI, Paolo (dir.), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998.

▶ **ESTEBAN, José Ramón**, "¿Cómo implantar con éxito el teletrabajo? Factores a tener en cuenta; entorno tecnológico y actividades profesionales idóneas". Informe de Telefónica I+D, *La empresa en Red*, Madrid, 2003, p. 89.

▶ **ESTEBAN LEGARRETA, Ricard**, "Teletrabajo y derecho colectivo del trabajo", en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

▶ **EUROPEAN COMMISSION**: "Homeworking on the European Union", *Social Europe*, Suplemento 2/1992.

▶ **FALQUERA i BARÓ, Miquel**, "El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo en la Unión: una preocupante iniciativa", en *IUSLabor* 2/2007.

▶ **FARRIOLS i SOLÁ, Antoni**, "Introducción" en **FARRIOLS i SOLÁ, Antoni**, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006.

▶ **FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio**, *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001.

▶ **FERNÁNDEZ DE VILLALTA, José**, "Teletrabajo y discapacidad. Un debate para el sentido común", en **AAVV**, *Nuevas Tecnologías de la infocomunicación, turismo y teletrabajo*, 2º Congreso de Turismo y Teletrabajo, celebrado en Islantilla los días 25 y 26 de febrero del año 2000, material multicopiado, ISBN: 84-607-0157-3.

▶ **FÉRNANDEZ GONZÁLEZ, Víctor**, "En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial", en **AAVV**, *Lecciones de derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1980.

▶ **FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos**, "Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa", *RL*, 24, 2001.

▶ **FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda**, "Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los trabajadores", *Revista de política social*, núm. 139, 1983.

— "Libertad ideológica y prestación de servicios", *RL*, núm. 7, 1985.

— "El poder disciplinario en la organización de la empresa", *RMTAS*, 23.

— "Formación en materia de prevención de riesgos laborales", en **OJEDA AVILÉS, Antonio**; **ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón**; **RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José** (coords.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

– “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.

– “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el derecho del trabajo: una jurisprudencia «lenta y suave»” (1), *RL*, núm. 4, 2009.

▶ **FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario**, *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975.

– *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Dickinson, Madrid, 1996.

▶ **FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario; PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos**, “Salarios por unidad de obra: los destajos”, en **AAVV**, *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Madrid, 1971.

▶ **FERNÁNDEZ ORRICO, F^o Javier**, “El uso del teletrabajo como relación laboral, y su conexión con la actuación de la inspección de trabajo, a la luz del artículo 18 de la Constitución”, en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

▶ **FERNÁNDEZ VILLARINO, Roberto**, “Dependencia y voluntariedad en el teletrabajo: elementos a debate a propósito de recientes materiales normativos y jurisprudenciales”, en <http://www.comfia.net>

– “La imposición de la aplicación del teletrabajo. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005”, *Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 10, 2005.

– “Propuesta de cláusula en convenios: protocolo de actuación para la práctica de una monitorización con garantías”, <http://www.comfia.net/html/4841.html>

▶ **FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis A.**, “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al artículo 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)”, *REDT*, núm. 82, 1997.

– *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

– “A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: «test de honestidad», telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet”, *TS*, núm. 168, 2004.

▶ **FLAMMIA, Rosario**, "Problema e dibattiti", *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, núm. 5, 1995.

▶ **FRAGALE FILHO, Roberto; JEFFERY, Mark**, "Información y consentimiento" en **JEFFERY, Mark; THIBAUT, Javier; JURADO, Ángel** (coords.), *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, número monográfico, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003.

▶ **GAETA, Lorenzo**, "Prime osservazioni sulla qualificazioni giuridica del «telelavoro»", *Lavoro* '80, 1986.

– *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1993.

– "Il telelavoro: legge e contrattazione" en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 68, 1995, 4.

– "Teletrabajo y derecho: la experiencia italiana", *DL*, núm. 49, 1996.

– "Il regolamento sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni", en *Il lavoro nelle pubblica amministrazioni*, gennaio-agosto, 1999.

– "La nozione", en **GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo; POTI, Ubaldo**, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il sole 24 ore, Milano, 1999.

▶ **GAETA, Lorenzo; MANACORDA, Paola; RIZZO, Renato**, *Telelavoro. L'ufficio a distanza*, Ediese, Roma, 1995.

▶ **GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo** (dirs.), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998.

– "Una riflessione critica sul telelavoro", *Il diritto del mercato del lavoro*, núm. 2, 2001.

– "El teletrabajo en el ordenamiento italiano", *Revista Gallega de Empleo*, núm. 1, 2000.

▶ **GALA DURÁN, Carolina**, "Teletrabajo y sistema de seguridad social", *RL*, núm. 15-16, 2001.

▶ **GALA DURÁN, Carolina; PASTOR MARTÍNEZ, Alberto**, "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva", en **DEL REY GUANTER, Salvador** (dir.); *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005.

▶ **GALIANA MORENO, Jesús M.**, "Orden económico y relaciones laborales: de la flexibilización a la flexiseguridad", *REDT*, núm. 140, 2008.

► **GALLARDO MOYA, Rosario**, *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, Ibidem Ediciones, Madrid, 1998.

— “Sobre la decisión unilateral del empresario y los acuerdos en el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo para imponer el teletrabajo a domicilio”, en *RDS*, núm. 33, 2006.

► **GALVÁN DE GRANDA, José Luis**, “Consideraciones críticas del Reglamento sobre concurrencia de actividades empresariales”, *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 3, 2005.

► **GÁRATE CASTRO, Fº Javier**, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, Madrid, 1984.

► **GÁRATE CASTRO, Fº Javier; CABEZA PEREIRO, Jaime**, *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, MTAS, Madrid, 2003.

► **GARCÍA BLASCO, Juan**, “El salario a tarea”, en **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique** (coord.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993.

► **GARCÍA MURCIA, Joaquín**, “El trabajo atípico en la Jurisprudencia más reciente: notas más destacadas”, *RL*, Tomo I, 1989.

— “Falta de diligencia y trasgresión de la buena fe contractual” (I) y (II), *AL*, Tomo II, 1990.

— (dir.), *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva: estudios de los convenios colectivos de sector (1994-1996)*, CES, Madrid, 1998.

— *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2000.

— “Concepto y estructura del salario (en torno al artículo 26)”, *REDT*, núm. 100, Tomo I, 2000.

— “La problemática «laboral» del trabajo autónomo: unos primeros trazos a partir de la jurisprudencia reciente”, *REDT*, núm. 126, 2005.

— “¿Qué Derecho del Trabajo para el siglo XXI?”, *Base de datos de Aranzadi, BIB 2005\2059*.

— “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en **CASAS BAAMONDE, Mª Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús**, *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.

– “La relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria”, *Derecho y salud*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, extraordinario, 2007.

– “El estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos”, *AL*, núm. 18, 2007.

▶ **GARCÍA MURCIA, Joaquín; MARTÍNEZ MORENO, Carolina**, *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

▶ **GARCÍA NINET, José Ignacio**, “Ordenación del tiempo de trabajo” en **BORRAJO DA CRUZ, Efrén** (dir.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1994.

– “Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías”, en *TS*, núm. 127, 2001.

– “Un análisis jurídico del salario a la luz de la doctrina de los Tribunales: algunos aspectos sustantivos”, en *Revista del poder judicial*, núm. 69, 2003.

– “Sobre el uso del correo electrónico por los sindicatos utilizando los medios de la empresa, o las nuevas tecnologías al servicio de la libertad sindical. El caso COMFIA-CCOO, contra BBVA-Argentaria: del “ius usus inocui” de las nuevas tecnologías”, *TS*, núm. 181, 2006.

– “Acerca del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: (a modo de resumen y avance de algunas cuestiones), en *TS*, núm. 192, 2006.

-“Acerca de la Ley del estatuto del trabajo autónomo (LETA)”, *TS*, núm. 199, 2007.

▶ **GARCÍA NINET, José Ignacio; GARCÍA VIÑA, Jordi**, “El salario”, en **GARCÍA NINET, José Ignacio** (dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los trabajadores (de 1980 a 2005). Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, CEF, Madrid, 2005.

▶ **GARCÍA NINET, José Ignacio; VICENTE PALACIO, Arantzazu**; “La jornada (art. 34 ET)”, en **GARCÍA NINET, José Ignacio** (dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los trabajadores (de 1980 a 2005). (Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil)*, CEF, Madrid, 2005.

– “Derechos y obligaciones”, en **GARCÍA NINET, José Ignacio** (dir.), *Manual de prevención de riesgos laborales*, Atelier, Barcelona, 2005.

▶ **GARCÍA ORTEGA, Jesús; MORENO CÁLIZ, Susana**, “Descanso semanal, fiestas y permisos (Art. 37 ET)”, en **GARCÍA NINET, José Ignacio**, *Salario y tiempo de*

trabajo en el Estatuto de los trabajadores (de 1980 a 2005). Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil, CEF, Madrid, 2005.

► **GARCÍA PERROTE, Ignacio**, "La aplicación práctica del principio de igualdad (algunos pronunciamientos relativamente recientes), en **SALINAS MOLINA, Fernando**; **MOLINER TAMBORERO, Gonzalo** (dirs.), *La protección de los derechos fundamentales en el orden social*, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. XXI, CGPJ, 2003.

— "El control empresarial del uso por el trabajador del ordenador", *IL Jurisprudencia*, núm. 11, 2008.

► **GARCÍA RUBIO, María Amparo**, "Presunción de no laboralidad y promoción de trabajo independiente: la experiencia francesa", *RL*, núm. 18, 1996.

— *La inspección de trabajo y seguridad social: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

► **GARCÍA SALAS, Ana Isabel**, *Directivos y mandos en materia de seguridad y salud en el Trabajo*, CARL, Sevilla, 2004.

► **GARCÍA SEDANO, Javier A.**, "Intranets wireless: colaboración y teletrabajo desde terminales móviles", *Iworld*, núm. 45, 2002, (www.idg.es/world)

► **GARCÍA SERRANO, Ana**; **PEDROSA ALQUÉZAR, Isabel**, *Vigilancia de la salud de los trabajadores: aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, La Ley, Madrid, 1999.

► **GARCÍA VALVERDE, M^a Dolores**, "Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: el servicio del hogar familiar" en **AAVV**, *La ley de Prevención de Riesgos Laborales*, XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, Sevilla, 1997.

— "La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El "juego" de la normativa civil y penal", *Revista de derecho privado*, núm. 89, vol. 6, 2005.

► **GARCÍA VIÑA, Jordi**, "La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario", *AS*, Tomo V, 2000.

— *La buena fe en el contrato de trabajo: especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001.

— "Relaciones laborales e Internet", en *RTYSS*, núm. 223, 2001.

► **GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.**, "El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, núm. 6957, 2008.

▶ **GARILLI, Alessandro; BELLAVISTA, Alessandro**, "Innovaciones tecnológicas y Estatuto de los Trabajadores: los límites de los poderes del empresario entre la tutela individual y colectiva (artículos 4-9-13), en **AAVV**, *El Estatuto de Trabajadores italiano: veinte años después*, MTSS, 1992.

▶ **GARRIDO FALLA, Fernando**, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edic. ampliada, Civitas, Madrid, 2001.

▶ **GARRIDO PÉREZ, Eva**, *La información en la empresa: Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, CES, Madrid, 1995.

— *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

▶ **GIACCI, G.**, "Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari", *Politica del Diritto*, núm. 4, 1991.

▶ **GIANNINI, Mirella** (dir.), *Telelavoro tra immaginario e realtà. Buone pratiche e rogolazione nelle imprese*, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2006.

▶ **GIL y GIL, José Luis**, *Principio de buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003.

▶ **GOERLICH PESET, José María**, "La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: configuración general", en **AAVV**, *La relación laboral especial de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

▶ **GOLDIN, Adrián O.**, "Las fronteras de la dependencia", *RL*, núm. 19, 2002.

▶ **GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás**, *La vigilancia de la salud en el centro de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003.

▶ **GÓMEZ MILLÁN HERENCIA, M^a José**, "Incidencia del Real Decreto 696/007 en la contratación laboral de los profesores de religión católica", *RL*, núm. 17, 2007.

▶ **GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel**, *Las jornadas especiales de trabajo: (la jornada de trabajo en los transportes terrestre y aéreo, trabajo en el campo y el mar)*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

— "Algunas cuestiones de actualidad relativas al Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (RDJE), en **APARICIO TOVAR, Joaquín; LÓPEZ GANDÍA, Juan** (coords.), *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.

- **GÓMEZ OREA, Manuel**, "El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo", en *RL*, Tomo I, 1991.
- **GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo**, *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- **GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio**, "El teletrabajo (Acuerdo marco de 16 de julio de 2002)", en **GARCÍA MURCIA, Joaquín** (dir.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea*, MTAS, Madrid, 2005.
- **GONZÁLEZ MEDINA, M^a Dolores**; **LÓPEZ AHUMADA, José**, "El teletrabajo y la privacidad del trabajador", en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.
- **GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago**, "La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo", en **ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón**; **ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo** (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- **GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago**; **APARICIO TOVAR, Joaquín**, *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, Trotta, Madrid, 1996.
- **GONZÁLEZ VILLANUEVA, Francisco**, "La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores", *AL*, nº 11, 2003.
- **GOÑI SEIN, José Luis**, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.
- "Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", en *RDS*, núm. 5, 1999.
- "Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad", *RDS*, núm. 32, 2005.
- *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007.
- "Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio", en **AAVV**, *El estatuto básico del empleado público*, Ponencia temática primera, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz 29 y 30 de mayo de 2008, Laborum, Murcia, 2008.

▶ **GORELLI HERNÁNDEZ, Juan**, "Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo", en **OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a JOSÉ** (coords.), *La prevención de riesgos laborales: aspectos claves de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

— "La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral", *TS*, núm. 198, 2007.

▶ **GOTTARDI, Donata**, "Telelavoro", Estratto dal Digesto. Discipline Privatistiche-Sezione Commerciale. Aggiornamento, UTET, 2003.

▶ **GRAY Mike; HODSON, Noel; GORDON, Gil**, *El Teletrabajo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995.

▶ **GUTIÉRREZ-SOLAR, Beatriz; LAHERA FORTEZA, Jesús**, "Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo", en **CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL RÉ, Fernando**, *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.

▶ **HERNÁNDEZ, Juan**, "Las empresas transnacionales españolas en América Latina. Los códigos de conducta como sistemas atípicos de regulación de las relaciones laborales", *Lan Harremanak Revista de relaciones laborales*, núm. 14, 2006.

▶ **HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro**, "Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo", *RL*, núm. 21, 2003.

▶ **HIERRO HIERRO, Francisco Javier**, "Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)", *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Vol. VI, núm. 119 (73), 2002. (<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119-73.htm>)

▶ **HUERTAS BARTOLOMÉ, Tebelia**, *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral: un estudio sobre la relación laboral especial contemplada en el artículo 2º 1.f) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Tecnos, Madrid, 1991.

▶ **IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa**, *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— "Teletrabajo y prevención de riesgos laborales: problemas y propuestas de soluciones", en **AAVV**, *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

— "Contrato de trabajo en grupo", en **CARDENAL CARRO, Miguel** (coord.), *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001.

— *Compendio de prevención de riesgos laborales*, Laborum, Murcia, 2004.

— “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, *AL*, núm. 22, 2007.

— *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2008.

▶ **IGLESIAS CABERO, Manuel**, “El complemento extrasalarial de las indemnizaciones o suplidos”, en **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique** (Coord.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993.

— *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Civitas, Madrid, 1994.

▶ **IVANCEVICH, John M.; KONOPASKE, Robert; MATTESON, Michael** *Comportamiento organizacional*, McGraw Hill, México, 2006.

▶ **IZQUIERDO CARBONERO, Francisco J.**, *El Teletrabajo*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad SA, Barcelona, 2006.

▶ **JEFFERY, Mark**, “Introducción”, en **JEFFERY, Mark; THIBAUT, Javier; JURADO, Ángel**, *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, Monográfico, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003.

— “¿Carta Blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad”, <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0109042/jeffery>

▶ **JOVER RAMÍREZ, Carmen**, *La incapacidad temporal para el trabajo: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, TOL 818.375.

▶ **JUANES FRAGA, Enrique**, “Derecho al salario sin prestación de servicios”, en **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique** (coord.), *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993.

▶ **KLAMMER, Ute**, “Flexiseguridad: perspectiva europea”, *RMTAS*, número extraordinario 1, 2007.

▶ **KOLM, Paul**, “Estudio del caso de IBM Austria”, en <http://www.telework-mirti.org>.

▶ **LAFONT NICUESA, Luis**, “El teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador”, *IL, Legislación y convenios colectivos*, núm. 9, 2004.

▶ **LAGUNA MILLÁN, M^a José**, *Salud laboral y calidad en el trabajo: ventaja estratégica en un modelo de gestión de calidad total*, Federación de Comunicación y Transportes de CC.OO. Madrid, 2005.

▶ **LAI, Marco**, "Telelavoro e disciplina prevenzionistica", en *Diritto e pratica del lavoro*, núm. 4/2003.

▶ **LANTARÓN BARQUÍN, David**, "Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica", *RL*, núm. 9, 2008.

▶ **LAULOM, Sylvaine**, "El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad", Especial monográfico, *RL*, núm. 15-16, 2007.

▶ **LEHMANN, Alfred**, Estudio del caso Econsult Manager Consultant, en www.telework-mirti.org.

▶ **LEONÉS SALIDO, José Manuel**, "Razones urgentes para una regulación del teletrabajo en España", *AJA*, núm. 431, 2000.

▶ **LEPORE, Michele**, "La sicurezza e la tutela della salute dei telelavoratori: L'Accordo europeo del 16 luglio 2002", *Argomenti di diritto del lavoro*, núm. 3, 2002.

▶ **LLOBERA VILA, Mireya**, "La liberalización de los servicios en el mercado interior: Directiva Bolkestein", subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores", *RDS*, núm. 36, 2006.

▶ **LO FARO, Antonio**, "Politiche comunitarie e diritto internazionale", en **GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo**, *Telelavoro e diritto*, G.Giappichelli Editore, Torino, 1998.

▶ **LOPERA CASTILLEJO, M^a José**, *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, MTSS, Madrid, 1990.

▶ **LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo**, *Evolución normativa de los descansos laborales: primer centenario de la promulgación de la Ley del descanso dominical de 1904*, MTAS, Madrid, 2004.

— "El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección", en **ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.

— "La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral", *RGDTSS*, núm. 14, 2007 (www.iustel.com).

▶ **LÓPEZ GARCÍA, Pedro**, *Teletrabajo: una visión diferente*, Ediciones GPS, Madrid, 2007.

▶ **LÓPEZ PARADA, Rafael A.**; "Las nuevas condiciones de trabajo y el lugar de prestación de servicios", en **SERNA CALVO, M^a del Mar** (dir.), *Derecho Social y Nuevas Tecnologías, Cuadernos de derecho judicial*, núm. XV, CGPJ, Madrid, 2005.

– “Informática, productividad y salud laboral”, en [ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón](#); [ESTEBAN LAGARRETA, Ricardo](#) (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.

▶ [LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M^a Piedad](#), “Nueva estrategia comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo (2002-2006)”, *IL, Legislación y convenios colectivos*, núm. 12, 2003.

▶ [LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.](#), *Permisos y licencias de los funcionarios públicos: adaptada a la Ley 7/2007, Estatuto básico del empleado público*, Aranzadi, Navarra, 2007.

▶ [LOY, Gianni](#), “Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI»”, *Especial monográfico, RL*, núm. 15-16, 2007.

– “El dominio ejercido sobre el trabajador”, *Especial monográfico, RL* núm. 19-20, octubre 2005.

▶ [LOZANO LARES, Francisco](#), “Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad a través del poder disciplinario del empresario”, *TL*, núm. 50.

▶ [LUJÁN ALCARAZ, José](#), *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del derecho del trabajo*, MTSS, Madrid, 1994.

– “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, *AS*, Tomo V, 2000.

– “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, *AS*, núm. 3, 2001.

– “Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, *AS*, núms. 7-8, 2003.

– “La participación retributiva de los trabajadores en la empresa”, en [APARICIO TOVAR, Joaquín](#) (coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.

– “Dobles escalas salariales”, *AS*, núm. 11, 2005.

– “Ámbito subjetivo”, en [LUJÁN ALCARAZ, José](#), *El estatuto del trabajo autónomo: análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

– “Introducción”, en [LUJÁN ALCARAZ, José](#), *El estatuto del trabajo autónomo: análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

– “Flexiguridad”, en AS, núm. 16, 2008.

▶ **LUQUE PARRA, Manuel**, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.

▶ **MACÍAS VÁZQUEZ, M^a del Carmen**, “La inspección de trabajo: institución garante de los derechos humanos laborales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 6, 2008.

▶ **MAGNO, Pietro**, “Il “luogo” nel telelavoro”, *Il Diritto del lavoro*, núm. 6, 1996.

▶ **MAGRO SERVET, Vicente**, “Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro”, *Diario La Ley*, núm. 5479, de 11 febrero 2002.

▶ **MANTECA VALDELANDE, Víctor**, “Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites”, *AJA*, núm. 749, 2008.

▶ **MAP**, *Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado*, septiembre de 2006, www.map.es

▶ **MARCHAL ESCALONA, Nuria**, “Lugar en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana”, *Diario La Ley*, núm. 5986, 30 de marzo de 2004.

▶ **MARÍN ALONSO, Inmaculada**, “La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general”, *AS*, núm. 1, 2001.

– “El correo electrónico como manifestación del art. 18. 3 CE en el ámbito de la empresa: supervivencia de la configuración del derecho pese al poder de dirección del empresario”, Comunicación presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Sevilla 4 y 5 de diciembre de 2003, material multicopiado.

– *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

▶ **MARÍN ALONSO, Inmaculada**; **GORELLI HERNÁNDEZ, Juan**, *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001.

▶ **MARÍN CORREA, José María**, “Profesores de Religión en centros de enseñanza públicos (a propósito del RD 696/2007, de 1 de junio)”, *AL*, núm. 16, 2007.

▶ **MARTÍN FLÓREZ, Lourdes**, “Outsourcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo”, *REDT*, núm. 71, 1995.

► **MARTÍN VALVERDE, Antonio**, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", en **AAVV**, *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTAS, 1990.

– "Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", *RMTAS*, núm. 38, 2002.

► **MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín**, *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008.

► **MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes**, "Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma", en *RTYSS*, núm. 273, 2005.

► **MARTÍNEZ FONS, Daniel**, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002.

– *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

– "Tratamiento y protección de datos de los trabajadores en la relación de trabajo", en **SERNA CALVO, M^a del Mar** (dir.), *Derecho social y nuevas tecnologías, Cuadernos de derecho judicial*, XV-2004, CGPJ, Madrid 2005.

– "El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa", en **DEL REY GUANTER, Salvador** (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005.

► **MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón**, "Los nuevos sistemas de comunicación electrónica y la representación colectiva de los trabajadores en la empresa (a propósito de la STS 26 noviembre 2006)", en **FALQUERA BARÓ, Miguel Ángel** (dir.), *Derecho colectivo, Cuadernos de derecho judicial*, III-2003, CGPJ, Madrid, 2003.

► **MARTÍNEZ GAYOSO, M^a Nieves**, "Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa", *TS*, núm. 203, 2007.

► **MARTÍNEZ LÓPEZ, F^o José; LUNA HUERTAS, Paula; INFANTE MORO, Alfonso; MARTÍNEZ LÓPEZ, Luis**, "Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"; *RL*, núm. 12, 2003.

► **MARTÍNEZ LÓPEZ, F^o José; LUNA HUERTAS, Paula; ROCA PULIDO, Juan Carlos**, "El teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea", *RL*, núm. 18, 2001.

▶ **MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; RUIZ FRUTOS, Carlos; GARCÍA ORDAZ, Mercedes**, "Teletrabajo: seguridad y salud sin importar la distancia", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 45, 2008.

▶ **MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard**, "Vida privada y tecnologías de la información en el entorno laboral", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 9, 2005 (3).

— "Secreto de las comunicaciones v. protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la Sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional Español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos", BIB 2008\2396, www.aranzadi.es.

▶ **MARTÍNEZ MORENO, Carolina**, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994.

▶ **MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Ángel; PÉREZ PÉREZ, Manuela; DE LUIS CARNICER, M^a del Pilar; VELA JIMÉNEZ, María**, "Análisis del impacto del teletrabajo en el medio ambiente urbano", *Boletín Económico de ICE*, núm. 2753, 2003.

▶ **MASSI, Eufrasio**, "Il telelavoro nelle piccole e medie imprese", *Diritto e pratica del lavoro*, núm. 38, 2001.

▶ **MATEO, José Manuel**, "Presente y futuro del teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación", *AEDIPE*, núm. 13, 2000.

▶ **MATEU CARRUANA, M^a José**, "Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador", en *TS*, núm. 169, 2005.

▶ **MATIA PRIM, Javier**, "Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva", en *AAVV, Lecciones de Derecho del Trabajo, en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1980.

▶ **MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana**, "La dimensión económica de la regulación convencional del tiempo de trabajo, descansos y permisos", en **MERCADER UGUINA, Jesús R.** (dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2005.

— *Las percepciones extrasalariales: (estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicable)*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

▶ **MELLA MÉNDEZ, Lourdes**, "Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo", *AS*, núm. 11, 1998.

– “Notas sobre la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo”, en [AAVV](#), *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo, MTAS, Madrid, 2000.

– “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *RL*, núm. 1, 2003.

– “Tempo de traballo e novas tecnoloxías”, en [AAVV](#), *A ordenación do tempo de traballo*, CGRL, Santiago de Compostela, 2004.

▶ [MEMBIELA LORENZO, Juan B.](#), “Notas sobre el nuevo régimen disciplinario de los empleados públicos en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público”, *AJA*, núm. 745, 2008.

▶ [MERCADER UGUINA, Jesús](#), *Modernas tendencias en la ordenación salarial: la incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

– “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *RL*, núm. 10, 2001.

– *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

– “Retribución variable y cambios productivos”, en [APARICIO TOVAR, Joaquín](#) (coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.

▶ [MERCADER UGUINA, Jesús R.](#); [DE LA PUEBLA PINILLA, Ana](#), “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *RL*, núm. 20, 2007.

▶ [MERCADER UGUINA, Jesús](#); [MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo](#), “Retribución variable y gestión del rendimiento”, en [ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo](#) (coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

▶ [MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Ángel](#), “Sobre la determinación del lugar de trabajo habitual como foro de competencia en el convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1986”, *Diario la Ley*, núm. 5836, 31 de julio de 2003.

▶ [MIGUÉLEZ LOBO, Faustino](#), “Flexiseguridad, bienestar y cohesión social”, *RMTAS*, número extraordinario 1, 2007.

▶ [MIÑARRO YANINI, Margarita](#), “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y a sus límites”, en [GARCÍA NINET, José I.](#) (coord.), *El control empresarial en el ámbito laboral*, CISS, Valencia, 2005.

▶ **MOLERO MANGLANO, Carlos**, *Estructura y desarrollo del contrato de trabajo (Tomo III). Contratos especiales*, UPC, Madrid, 1990.

▶ **MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa**, "Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores", *RL*, núm. 23-24, 2006.

▶ **MOLINA MARTÍN, Amparo; ESPÍN SAEZ, Maravillas; NIETO ROJAS, Patricia**, "Complementos salariales por mayor trabajo realizado y complementos vinculados a resultados de la empresa", en **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

▶ **MOLINA NAVARRETE, Cristóbal**, "Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales", *RL*, Tomo I, 1992.

– "Aspectos laborales del estatuto básico del empleado público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos", *RTYSS*, núms., 293-294, 2007.

– "Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo", *RTYSS*, núm. 295, 2007.

▶ **MOLTÓ GARCÍA, Juan Ignacio**, "La reforma del art. 43 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: su insuficiencia para la actuación efectiva de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cesión de trabajadores", *TS*, núm. 204, 2007.

▶ **MONEREO ATIENZA, Cristina**, "La contratación de profesores de religión: control jurisdiccional de la declaración de idoneidad eclesiástica a raíz de la violación de los derechos fundamentales del trabajador (comentario a la STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007)", *TS*, núm. 202, 2007.

▶ **MONEREO PÉREZ, José Luis**, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

– "La estructura del salario", en **AAVV**, *El nuevo régimen jurídico del salario. Comentarios a las leyes laborales.*, Edersa, Madrid, 1994.

– *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

– "Artículo 64 ET", en **MONEREO PÉREZ, José Luis** (dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.

– *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997. (La gran transformación: la política salarial en el nuevo paradigma de organización industrial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

– (dir.) *La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural*, MTAS, Madrid, 2003.

– “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, *AS*, núm. 19, 2007.

▶ **MONEREO PÉREZ, José Luis; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio**, “Las funciones de la autonomía colectiva en el escenario post-industrial”, en *RGDTSS*, núm. 5, marzo, 2004, en (www.iustel.com).

– “Para una crítica del modelo de «flexiseguridad» liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social (primera parte)”, *TS*, núm. 206, 2008.

▶ **MONEREO PÉREZ, José Luis; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan**, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Comares, Granada, 2009, p. 194.

▶ **MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, M^a Nieves**, *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

▶ **MONREAL BRINGSVAERD, Eric**, “El cómputo del tiempo de trabajo”, *REDT*, núm. 128, 2005.

– “El cómputo del tiempo de trabajo. A propósito de la TS 3^a S 16 Dic. 2008 sobre la duración de la jornada de los abogados”, *Diario La Ley*, núm. 7149, Sección Tribuna, del 3 al 5 de abril, 2009.

▶ **MONTEBLANCO MONTESINOS, Santiago**, “La utilización de pantallas de visualización en el trabajo: seguridad y salud”, en *AL*, núm. 11, 2000.

▶ **MONTOYA MELGAR, Alfredo**, *El poder de dirección del empresario*, Ed. Instituciones de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

– “La protección constitucional de los derechos laborales”, en *AAVV, Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución: ponencias presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

– “Dirección y control de la actividad laboral”, en **BORRAJO DACRUZ, Efrén**, *El Estatuto de los Trabajadores: arts. 19 a 25*, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1985.

– “Teletrabajo: modelos contractuales de la prestación de servicios”, en **AAVV**, *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo*, Colección Fórum Universidad-Empresa, Madrid, 1999.

– “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del Trabajo”, en [CRUZ VILLALÓN, Jesús](#), (edi.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

– “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, *RMTAS*, núm. 23, 2000.

– *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.

– “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, *REDT*, núm. 109, 2002.

– “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en [PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco](#) (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

– *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006.

– “El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales”, *AS*, núm. 3, 2006.

– “Sobre globalización, «flexiguridad» y estabilidad en el empleo”, *AS*, núm. 6, 2008.

– “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, *RL*, núm. 5-6, 2009, p. 38.

▶ [MONTOYA MELGAR, Alfredo](#); [GALIANA MORENO, Jesús M.](#); [SEMPERE NAVARRO, Antonio V.](#); [RIOS SALMERÓN, Bartolomé](#), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

▶ [MONTOYA MELGAR, Alfredo](#); [PIZÁ GRANADOS, Jaime](#), *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

▶ [MORALO GALLEGO, Sebastián](#), “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, en [FALQUERA BARÓ, Miguel Ángel](#) (dir.), *Derecho colectivo, Cuadernos de Derecho Judicial*, III-2003, CGPJ, Madrid, 2003.

▶ [MORÁN, José Manuel](#), “Del teletrabajo a la empresa virtual. (El futuro del trabajo en la sociedad digital)”, *RMTAS*, núm. 11, 1998.

▶ [MORENO CÁLIZ, Susana](#), “Análisis de la reforma de las enfermedades profesionales: virtudes y deficiencias”, *TS*, núm. 203, 2007.

▶ [MORENO CÁLIZ, Susana](#); [MARTÍN ALBA, Sonia](#), “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, *AS*, Tomo V, 2004.

- **MORENO MÁRQUEZ, Ana**, "Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones", *RCE*, núm. 58, 2005.
- **MORGADO PANADERO, Purificación**, "El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)", *AL*, núm. 16, 2004.
- **MORILLO BALADO, Rosario D.**, "El sistema de clasificación profesional y salarios", en **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- **MUÑOZ CONDE, Francisco**, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- **MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael** (dir.), *Nuevos tiempos de actividad y empleo*, MTAS, Madrid, 2003.
- **MUÑOZ RUIZ, Ana Belén**, "Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva", en **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- **NARANJO DE LA CRUZ, Rafael**, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- **NAVARRO NIETO, Federico**, "El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva", *TL*, núm. 75, 2004.
- **NIETO ROJAS, Patricia**, "La evaluación del desempeño. Una herramienta básica para la gestión de la carrera profesional de los empleados públicos", Comunicación a la Ponencia Temática II, XIX Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo 2008, *El Estatuto básico del empleado público*, material multicopiado.
- **NILLES, Jack**, *The telecommunications-transportation tradeoff, Optins for tomorrow and today*, Jala Internacional, California, 1973.
- **NOGAREDA CUIXART, Clotilde**, "Teletrabajo: criterios para su implantación", en <http://www.mtas.es/insht/ntp—412.htm>.
- **NOGLER, Luca**, "Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro", *Rivista quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 21, 1998.
- Trabajo a domicilio. Art. 2.118, en **SCHLESINGER, Piero** (dir.), *Il codice civile commentario*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

▶ **OIT**, *Las tecnologías de la información en las industrias de los medios de comunicación y del espectáculo. Sus repercusiones en el empleo, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales*, Ginebra, 2000

▶ **OJEDA AVILÉS, Antonio**, "Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo", *RL*, Tomo I, 1988.

– "Las relaciones laborales especiales una perspectiva unitaria", *RL*, Tomo I, 1990.

– "Los límites del paradigma laboral en la función pública", *RL*, Tomo I, 1991.

– "Negociación colectiva y trabajadores desplazados. Comentarios a la Directiva 96/71/CE", *AS*, Toma V, 1997.

– *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 2003.

– "Conclusiones: hacia un tratamiento conjunto de los trabajadores atípicos en materia de seguridad social", en **OJEDA AVILÉS, Antonio** (dir.), *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003.

– "El contrato de trabajo a tiempo parcial", en **OJEDA AVILÉS, Antonio** (coord.), *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003.

– "Aspectos laborales de las redes de empresas", *REDT*, núm. 125, 2005.

– "Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa", *RDS*, núm. 35, 2006.

– "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", *TS*, núm. 195, 2007.

– "La genealogía del contrato de trabajo", *REDT*, núm. 135, 2007.

– "Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades del contrato", *TS*, núm. 207, 2008.

– "Sostenibilidad de la Seguridad Social, standards internacionales y competencia desleal", *REDT*, núm. 137, 2008.

– "Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación posible?", *TS*, núm. 217, 2009.

– "La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del Autónomo", *AS*, núm. 4, 2009.

- **OJEDA AVILÉS, Antonio; COMPA, Lance**, "Globalización, Class Actions y Derecho del Trabajo", *RL*, núm. 15-16, 2002.
- **OJEDA AVILÉS, Antonio; IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa**, "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes", *RMTAS*, núm. 73, págs. 151 a 153.
- **OJEDA AVILÉS, Antonio; SAMPEDRO CORRAL, Mariano; SAMPEDRO CORRAL, M^a del Carmen; HURTADO GONZÁLEZ, Luis**, *Legislación de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2007.
- **OLIVEROS, José Manuel**, "Situación del teletrabajo en España: una visión personal", en *AAVV, Teletrabajo: dimensión social y laboral*, CCOO Andalucía, Sevilla, 2006.
- **ORELLANA CANO, Ana María**, "El régimen jurídico del trabajador autónomo en el nuevo estatuto", *Diario La Ley*, núm. 6827, 23 de noviembre de 2007, en (www.laley.net).
- **ORTIZ CHAPARRO, Francisco**, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- **OZAMIZ, Agustín J.**, *El significado del trabajo en la sociedad informatizada. Reflexiones sobre la incidencia de la salud mental en las empresas del conocimiento*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.
- **PACIFICI, Giorgio; NASTASI, Teresa**, *Il manuale del telelavoro per la piccola e media impresa*, Franco Angeli, Roma, 1999.
- **PADILLA MELÉNDEZ, Antonio**, *Teletrabajo. Dirección y organización*, Ra-Ma, Madrid, 1998.
- **PALOMAR OLMEDA, Alberto**, "Derecho a la carrera y promoción interna", en **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- **PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C.**, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", *AL*, núm. 4, 1992.
- "La función y la refundición del Derecho del Trabajo", *RL*, núm. 13, 2000.
- "La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)", en *REDT*, núm. 133, 2007.

▶ **PEDRAJAS MORENO, Abdón**, "A propósito del carácter funcional del complemento del puesto de trabajo", *AL*, núm. 4, Tomo I, 1987.

▶ **PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel**, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral: regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, CES, Madrid, 2005.

▶ **PELAGGI, Luigi**, "Il telelavoro: difficoltà di classificazione e possibili intervento legislativi", *Lavoro e relazioni industriali*, núm. 2, 1998.

▶ **PELES, Slavenka**, "Las cuestiones jurídicas planteadas en Bélgica por el teletrabajo a domicilio", *Trabajo y Sociedad*, vol. 11, núm. 1, 1986.

▶ **PENNINGS, Frans**, *The social security position of teleworkers in the European Union*, European Foundation for Improvement of Living and Working Conditions, WP/97/27/EN.

▶ **PEQUERA POCH, Miguel** (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Editorial UOC, Barcelona, 2005.

▶ **PÉREZ BILBAO, Jesús**; **SANCHO FIGUEROA, Tomás**; **NOGAREDA CUIXART, CLOTILDE**, NTP 412: Teletrabajo: criterios para su implantación, en <http://www.mtas.es/insht/ntp-412.htm>.

▶ **PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel**, "Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos", *RMTAS*, núm. 53, 2004.

▶ **PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco**, *Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

— "Filialización. Grupos de empresa", en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS; Madrid, 2000.

— "La descentralización productiva y libertad de empresa", en **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco** (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

— "La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica", *RL*, Tomo I, 2005.

— "El sindicato ante las transformaciones económicas y sociales", *REDT*, núm. 134, 2007.

— "La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro", *Diario La Ley*, núm. 6895, 2008.

– “El uso sindical de los medios informáticos en la empresa”, *RL*, núm. 5-6, 2009.

▶ **PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco**; **THIBAUT ARANDA, Javier**, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, MTAS, Madrid, 2001.

– “El Teletrabajo y la Seguridad Social”, en **OJEDA AVILÉS, Antonio**, *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo: las carreras de seguro atípicas*, MTAS, Madrid, 2003.

– “El uso laboral del ordenador y la buena fe (a propósito de la STS de 26 de septiembre de 2007, rec. 966/2006), *RL*, núm. 6, 2008.

▶ **PÉREZ GUERRERO, M^a Luisa**; **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel**, “El artículo 43 del Estatuto de los trabajadores: empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *RMTAS*, núm. 58, 2005.

▶ **PÉREZ PÉREZ, Manuel**, “Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos”, *RL*, Tomo I, 1988.

▶ **PERULLI, Adalberto**, “El trabajo a proyecto entre problema y sistema”, *DL*, núm. 71, vol. II, 2004.

▶ **PIMENTEL, Manuel**, “Globalización económica y cambio tecnológico”, en **CASADO ORTIZ, Rafael** (coord.), *Trabajar en la sociedad de la información. El teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1999.

▶ **PINILLA GARCÍA, Javier**, “Estrés laboral, un riesgo universal. Medida y dimensión del problema en los centros de trabajo en España”, *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 0, 2004.

▶ **PIÑAR MAÑAS, José Luis**, “Protección de datos y relaciones laborales”, en **FARRIOLS i SOLÁ, Antoni** (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006.

▶ **PIZZI, Paolo**, “Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro”, *Rivista giuridica del lavoro*, 1997-I.

– *Il telelavoro nei settori privato e pubblico*, Buffetti Editore, Roma, 1999.

▶ **PONTRANDOLFI, Fabio**, “Il telelavoro. Profili della sicurezza e del controllo a distanza e prime applicazioni pratiche”, en *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1999-II.

▶ **POVES PAREDES, Javier**; **CARRO ESTRADÉ, David**, “Teletrabajo e inserción laboral: hacia el cambio de paradigma”, *RMTAS*, núm. 11, 1998.

- ▶ **PRATS ALBENTOSA, Lorenzo**, "El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Diario La Ley*, núm. 6978, 30 de junio 2008.
- ▶ **PUJOLAR, Olivier**, "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.
- ▶ **PURCALLA BONILLA, Miguel A.**, "Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico", en *AS*, Tomo V, 1997.
- "La relación laboral especial de los abogados", *TS*, núm. 193, 2007.
- ▶ **PURCALLA BONILLA, Miguel A.; BELZUNEGUI ERASO, Ángel**, "Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo", *AS*, núm. 18, 2003.
- ▶ **QUERALT, Joan Joseph**, "La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos: especial referencia a la de las empresas", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 30, 1990.
- ▶ **QUESADA SEGURA, Rosa**, *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991.
- ▶ **RABANAL CARBAJO, Pedro**, "Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo", en *AL*, núm. 16, 2006.
- ▶ **RAMÍREZ BERASATEGUI, Javier**, "La protección de datos como un derecho fundamental de todo ser humano" en **FARRIOLS i SOLÁ, Antoni** (dir.), *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, SA, Madrid, 2006.
- ▶ **RAMÍREZ MÁRTINEZ, Juan M.; ALFONSO MELLADO, Carlos L.**, *El salario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ▶ **RAMOS DÍAZ, Javier**, "Flexiguridad: ¿La alternativa europea?", ponencia presentada en la XXIV Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Islantilla (Huelva), noviembre de 2005, en (www.uhu.es/dam/dtss/jornadas/conferencia—javier—ramos.pdf); en relación con el Informe Wimkok 2003-2005.
- ▶ **RICCI, Giancarlo**, "I tempi gli orari. Il trattamento economico, en **GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo; POTTI, Ubaldo**, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il sole 24 Ore, Milano, 1999.
- ▶ **RIVAS, Javier** (dir.), "Actos desleales de trabajadores usando sistemas informáticos e internet". Informe elaborado por Landwell-PwC (www.landwellglobal.com/es), *RL*, núm. 21, 2004.

►RIVERO LAMAS, Juan, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo 1999, MTAS, 2000.

– "El teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2001, Monografía (IV).

– "El trabajo en la sociedad de la información", AS, núm. 16, 2001.

– "El teletrabajo en España. (En el contexto de la innovación tecnológica y de la empresa innovadora)", en AAVV, *Innovación y empresa innovadora: aspectos económicos y jurídicos*, 2001, Universidad de Zaragoza, Huesca, 2001.

– "Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional", en MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.), *El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, MTAS, Madrid, 2003.

►ROCA PULIDO, Juan Carlos; MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José; RÍOS MARTÍN, Miguel Ángel, "Impacto del teletrabajo en la dirección y comunicación de las organizaciones del sector TIC", *Cuadernos de Estudios Empresariales*, vol. 16, 2006.

►RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, José, *El salario a rendimiento: un estudio jurídico de la organización del trabajo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.

►RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "Vigilancia y control en la relación de trabajo", FARRIOLS i SOLÀ, Antoni, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2006.

►RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, "Dirección IP, IMSI e intervención judicial de las comunicaciones electrónicas", *Diario La Ley*, núm. 7086, 2009.

►RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo, *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

►RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, MTAS, Madrid, 1992.

– "La huida del Derecho del Trabajo", RL, Tomo I, 1992.

– *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

– "El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE", RL, Tomo II, 1999.

– (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2001.

– “Los derechos on-line de trabajadores y sindicatos: Algunas reflexiones al hilo del convenio colectivo de Telefónica”, *Capital Humano*, núm. 149, 2001.

▶ **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; LÁZARO SÁNCHEZ, José Luis**, “Hacia un tratamiento integrado de la comunicación electrónica no profesional”, en **DEL REY GUANTER, Salvador** (dir.), *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005.

▶ **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel**, “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, *RL*, Tomo I, 1986.

– “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en **CRUZ VILLALÓN Jesús**, (edi.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

– “Buena fe y ejercicio de poderes empresariales”, *RL*, Tomo III, 2003.

– “Poder de dirección y derecho contractual”, en **ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo** (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.

– “Una nueva iniciativa comunitaria sobre responsabilidad social de las empresas”, *RL*, núm. 11, 2006.

– “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, especial monográfico, *RL* núm. 15-16, 2007.

– “La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos”, *Diario La Ley*, núm. 6605, 5 de diciembre de 2006.

– “La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos”, en *RL*, núm. 1, 2007.

– “De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador”, *RL*, núm. 10, 2008.

▶ **RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José**, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1995.

– “La coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales en caso de contratas o subcontratas de obras o servicios: el reparto de obligaciones

entre las empresas concurrentes", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 3, 2005.

— "La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales", *RGDTSS*, núm. 15, 2007, iustel.com.

► **RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan; VÍLCHEZ PORRAS, Maximiliano**, *Sistema de seguridad social*, Tecnos, Madrid, 2007.

► **RODRÍGUEZ RAMOS, M^a José; PÉREZ BORREGO, Gregorio**, "Grupos especiales de riesgo en la Ley de prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995", en **OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a JOSÉ** (coord.), *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

► **RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín**, *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.

— "Imposibilidad de la prestación", en **BORRAJO DACRUZ, Efrén** (dir.), *El estatuto de los trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Tomo VI, Edersa, Madrid, 1982.

— "Complejidad y racionalización de la estructura del salario", *REDT*, núm. 17, 1984.

— "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en **CRUZ VILLALÓN, Jesús** (edi.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.

— "Salario y organización laboral de la empresa", *RMTAS*, núm. 23, 2000.

— "Cambio y continuidad en el régimen jurídico del salario", *RMTAS*, núm. 58, 2005.

— "Garantías jurídicas para el empresario ante la actuación sancionadora de la Inspección de Trabajo", *AL*, núm. 6, 2007.

► **ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores**, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.

► **ROMEI, Roberto**, "I controlli e la tutela della privacy" en **GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo** (dirs.), *Telelavoro e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

► **ROMERO BURILLO, Ana María**, "Algunas consideraciones sobre el teletrabajo transfronterizo", en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

▶ **ROQUETA BUJ, Remedios**, *Uso y control de los medios tecnológicos de información y comunicación en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

— “El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónica de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005”, *AL*, núm. 3, 2006.

▶ **RUANO ALBERTOS, Sara**, “Facultades de control por medios informáticos” en **GARCÍA NINET, José Ignacio** (dir), *El control empresarial en el ámbito laboral*, CISS, Valencia, 2005.

▶ **RUIZ DEL CASTILLO, María del Mar**, “Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado»”, *RL*, Tomo II, 1991.

▶ **SÁEZ SORO, Emilio**, “Transformaciones en la figura del profesional a través del teletrabajo”, en *Sociología del trabajo*, núm. 51, 2004.

▶ **SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A.**, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005.

— *Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo derecho de trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2004.

▶ **SAGARDOY DE SIMÓN, Íñigo**, “Teletrabajo: ¿esperanza o realidad?”, *RMTAS*, núm. 11, 1998.

▶ **SALA FRANCO, Tomás**, “La descentralización del trabajo”, en **DURÁN LÓPEZ, Federico**; **MONTOYA MELGAR, Alfredo**; **SALA FRANCO, Tomás**, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, Madrid, 1987.

— “El salario a rendimiento”, en **DE LA VILLA GIL, Luis Enrique** (coord.), *Estudios sobre el salario*, Arcal, Madrid, 1993.

— “Movilidad geográfica”, en **AAVV**, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores: (Ley 11/1994, de 19 de mayo, y normas concordantes)*, Edersa, Madrid, 1994.

— “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en **BORRAJO DA CRUZ, Efrén** (dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, 1999.

— “Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos”, *AL*, núm. 20, 2007.

— *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- **SALA FRANCO, Tomás; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio**, *Derecho sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- **SALA FRANCO, Tomás; ARNAU NAVARRO, Francisco**, *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- **SALCEDO BELTRÁN, Carmen**, *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- **SAMPEDRO GALLEGO, Rosario; SÁEZ SORO, Emilio; ÁLVAREZ RUIZ, Antón**, Informe técnico plan piloto para la aplicación de técnicas de teletrabajo en la función pública, en *Libro Electrónico sobre el Plan Concilia. Horarios y teletrabajo*, IMAP, gobierna, mayo 2006, www.map.es
- **SÁNCHEZ, Elena** (dir.), *Prácticas de trabajo virtual y teletrabajo en el sector TIC en España. Informe 2008*, Enter, Madrid, 2009.
- **SÁNCHEZ FIERRO, Julio**, "Los trastornos psicosociales en el mundo del trabajo: respuesta desde la Psicología y el Derecho", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, núm. 0, marzo, 2004.
- **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, "Clases de personal", en **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel** (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- "Objeto y ámbito de aplicación", en **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel** (dir.), *Comentarios a la ley del estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- "Régimen disciplinario", en **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel** (dir.), *Comentarios a la ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina**, *El accidente «in itinere»*, Comares, Granada, 1998.
- "Telemática, teleworking, telecommuting", en **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel** (coord.), *El empleador en el derecho del trabajo*, XVI Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones laborales, Tecnos, Madrid, 1999.
- "Teletrabajo y poder de dirección", en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS; Madrid, 2000.
- "Videocámaras y poder de vigilancia", en *AS*, núm. 19, 2000.

– “Contrato de trabajo a domicilio”, en **OJEDA AVILÉS, Antonio**, *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003.

– “Trabajo en común. Contrato de Grupo. Auxiliar Asociado”, en **OJEDA AVILÉS, Antonio** (coord.), *Modalidades de contrato de trabajo: comentarios a la legislación*, Tecnos, Madrid, 2003.

▶ **SÁNCHEZ TORRES, Esther**, “Libertad de expresión y nuevas tecnologías en la empresa”, en **SERNA CALVO, M^a del Mar** (dir.), *Derecho social y nuevas tecnologías*, *Cuadernos de derecho judicial*, XV-2004, CGPJ, Madrid, 2005.

▶ **SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen**, *Los permisos retribuidos del trabajador: (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi Pamplona, 1999.

▶ **SANDULLO, Giorgio**, “Il telelavoro”, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1998.

▶ **SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo**, “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, *TL*, núm. 40, 1996.

– *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Ara Editores, Perú, 1997.

– *Teletrabajo y globalización*, MTAS, Madrid, 2003.

– “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y *dumping* social”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 13, 2005.

▶ **SANI, Jacopo**, “Il telelavoro”, *Rivista critica di diritto del lavoro*, núm. 1, 1997, p. 30.

▶ **SANTORO PASSARELLI, Giuseppe**, “Flexibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?”, *Rivista quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 21, 1998.

▶ **SANTOS FERNÁNDEZ, Dolores**, “Tipología de teletrabajo y poder de control”, en **RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel** (coord.), *El empleador en el derecho del trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 1999.

– “El poder disciplinario en el teletrabajo”, en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

– “El Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, en *Trabajo*, núm. 14, 2004.

▶ **SCARELLI, Franco**, “Le proposte di legge”, en **GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo** (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1998.

▶ **SCARPITTI, Giovanna; ZINGARELLI, Delia** (a cura di), *Il telelavoro. Teorie e applicazioni*, Franco Angeli, Milano, 1998.

▶ **SCHNEIDER DE VILLEGAS, Gisela**, “Trabajadores a domicilio: necesidad de una protección social”, *RIT*, vol. 109 (3), 1990.

▶ **SCOGNAMIGLIO, Paolo**, “Telelavoro: tipologie e aspetti problematici”, *Guida al Lavoro*, núm. 27, 1999.

▶ **SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa**, “Derechos y deberes de los empleados públicos”, en **AAVV**, *El estatuto básico del empleado público*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Laborum, Murcia, 2008.

▶ **SELLAS I BENVINGUT, Ramón**, *El Régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

– “Teletrabajo: naturaleza jurídica y relaciones laborales”, *TS*, núm. 92-93, 1998.

▶ **SELMA PENALVA, Alejandra**, *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

– “El trabajador autónomo económicamente dependiente”, en **LUJÁN ALCARAZ, José** (dir.), *El estatuto del trabajo autónomo: análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

▶ **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.**, “La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET”, *AS*, Tomo V, 2001.

– “La «no renovación» del contrato de los profesores de religión”, *RJA*, Tomo VII, 2003.

– “Cesión de trabajadores para comercio telefónico (Telemarketing)”, *RJA*, núm. 7, 2003.

– “Perfil general del salario (Un comentario al artículo 26 del ET)”, *AS*, núm. 22, 2004.

– “Retribución garantizada de las horas extras. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2005”; *RJA*, núm. 1, 2005.

— “Contratación laboral y libertad de empresa”, en **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** (dir), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.

— “Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTs y cesión de trabajadores”, en **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.** (dir.), *La reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

— “¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?”, *AS*, núm. 1, 2008.

▶ **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; GARCÍA BLASCO, Juan; GONZÁLEZ LABRADA, Manuel; CARDENAL CARRO, Miguel**, *Derecho de la seguridad y salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

▶ **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda**, “El personal laboral del sector público”, *AS*, núm. 14, 2007.

▶ **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina**, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

— “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 noviembre”, *AS*, núm. 17, 2005.

▶ **SENRA BIEDMA, Rafael**, “Las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales: sus responsabilidades”, en **ARAMENDI SÁNCHEZ, Juan Pablo** (dir), *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, *Cuadernos de derecho judicial*, XIII-2005, CGPJ, Madrid, 2006.

▶ **SEPÚLVEDA GÓMEZ, María**, “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *TL*, núm. 81, 2005.

▶ **SERRANO ARGÜELLO, Noemí**, “Una llamada a la modernización del Derecho del Trabajo: algunos apuntes sobre la reciente publicación del libro verde de la Comisión Europea: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, *IL, Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 9, 2007.

▶ **SERRANO GARCÍA, Juana M^a**, “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002”, *RL*, núm. 20, 2002.

— “La negociación colectiva europea y los acuerdos «libres»: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, en **BAYLOS GRAU, Antonio**, *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003.

– “Los acuerdos colectivos «libres» ¿han dejado de ser mera voluntad política para disfrutar de vinculabilidad jurídica?”, *RDS*, núm. 19, 2002.

– “El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, *RDS*, núm. 45, 2009.

► **SERRANO OLIVARES, Raquel**, *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, Madrid, 2000.

– “El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *RL*, núm. 18, 2000.

– “El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral”, *REDT*, núm. 103, 2001.

– “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, *RL*, núm. 23, 2001.

– “Reflexiones en torno a la ley aplicable al ciberempleo transnacional”, en **DEL REY GUANTER, Salvador**, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005.

► **SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena**, “Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación jurídico-laboral”, en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS, Madrid, 2000.

– “Contrato de trabajo a domicilio. (Contrato a distancia)”, en **CARDENAL CARRO, Miguel** (coord.), *Vademécum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2000.

– “El teletrabajo en las resoluciones judiciales de los tribunales sociales españoles”, *Revista peruana de jurisprudencia*, núm. 48, 2005.

► **SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy**, “Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *RGDTSS*, núm. 15, 2007, isutel.com.

► **SOLÁ I MONELLS, Xavier**, “La introducción del teletrabajo en la empresa: régimen jurídico”, *DL*, núm. 72, 2004.

► **SOLER MASOTA, Paz; LUQUE PARRA, Manuel**, “Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos”, *RL*, núm. 21, 1999.

► **SUPIOT, Alain**, *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”, *RIT*, vol. 118, núm. 1, 1999.

▶ **TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo**, *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

– “El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada”, en *RTYSS*, núm. 267, 2005.

– “La utilización del correo electrónico corporativo de la empresa como cauce apropiado para distribuir información sindical”, *RTYSS*, núm. 276, 2006.

– “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *AS*, núm. 17, 2007.

▶ **TELFÓNICA**, *La sociedad de la información en 2004*, en (www.telefonía.net).

– *Informe de Telefónica I+D, La empresa en Red*, Madrid, 2003.

▶ **THIBAUT ARANDA, Javier**, “Aspectos jurídicos del teletrabajo”, *RMTAS*, núm. 11, 1999.

– *El teletrabajo: análisis jurídico laboral*, CES, Madrid, 2000.

– “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, *RL*, núm. 13, 2000.

– “Teletrabajo y teledisponibilidad”, en **AAVV**, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, MTAS; Madrid, 2000.

– *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2001.

– “El papel de los representantes de los trabajadores” en **JEFFERY, Mark; THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO, Ángel** (coords.), en “Tecnología informática y privacidad de los trabajadores”, *Revista aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 1, 2003.

– *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

– “Teletrabajo forzado a domicilio”, *AL*, núm. 4, 2006.

- ▶ **THIBAUT, Javier; BRIZ, José Luis; FANDOS, José Luis; ÁLVAREZ, Juan Manuel**, "Cuarta mesa de trabajo: El teletrabajo", en *Acciones e investigaciones sociales* [Escuela Universitaria de Estudios Sociales, Universidad de Zaragoza]; Diciembre, núm. 8, 1998.
- ▶ **THIBAUT ARANDA, Javier; JURADO SEGOVIA, Ángel**, "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo", *TL*, núm. 72, 2003.
- ▶ **TOFFOLETTO, Franco**, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore: il potere di controllo del datore di lavoro. Il telelavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- ▶ **TOLOSA TRIBIÑO, César**, "Los nuevos riesgos laborales y su tratamiento en el ámbito sancionador y de Seguridad Social", *RL*, núm. 10, 2004.
- ▶ **TORRES ANDRÉS, Juan Miguel**, "Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo. Instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina jurisprudencial", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 118-2007, *CGPJ*, Madrid, 2007.
- ▶ **TUDELA CAMBRONERO, Gregorio**, "Proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", en *AAVV, El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- ▶ **TUSET DEL PINO, P.**, *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- ▶ **U.G.T. Andalucía; CC.OO. Andalucía**, *Guía de buenas prácticas en el teletrabajo*, Sevilla, 2004.
- ▶ **URESTE GARCÍA, Concepción Rosario**, "El salario", *RMTAS*, núm. 38, 2002.
- ▶ **VADILLO RUIZ, Julio**, "Nota sobre las principales deficiencias de la política de prevención de las enfermedades profesionales", *Revista Alcor de MGO. Seguridad y salud laborales*, número 0, 2004.
- ▶ **VALDÉS ALONSO, Alberto**, "El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente", en **VALDÉS DAL RÉ, Fernando; CRUZ VILLALÓN, Jesús** (dirs), *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.
- ▶ **VÁLDES DAL-RÉ, Fernando**, "Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (1)", *RL*, núm. 2, 2003.
- "Las funciones de mediación de la inspección de trabajo", *RL*, núm. 18, 2005.

– “El Libro Verde de la Comisión Europea”, en ([www.juntadeandalucia.es / empleo/carl/observatorio/34 — derecho — social — europ/doc/Revue.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/34—derecho—social—europ/doc/Revue.pdf)).

– “El acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007”, *RL*, núm. 7, 2007.

– “El marco jurídico general de la LETA”, en **CRUZ VILLALÓN, Jesús; VALDÉS DAL-RE, Fernando** (dirs.), *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, Madrid, 2008.

– “Presentación”, Especial Monográfico, Utilización de los medios informáticos en la empresa, *RL*, núm. 5-6, marzo, 2009.

▶ **VALDÉS DE LA VEGA, Berta**, “La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. Comentario a la STC 181/2005”, *RDS*, núm. 33, 2006.

▶ **VALVERDE ASENCIO, Antonio**, “La responsabilidad administrativa del empresario en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En particular sobre la consideración del mismo como «sujeto responsable»”, en **OJEDA AVILÉS, Antonio; ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a JOSÉ** (coords.), *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- “El derecho a la protección de datos en la relación laboral”, en **DEL REY GUANTER, Salvador**, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005.

▶ **VENTURA, Luigi Francesco** (a cura di), *Telelavoro e mobilità urbana sostenibile*, FrancoAngeli, Milano 2006.

▶ **VICENTE PACHÉS, Fernando**, *El derecho del trabajador al respecto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.

▶ **VICENTE PACHÉS, Fernando; MIÑARRO YANINI, Margarita**, “Vacaciones anuales (Art. 38 ET)”, en **GARCÍA NINET, José Ignacio** (dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el estatuto de los trabajadores de 1980 a 2005. Homenaje al Profesor Doctor Luis Enrique de la Villa Gil*, CEF, Madrid, 2005.

▶ **VIGNEAU, Christophe**, “Técnicas reguladoras”, en **JEFFERY, Mark; THIBAUT, Javier; JURADO, Ángel**, (coords.), *Tecnología Informática y privacidad de los Trabajadores, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003.

▶ **VISCOMI, Antonio**, “La salute e la sicurezza”, en **GAETA, Lorenzo; PASCUCCI, Paolo; POTTI, Ubaldo**, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il sole 24 ore, Milano, 1999.

▶ **ZACHERT, U.**, “Trabajo autónomo: el ejemplo alemán”, *RDS*, núm. 22, 2003.

ABREVIATURAS

Abreviaturas

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AINC	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AL	Actualidad Laboral
AR	Aranzadi
AS	Aranzadi Social
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
AAVV	Autores varios
AMET	Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.Civ.	Código Civil
CC	Convenio Colectivo
CE	Constitución Española de 1978
CES	Comité Económico y Social

GGPJ	Consejo General del Poder Judicial
D	Directiva
DL	Documentación Laboral
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DM y OP	Departamentos Ministeriales y sus Organismos Públicos
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores
IL	Información Laboral
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
LETA	Ley 20/2007, de 11 de junio, del Estatuto del Trabajo Autónomo
LOITSS	Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
MAP	Ministerio de Administraciones Públicas
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

NTIC	Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RCE	Revista de contratación electrónica
RD	Real Decreto
RDLT	Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo
REC	Recurso
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RGDTSS	Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (www.iustel.com)
RIT	Revista Internacional del Trabajo
RJA	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RL	Relaciones Laborales
RD	Real Decreto
RDS	Revista de Derecho Social
RSE	Responsabilidad Social de las Empresas
RSP	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31 de enero 1997)
RTYSS	Revista de Trabajo y de Seguridad Social. (Estudios Financieros).
SAN	Sentencia de Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social

TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tecnologías de la información y comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TL	Temas Laborales
TRADE	Trabajador Autónomo económicamente dependiente
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social
TS	Tribuna Social

El teletrabajo es una forma de prestación de servicios que surge en la década de los 70 del siglo pasado con el auge de las nuevas tecnologías de la información y comunicación y del sector servicios. El proceso de descentralización productiva de las empresas y el desarrollo de una economía globalizada permiten que surjan nuevas formas de manifestación del trabajo. Esta obra del siglo XXI parte de estas consideraciones generales para acercarse al concepto y delimitación jurídica del teletrabajo, en busca de un estudio riguroso del contenido de la relación laboral del trabajo a distancia telemático. Este estudio pretende mostrar una serie de reflexiones de una *iuslaboralista*, partiendo de la necesidad de una regulación legal e intentando trasladar al teletrabajo los instrumentos y mecanismos de garantía del Derecho del Trabajo.



