

PROPUESTAS Y RECONSIDERACIONES SOBRE EL TELETRABAJO

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Contratada Doctora.

Universidad de Murcia.

RESUMEN: La incorporación de la tecnología al sistema de producción facilita la deslocalización del trabajo y permiten al trabajador dependiente realizar su prestación laboral sin necesidad de ubicarse físicamente en la misma sede de la empresa. Teniendo esto en cuenta parece razonable considerar que gracias a las nuevas tecnologías, el <<trabajo a domicilio>> cuenta hoy con nuevos campos de actuación, muy diferentes del ámbito artesanal y básicamente manual en el que se gestó. Puede decirse que las modificaciones productivas que se han desarrollado en el siglo XXI y la modernización de las estructuras empresariales posiblemente están exigiendo una actualización de la noción de <<trabajador a domicilio>>. Y sobre las diferentes consecuencias prácticas que dicha actualización llevaría aparejadas, se ocupa el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo, intimidad, nuevas tecnologías, despido

ABSTRACT: The incorporation of technology in production systems facilitates the relocation of workers and allow the worker's labor without having to be physically located at the company's building. With this in mind it seems reasonable to consider that, thanks to new technologies, the "teleworking" has new fields of activity, very different of handmade working traditional areas. It can be said that productive changes have taken place in the XXI century and modernization of business structures are possibly requiring an update of the concept of "teleworker". This study deals with those practical consequences that such an update would entail.

KEYWORDS: Telecommuting, privacy, new technologies, dismissal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL RESURGIMIENTO DEL TRABAJO A DOMICILIO EN EL SIGLO XXI. II. NUEVO PERFIL DE TRABAJADOR. EL TELETRABAJADOR COMO RESULTADO. 1. Los problemas de identificación del teletrabajo por cuenta ajena. 2. Tipos de teletrabajadores. 3. El verdadero alcance del presupuesto legal <<sin vigilancia del empresario>>. 4. Las funciones de la Inspección de Trabajo ante el teletrabajo III. ATENUACIÓN & INTENSIFICACIÓN DE LA NOTA DE LA DEPENDENCIA EMPRESARIAL: EL TELETRABAJO Y SU TRASCENDENCIA EN LA QUIEBRA DEL HAZ INDICIARIO. V. LOS LÍMITES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: LA BUENA FE COMO CRITERIO DE UTILIZACIÓN RACIONAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO HERRAMIENTAS DE TRABAJO. VI. EL TELETRABAJO COMO SOLUCIÓN. VII. CONCLUSIONES: PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LAS GARANTÍAS DEL ART. 13. ET.

I. INTRODUCCIÓN: EL RESURGIMIENTO DEL TRABAJO A DOMICILIO EN EL SIGLO XXI

En una sociedad altamente especializada, en la que los avances informáticos llegan prácticamente a todos los ámbitos, también las nuevas tecnologías empiezan a ocupar un lugar muy destacado en el desarrollo de la prestación laboral de servicios:

Las nuevas tecnologías utilizadas como herramientas de trabajo permiten al trabajador dependiente realizar su prestación laboral sin necesidad de ubicarse físicamente en la misma sede de la empresa¹. Teniendo esto en cuenta parece razonable considerar que gracias a la informática el <<trabajo a domicilio>> cuenta hoy con nuevos campos de actuación, muy diferentes del ámbito artesanal y básicamente manual para el que inicialmente se ideó esta forma de organización del trabajo².

En definitiva, aunque el legislador no pensó en el teletrabajo cuando reguló el trabajo a domicilio, las especialidades previstas en el art. 13 ET siguen siendo plenamente útiles en pleno siglo XXI para lograr ofrecer una protección reforzada a determinadas actividades³. Y es que, sin llegar ya al extremo de atribuirles el carácter de relación laboral especial (descatalogado como tal en 1980), el legislador decide articular todavía ciertas particularidades en el régimen jurídico que rige los fenómenos de trabajo a domicilio que con el fin de ofrecer una protección adicional a cierto colectivo de

¹ En la práctica, en muchas ocasiones la misma prestación se puede recibir tanto por medio de la presencia física del trabajador en su empresa como a través de la presencia virtual. Véase STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/ 3321).

² “La empresa vive un “proceso de reestructuración a través de la creación de redes informáticas, que disgrega en una forma hasta ahora no conocida, la inserción del trabajo personal en la organización productiva”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999, pág. 105. “Razones varias, aunque básicamente económicas, pueden explicar que el trabajo a domicilio haya venido superando las sucesivas transformaciones del sistema productivo y pervivir pese a los augurios sobre su desaparición como forma de trabajo útil al efecto de incorporar el esfuerzo humano a los procesos de producción de bienes y servicios. Y justamente esta característica de adaptabilidad es la que parece descubrirse en su actual resurgimiento”, cfr. LUJÁN ALCARAZ, J., “El trabajo a domicilio”, en AAVV, “*Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Albiol Montesinos*”, págs. 197 y ss, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

³ El modo típico de realizar la prestación laboral ha experimentado una serie de transformaciones que, en la mayoría de los casos, únicamente constituyen simples variaciones de llevar a cabo un <<trabajo a domicilio>>, en el que “la máquina de hilar” se ha sustituido por “el ordenador”, GALLARDO MOYA, R. “*El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*”, Ed. Ibidem, Madrid, 1998.

trabajadores que, debido a las concretas características de su prestación de servicios, se les presupone mayor necesidad de protección.

De todos modos, cuando se habla de “régimen jurídico con especialidades” ideadas para garantizar un nivel mínimo de protección a determinados trabajadores, resulta interesante especificar cuál es ese nivel mínimo de protección del que o disfrutan otros trabajadores:

En concreto, el conjunto de especialidades que introduce el legislador intentan introducir medidas que dificulten el incumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores a domicilio. Por ello, el art. 13 ET exige que el contrato de trabajo a domicilio presente forma escrita y el visado de la Oficina de Empleo, debiendo figurar además en el texto del contrato el lugar en el que se realizará el trabajo, para poder exigir así las necesarias medidas en materia de seguridad e higiene (13.2 ET, en relación con el art. 14.1 LPRL). Como se puede apreciar, tales medidas no constituyen obviamente un elenco de garantías infalibles que impidan cualquier forma de incumplimiento de los derechos laborales, pero al menos sí se encuentran en un escalón superior de protección respecto al resto de trabajadores por cuenta ajena.

II. NUEVO PERFIL DE TRABAJADOR. EL TELETRABAJADOR COMO RESULTADO

Puede decirse que las modificaciones productivas que se han desarrollado en el siglo XXI y la modernización de las estructuras empresariales posiblemente están exigiendo una actualización de la noción de <<trabajador a domicilio>>. El <<teletrabajador>> se puede definir como el sujeto que realiza una actividad productiva empleando para ello medios tecnológicos, informáticos o de conexión telemática, sin presencia física en la empresa contratante⁴. Partiendo de esta definición, el

⁴ El <<teletrabajo>> puede definirse como “aquellas actividades laborales prestadas total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones”, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “*Nuevas tecnologías y relaciones laborales*”, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 113 y 114. Un concepto muy similar es el que emplea RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del*

<<teletrabajo>> considerado como género se puede dividir en distintas especies. La clasificación más importante es la que diferencia el teletrabajo dependiente o por cuenta ajena, del teletrabajo independiente o por cuenta propia⁵.

El teletrabajo permite, por una parte, la reducción de costes fijos y variables que le ocasiona al empresario disponer en la sede empresarial de cierto número de puestos de trabajo, como son: el alquiler del local, el consumo de electricidad y agua, etc. Al mismo tiempo, este tipo de deslocalización del servicio posibilita que el trabajador ahorre gasto y tiempo de desplazamiento, facilita pactar un horario flexible y le permite conciliar sin excesivo sacrificio, la vida familiar con su faceta profesional⁶.

1. Los problemas de identificación del teletrabajo por cuenta ajena

El teletrabajo, como resultado de un proceso de reestructuración interna de la organización de la empresa moderna, no está exento de ciertos inconvenientes. El más grave de ellos es el que causan las dificultades de identificación derivadas de su atipicidad. En ocasiones la naturaleza laboral de un supuesto de teletrabajo puede pasar desapercibida porque el haz de indicios tradicional resulta ser totalmente ineficaz para reconocer nuevas formas de <<dependencia jurídica>>. El *teletrabajador* será aquél que realice el servicio comprometido no por cuenta propia, sino integrado en el ámbito de organización y dirección de otro sujeto. Lo que ocurre es que los rasgos de integración productiva son muy diferentes a los que identificaban la prestación laboral en el modelo

Derecho del Trabajo, Tecnos; Madrid, 1999. pág. 109, al conceptuar como <<teletrabajador>> “a la persona que trabaja a distancia, alejada físicamente de la sede de la empresa en un lugar no controlado directamente por el empresario –al menos, no por los medios habituales- como consecuencia inmediata de la utilización de los medios técnicos de telecomunicación”, pero calificable de todos modos como “trabajador asalariado o por cuenta ajena, aunque la nota de la subordinación no se manifieste en el mismo sentido tradicionalmente utilizado hasta ahora”.

⁵ El Acuerdo Marco Europeo para el teletrabajo, suscrito en julio de 2002 entiende que el teletrabajo constituye una nueva forma de realizar la prestación laboral, utilizando las tecnologías de la información, en el marco de una relación por cuenta ajena, y en la que la actividad se realiza fuera de las instalaciones de la empresa.

⁶ Sobre esta cuestión, IZQUIERDO CARBONERO, F.J., “El teletrabajo”, *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*, Cuadernos prácticos, 2006; AAVV, LUIS CARNICER, M.P. (Coord.) “Factores explicativos de la difusión del Teletrabajo”, *Economía Industrial*, n.º. 369, 2008, págs. 177 y ss. En similares términos AAVV, “Los beneficios y barreras de la adopción del teletrabajo”, *Alta dirección*, 2008, n.º. 42, 2007, págs. 103 y ss.

fordista de producción⁷. Y es que al mismo tiempo que evoluciona el contenido de la prestación laboral clásica y se modernizan las herramientas de trabajo, también cambia al mismo ritmo la forma de ejercer el control empresarial.

Pero la confusión entre laboralidad y autonomía no es el problema más grave al que tienen que enfrentarse los teletrabajadores dependientes. El contexto en que se desarrolla el teletrabajo constituye el campo idóneo para que prospere el <<trabajo negro>>. El hecho de que en la mayoría de los casos el servicio se lleve a cabo en el propio domicilio del trabajador, empleando muchas veces además sus propios instrumentos de trabajo (en este caso el equipo informático) permite hacer pasar desapercibida no sólo la dependencia laboral con que se presta el servicio, sino incluso el simple hecho de que verdaderamente se está prestando esta clase de colaboración productiva⁸. Este peligro de <<precariedad>> haría aconsejable introducir en nuestro sistema alguna garantía legal que ofrezca a los teletrabajadores dependientes un tipo más elevado de protección de la que ahora disponen. Y es que, por el momento no existen instrumentos de control específicos que impidan, no sólo el genérico fraude de hacer pasar desapercibida cierta relación laboral de cara a cumplir las correspondientes obligaciones fiscales y con la Seguridad Social, sino también, otros fraudes más específicos, como por ejemplo, que se disfrute indebidamente de la prestación por desempleo mientras se realiza una teleprestación laboral de servicios no declarada (pues la labor de la Inspección de Trabajo se ve limitada por la inviolabilidad del domicilio, en el que no podrán entrar sin consentimiento de su titular o autorización judicial).

Ahora bien, por el momento no existe una respuesta legal destinada solventar los concretos problemas de protección que pueden sufrir los teletrabajadores⁹.

⁷ “No puede sorprender que tales transformaciones provoquen también efectos significativos en el funcionamiento de la empresa. Entre ellos, y sin ánimo exhaustivo en el terreno estrictamente laboral: en el ejercicio de las facultades de ordenación, distribución, recepción y control de la prestación laboral por parte del empresario, (...)”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999. pág. 104.

⁸ Y es que en ocasiones, en el teletrabajo por cuenta ajena se flexibiliza la *ajenidad en los medios de producción*, puesto que puede ocurrir que parte del equipo informático que se utiliza en el desarrollo de la prestación, no sea propiedad de la empresa, sino del propio trabajador. Bastará entonces por ejemplo, con que sea la empresa la que facilite el programa informático que se utiliza o las bases de datos para reconocer su *integración productiva*. Cfr. SELMA PENALVA, A., “*Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. pág. 303.

⁹ No cabe duda de que el teletrabajo exige del Derecho del Trabajo una regulación concreta que atienda a sus diversas peculiaridades y que garantice el disfrute de sus derechos por el teletrabajador,

2. Tipos de teletrabajadores

En realidad, existen diversas formas de teletrabajo, y no todas ellas se podrán encuadrar en el supuesto de hecho contemplado por el art. 13 ET, por muy flexible que sea la interpretación que de él haga la jurisprudencia. De hecho, ni siquiera todos los fenómenos de trabajo a distancia serán trascendentes para el Derecho Laboral. En términos generales, los teletrabajadores podrán actuar tanto por cuenta ajena como por cuenta propia. El margen de autonomía con que realicen su actividad será en definitiva el criterio que condicione la naturaleza laboral o civil de su relación. Sólo los primeros integrarán el ámbito objetivo de protección de las normas laborales.

A su vez, es importante tener en cuenta que dentro del amplio grupo del <<teletrabajo por cuenta ajena>> también existen diversos tipos de teletrabajadores. De entre todas las fórmulas posibles de organizar el teletrabajo por cuenta ajena, sólo podrán considerarse vertientes actuales de trabajo a domicilio aquellas en las que concurren simultáneamente cuatro requisitos:

- 1º) El empleo de herramientas tecnológicas
- 2º) La deslocalización total de la prestación de servicios.
- 3º) Lugar de desarrollo de la prestación libremente elegido por el trabajador
- 4º) La actividad se realice sin vigilancia (*presencial ni constante*) del empresario

Y no todas las formas de teletrabajo los reúnen.

1º. Existen los sujetos que realizan una actividad laboral empleando medios informáticos o telemáticos pero que siguen conservando su puesto de trabajo en la sede de la empresa. En realidad no son verdaderos teletrabajadores, sino trabajadores

RODRIGUEZ SAÑUDO, GUTIÉRREZ, F., “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, CRUZ VILLALÓN (Coord.), *Trabajo autónomo y trabajo subordinado en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 120), y “el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 2002 y su recepción en España como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 son prueba de ello”, cfr. LUJÁN ALCARAZ, J., “El trabajo a domicilio” en AAVV, “*Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Albiol Montesinos*”, págs. 197 y ss, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ordinarios a los que se les ha actualizado las herramientas de trabajo, buscando calidad y rapidez en el resultado final¹⁰.

2º. Otras veces el llamado “teletrabajador” realiza su actividad profesional en una sede física designada por la empresa (habitualmente conocida como “telecentro”). A primera vista, podría parecer que, dado que la prestación de servicios se realiza utilizando los avances informáticos o telemáticos y fuera de las dependencias de la empresa, tales características permitirían calificar a este tipo de actividad como un verdadero supuesto de <<teletrabajo dependiente>>. Ahora bien, no se puede olvidar que en esta situación concurre un dato que impide que este tipo de prestación se pueda calificar como <<trabajo a domicilio>>. Y es que el art. 13.1 ET exige que la prestación se realice “*en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido por éste*”. Por tanto, si el trabajo en telecentro es una circunstancia ajena a la voluntad del trabajador, impuesta por la empresa, se perderá uno de los requisitos necesarios para poder incluir al teletrabajo dentro del <<trabajo a domicilio>>.

3º. Sólo en contadas ocasiones, el teletrabajador realiza su actividad laboral en el lugar elegido por él mismo (fuera de la sede de la empresa sea éste su propio domicilio o cualquier otro) y empleando avances informáticos como herramientas de trabajo.

Dentro de este tercer grupo, a su vez se pueden diferenciar tres subtipos de teletrabajo:

a) Aquellos que no disponen de conexión de ninguna clase con la empresa (<<*off line*>>) que permita una comunicación constante entre trabajador y empresario. El teletrabajador se limita a recibir instrucciones iniciales de la empresa y finalmente a entregar directamente el producto de su actividad.

b) Los modelos de producción en los que existe una <<conexión bilateral o *two line*>>. Trabajador y empresario se encuentran conectados permanentemente a través de

¹⁰ Requisitos que incluso, se podrían reducir a tres: “Pero si se realiza un examen exhaustivo de las distintas definiciones vertidas por la doctrina se puede fijar la existencia de al menos tres elementos comunes entre todas ellas, atendiendo a diferentes criterios: localización, medios de trabajo utilizados y las notas que determinan la existencia de dependencia entre trabajador/empresario”. MORGADO PANADERO, P. “El Teletrabajo, nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)”, *Actualidad Laboral*, nº. 16, 2004, pág. 1913.

cauces informáticos o telemáticos de manera que se consigue el control constante (aunque no personal, ni muchas veces tampoco en tiempo real), del trabajo realizado.

c) Por último, hay programas informáticos que únicamente permiten un tipo de conexión <<one line>>, es decir: unidireccional. La calificación del teletrabajo como trabajo a domicilio dependerá de si es el empresario el que dispone de la facultad de conectar en el momento que estime oportuno con el trabajador o viceversa.

Curiosamente, la doctrina mayoritaria niega la equiparación directa del teletrabajo dependiente al trabajo a domicilio¹¹. Tan estricta es la interpretación del art. 13 ET que los <<teletrabajadores a domicilio>> se consideran la excepción a una regla general dentro del amplio grupo de fenómenos de <<teletrabajo>>.

Y es que actualmente se entiende (aunque no es una opinión unánime) que sólo aquellos sujetos que realicen un teletrabajo dependiente, sin conexión de ninguna clase con la empresa contratante, o valiéndose tan sólo de una conexión unidireccional a su favor (trabajador empresario), podrán incluirse dentro del supuesto de hecho del art. 13.1 ET y considerarse formas modernas de trabajo a domicilio¹². Todas las demás fórmulas de teletrabajo por cuenta ajena, por el momento, quedarían excluidas de la protección adicional que ofrece el art. 13 ET¹³.

¹¹ La doctrina mayoritaria, adopta este punto de vista y reconoce que cualquier fenómeno de teletrabajo en el que exista una conexión constante o potencialmente constante entre empresa y trabajador estará excluido de la configuración legal del <<trabajo a domicilio>>. En éste sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 43 y 44; GALLARDO MOYA, R. “*El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*”, Ed. Ibidem, Madrid, 1998, pág.82; THIBAUT ARANDA, J., “*El teletrabajo*”, CES, Madrid, 2000, pág. 61. En idénticos términos, SELLAS I BENVINGUT, R. “*El régimen jurídico del teletrabajo en España*”, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 92 y 93.

¹² “En algunos supuestos de teletrabajo, las nuevas tecnologías hacen posible este control directo e inmediato, por lo que en un primer momento, lo esencial es identificar las circunstancias que permiten realizar un control potencial”, THIBAUT ARANDA, J., “*El teletrabajo*”, CES, Madrid, 2000, pág. 60. La STS 11 abril 2005 en cambio intenta flexibilizar la rígida interpretación del art. 13 ET. Para el Tribunal es claro trabajo a domicilio y teletrabajo no son “conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en las que sí exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo «on line»)”, pero también es obvio que “hay formas de teletrabajo que se ajustan al modelo de trabajo a domicilio”, lo que permite hablar de “un «nuevo» contrato a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías frente al «viejo» contrato a domicilio” puesto que “en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es la que menciona el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio”.

¹³ Lo habitual es que el teletrabajador tenga conectado su terminal externo con el ordenador central de la empresa, operando a partir de un video terminal inserto en una red informática que permita el diálogo

Hay que tener en cuenta que esta postura interpretativa, aparentemente tan rígida, no es más que el resultado de exigir que el teletrabajo se desarrolle bajo una vigilancia empresarial similar a la que se venía presentando en los supuestos clásicos de trabajo a domicilio. Y es que, como es lógico, y aún en contra de la redacción literal de la ley, la doctrina siempre ha exigido que toda prestación laboral de servicios (incluyendo por tanto cualquier forma de “trabajo a domicilio”) se realice “*dentro del ámbito de organización y dirección*” de otra persona.

3. El verdadero alcance del presupuesto legal <<sin vigilancia del empresario>>.

La redacción literal del art. 13 ET exige que el <<trabajo a domicilio>> se realice “*sin vigilancia*” del empresario. Ahora bien, contrastando lo dispuesto en este precepto con la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo que realiza el art. 1.1 ET, nadie duda que no es cierto que en realidad el <<trabajador a domicilio>> actúe sin sujeción a ninguna clase de vigilancia, sino simplemente que el control empresarial que se lleva a cabo sobre la prestación de servicios *no se ajusta al modelo tradicional* de supervisión del trabajo o de vigilancia típica¹⁴.

El trabajo a domicilio, aunque con especialidades, es un ejemplo más de prestación laboral, y por tanto, necesariamente tiene que concurrir el presupuesto de la

interactivo o bidireccional en tiempo real con el ordenador central. En esos casos, resulta posible el sometimiento de la teleprestación a una vigilancia directa e inmediata por parte del empresario, y por tanto, “parece tener que concluirse que tales modalidades de teletrabajo no pueden ser encuadradas legalmente dentro de la modalidad de trabajo a domicilio por la quiebra de uno de sus requisitos esenciales”, SELLAS I BENVINGUT, R., “*El régimen jurídico del teletrabajo en España*”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 93.

¹⁴ En definitiva, las principales conclusiones que se pueden extraer de todo lo expuesto, pueden resumirse en la siguiente apreciación: el mero dato de la comunicación constante (o potencialmente constante) entre empresa y trabajador equivale a la presencia virtual de los mismos a través de Internet de la misma manera que si los mismos hubieran estado físicamente en sus propias instalaciones. La “presencia física” debe asimilarse a la “presencia virtual” a que da lugar cualquier enlace permanente de la empresa con sus trabajadores, vía telefónica o a través de una red de comunicación informática. Y esta situación se puede considerar como una versión actualizada de los clásicos indicios de lugar, que ante las nuevas facetas de la prestación laboral se han ido relativizando. Cfr. LUJÁN ALCARAZ, J., “El trabajo a domicilio”, en AAVV, “*Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Albiol Montesinos*”, págs. 197 y ss, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

<<dependencia jurídica>>; y esta nota nace irremediamente por el hecho de que el ordenamiento jurídico le reconoce al empresario la titularidad de las facultades de organización, dirección, control y sanción del trabajo¹⁵. Se reconoce entonces que la expresión de la ley “sin vigilancia del empresario” no se ajusta a la realidad de la relación laboral, y por ello, debía interpretarse extensivamente con el fin de dar acogida a formas de control empresarial distintas a las que caracterizaban el modelo clásico de supervisión que se venía realizando en la empresa industrial tradicional¹⁶. Y es que el control empresarial en el *trabajo a domicilio* se va concentrar únicamente en el momento inicial y final de la prestación laboral, y no en cualquier fase del proceso¹⁷.

Así, la expresión estatutaria “sin vigilancia” aplicada sobre el trabajo a domicilio no se interpreta como una auténtica falta de control empresarial en sentido estricto, -que llegaría a desvirtuar la naturaleza jurídica laboral que verdaderamente tiene el <<trabajo a domicilio>>¹⁸-, sino como un fenómeno en el que el control empresarial, por las

¹⁵ En realidad la dependencia del trabajador a domicilio siempre existe, pues se conceptúa como una relación laboral común. Más aún, puede afirmarse que si la intención del legislador hubiera sido la de introducir modificaciones importantes en lo que se refiere a la intensidad de la dependencia, le hubiese dado tratamiento de relación laboral especial y no de simple relación laboral común con especialidades. “ (...) el precepto legal debe interpretarse en el sentido de que la falta de vigilancia exigida no debe ser identificada en ningún caso con una dependencia inexistente, sino en todo caso con una dependencia atenuada en grado o en intensidad”, SELLAS I BENVINGUT, R., “*El régimen jurídico del teletrabajo en España*”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 88.

¹⁶ La vigilancia empresarial que se consideraba habitual en los sistemas de producción fordistas o tayloristas se caracterizaba por ser: <<personal>>, <<directa>>, <<inmediata>>, <<constante>>, y <<técnica>>. Por control <<personal>> se entendía que el control clásico podría realizarlo por sí mismo el empresario (o la persona en la que éste delegue), valiéndose de su presencia física en lugar y tiempo de trabajo, pues tanto empresario como trabajador conocían las normas técnicas y reglas del oficio aplicables (control <<técnico>>). El hecho de que trabajador y empresario se encontrasen simultáneamente en el mismo lugar y tiempo de trabajo, permitían realizar un control potencialmente <<constante>> de la prestación de servicios. El control era <<directo>> porque se realizaba durante la ejecución del trabajo y no sólo sobre el resultado final del trabajo humano. Finalmente, el control empresarial clásico se podía calificar como <<inmediato>> pues partiendo de que este tipo de control exigía la presencia física constante de trabajador y empresario en el mismo lugar de trabajo, no existía ningún elemento material, soporte o herramienta de control de ninguna clase que mediara entre empresario y trabajador.

¹⁷ “El trabajo a domicilio se caracteriza por una morfología diversa del control empresarial, concentrada en diversos momentos de la prestación y que se traduce en la posibilidad de ejercer dos controles, uno al inicio y otro al término de la relación, pero no un control intermedio”. “En estos supuestos (teletrabajo), se está ante una forma de heterodirección que se manifiesta en una subordinación técnico-funcional del trabajador a las directrices del empresario, normalmente emitidas al inicio de la vigencia del contrato, y en un control final (...). No existe realmente una falta de vigilancia con relación a los teletrabajadores, sino que se trata tan sólo de un modo puntual de organización del trabajo que viene facilitada por una flexibilidad de localización y tiempo de trabajo”, THIBAUT ARANDA J., “*El teletrabajo*”, CES, Madrid, 2000, respectivamente págs. 60 y 62.

¹⁸ “Es aceptado unánimemente que esta falta de vigilancia no supone la desaparición del elemento de la subordinación, al faltar únicamente uno de sus componentes –esto es, la facultad de control directo sobre las circunstancias del trabajo realizado- pero no la situación misma de dependencia”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos;

peculiaridades de la actividad contratada, no puede ser ni constante ni directo, y se limita a ser tan sólo un control ocasional y muchas veces, también “no presencial”.

Es precisamente esta apreciación la que impide que cualquier supuesto de teletrabajo por cuenta ajena pueda encuadrarse en el estricto perfil de trabajo a domicilio que configura el art. 13 ET, por lo que habrá que distinguir dos tipos de teleprestaciones por cuenta ajena: aquellas que se realizan en el marco de una relación laboral común, y otras que, por mantener todas las características que identifican al trabajo a domicilio, pueden considerarse relaciones laborales *comunes con especialidades*. En lo que a su diferenciación se refiere, “el problema se plantea, entonces, en los casos en que el empresario, a través de la conexión informática, puede controlar la actividad desarrollada en su domicilio por el teletrabajador. De este modo, aunque realiza su trabajo en un lugar libremente elegido por él, no puede eludir la vigilancia empresarial. Y siendo así, habrá que convenir con la doctrina mayoritaria en que, al menos en una interpretación literal del art. 13.1 ET, no puede hablarse en estos casos de verdadero contrato de trabajo a domicilio”¹⁹.

Y es que en el teletrabajo, el control empresarial nunca es personal ni inmediato y además, en la gran mayoría de ocasiones, las nuevas tecnologías utilizadas como herramientas de trabajo permiten llevar a cabo una supervisión plenamente constante del trabajo realizado.

De tal forma, cualquier supuesto de teletrabajo en el que quepa la posibilidad de realizar un control constante, aunque no sea a tiempo real, no podrá ser objeto de un <<trabajo a domicilio>>²⁰. Con tal exigencia se está eliminando del ámbito de aplicación del art. 13.1 ET (posiblemente de manera injustificada) la mayor parte de los

Madrid, 1999. pág. 112. En el mismo sentido, SELLAS I BENVINGUT, R. reconoce que “El precepto legal debe interpretarse en el sentido de que la falta de vigilancia exigida no debe ser identificada en ningún caso con una dependencia inexistente, sino con una dependencia atenuada en grado o intensidad”, “*El régimen jurídico del teletrabajo en España*”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 88.

¹⁹ LUJÁN ALCARAZ, J., “El trabajo a domicilio”, en AAVV, “*Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Albiol Montesinos*”, págs. 197 y ss, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

²⁰ “(...) cuando el tipo de conexión permite el establecimiento de directrices y controles de presente, en tanto que resulta posible el sometimiento del cumplimiento de la teleprestación a una vigilancia directa e inmediata por parte del empresario, parece tener que concluirse que tales modalidades de teletrabajo no pueden ser encuadradas legalmente dentro de la modalidad de trabajo a domicilio por la quiera de uno de sus presupuestos esenciales”. SELLAS I BENVINGUT, R., “El régimen jurídico del teletrabajo en España”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 93.

supuestos de teletrabajo dependiente²¹. Entonces, sólo podrán calificarse como nuevos trabajadores a domicilio aquellos teletrabajadores <<*off line*>> (que trabajan sin conexión con la empresa) y los trabajadores <<*one line*>> (que mantienen abierta una comunicación unidireccional, siempre que además, la facultad de conectar con la empresa se le atribuya únicamente al trabajador y no a la inversa -pues en ese caso el control empresarial se estaría configurando como *potencialmente constante*-).

En definitiva, al igual que se exige ante cualquier forma de trabajo a domicilio, también sobre los fenómenos de teletrabajo, la opinión más extendida considera que la exigencia legal de <<sin vigilancia>> verdaderamente debería interpretarse como “sin vigilancia constante ni potencialmente constante del empresario sobre la prestación laboral”. Por tanto, para que resulte aplicable el art. 13 ET sobre las nuevas formas de deslocalización tecnológica, se ha de reproducir en ellas el modo habitual en que se desarrollaba el control empresarial sobre el trabajo a domicilio: el trabajador se limitaba a cumplir instrucciones iniciales y a respetar el control final del producto que realiza el empresario²². Y lo que ocurre en la mayor parte supuestos de teletrabajo es precisamente lo contrario: la teleprestación se somete a un control empresarial rotundamente constante, con lo que -según la interpretación que de él realiza la doctrina

²¹ “Cuando el teletrabajo se realiza de manera interactiva, (teletrabajo *on line*), con intercambio constante de datos, la prestación de trabajo, puede estar sometida a vigilancia constante e inmediata. La máquina/sistema ejerce un control a distancia capaz de fotografiar en tiempo real el comportamiento del trabajador, el movimiento en el lugar de trabajo, e incluso la observancia de un horario. El teletrabajo, en su acepción más estricta, invierte substancialmente la relación de vigilancia característica del tradicional trabajo a domicilio (...). Sólo cuando el teletrabajo se realiza desconectado de la empresa o conectado unilateralmente y a voluntad del trabajador (trabajo *off line* y *one way line* respectivamente), concurre la falta de vigilancia directa e inmediata que caracteriza al trabajo a domicilio”. THIBAUT ARANDA, J., “*El teletrabajo*”, CES, Madrid, 2000, pág. 61. A la misma conclusión de “insuficiencia de la noción jurídica de trabajo a domicilio que hay en nuestro ordenamiento para subsumir en ella todas las relaciones laborales de teletrabajo en el domicilio” llega GALLARDO MOYA, R., “*El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*”, Ed. Ibidem, Madrid, 1998, págs. 83 y 84. En el mismo sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. señala que “en el supuesto de que la prestación fuera objeto de un control continuo y directo que permitiese verificar el cumplimiento de un horario de trabajo (lo que exigiría un diálogo interactivo) nos encontraríamos ante un trabajo subordinado. Por el contrario, en los supuestos en los que le limitara a unas directrices iniciales y al control del producto, estaríamos ante un trabajo a domicilio”, véase “*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 43 y 44.

²² “Es esencial, en efecto, al trabajo a domicilio una morfología diversa de la vigilancia empresarial, concentrada en diversos momentos de la prestación, concretamente, antes y después de la prestación del trabajo debido”. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 43 y 44.

mayoritaria- no reuniría el presupuesto de <<sin vigilancia>> que la ley exige para poder considerarlo trabajo a domicilio²³.

La deslocalización del trabajo obliga a revisar los instrumentos clásicos de control que partían de una presencia física constante de trabajador y empresario en el mismo centro de trabajo. A pesar de ello, las propias herramientas informáticas, empleadas en todo su potencial, ofrecen al empresario nuevos cauces de control, antes desconocidos. La subordinación del teletrabajador puede llegar a ser mucho más intensa incluso que la que derivaba del control empresarial clásico, pero su atipicidad dificulta reconocer los rasgos nuevos a través de los que se manifiesta hoy en día la <<integración productiva>> en los supuestos de teletrabajo²⁴.

4. Las funciones de la Inspección de Trabajo ante el teletrabajo

Por el momento, la mayor parte de los mecanismos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se pretenden utilizar dentro del domicilio del trabajador, chocan de pleno con los derechos constitucionales a la “*intimidad personal y familiar*” (art. 18.1 CE) y a la “*inviolabilidad del domicilio*” (art. 18.2 CE): Inevitablemente, la dificultad del control de este tipo de servicios a distancia lleva aparejada una consecuencia fácilmente previsible: la proliferación de variadas situaciones de fraude que contribuyen a acentuar la economía sumergida.

²³ “(...) el empleador conserva su facultad de control, incluso continuado – y podría añadirse, utilizando la terminología informática <<en tiempo real>>- sobre el trabajo que se está realizando, su contenido, su secuencia temporal y otras circunstancias. Se impone la conclusión de que el segundo dato definidor del art. 13 ET, interpretado en el sentido más flexible indicado anteriormente, no se da en el caso del teletrabajo”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999. pág. 113.

²⁴ La prestación de servicios puede ser objeto de una grabación o reproducción por medio de soportes informáticos que permiten comprobar escrupulosamente la dedicación laboral que ha tenido el sujeto a pesar de que no impliquen una conexión a tiempo real entre empresario y trabajador. Dicho control, mucho más intenso que el tradicional, puede pasar desapercibido si el <<haz de indicios>> no se adapta a las nuevas características de la prestación laboral. Implícitamente, sobre la necesidad de actualizar el haz de indicios, se pronuncia la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/3321) que reconoce que “igual prestación ha recibido la empresa de los trabajadores a través de Internet que si los mismos hubiesen estado físicamente ubicados en sus propias instalaciones, debiendo así mismo asimilar la presencia física a la presencia virtual”.

Debe advertirse que la Inspección de Trabajo no tiene competencias en el interior del domicilio del trabajador (aunque en sentido estricto, dicho domicilio -al menos en lo que respecta al teletrabajo- desempeñe al mismo tiempo el papel de <<lugar de trabajo>>), salvo en el hipotético caso de que la entrada se produjese previo consentimiento del titular de la vivienda o por orden judicial²⁵. Habida cuenta de esta situación, no puede negarse que los teletrabajadores quedan afectados exactamente de la misma desprotección que sufren los empleados de hogar (aunque por el momento, cuando afecta al sector de los servicios a distancia, tal desprotección ha resultado ser menos polémica)²⁶.

Así, puede ocurrir que se aproveche la intimidad del domicilio familiar en el que se desarrolla la *teleprestación laboral* para materializar una relación laboral no declarada con el fin de evitar el alta en la Seguridad Social, e incluso, para llevar a cabo una colaboración retribuida mientras se percibe indebidamente la prestación por desempleo por la extinción de una relación laboral anterior. Otras veces, el empleador se vale de la intimidad del domicilio en el que presta servicios un teletrabajador para contratar a extranjeros irregulares, o para establecer jornadas diarias de trabajo que superan claramente los máximos legales (y es que constar en estos casos el tiempo de duración efectiva de los servicios es extremadamente difícil)²⁷.

²⁵ Acerca del valor del consentimiento del titular de la vivienda familiar, véase la STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 9 de noviembre de 2001 (RJCA 2002/172), en la que claramente se indica que “no resulta precisa la autorización judicial para entrar a un domicilio (...) si la declaración fue prestada por el interesado de forma voluntaria y sin coacción alguna, y sin que hubiese manifestado en ningún momento su oposición a la entrada en su domicilio privado”, de tal forma, el acta así levantada no estará afectada de vicio de nulidad. Por otra parte, la STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 1999 (JUR 1999/111482) considera perfectamente justificada la negativa a franquear la entrada a un Controlador Laboral a un domicilio particular en el que se creía que existía un taller clandestino de costura.

²⁶ Y es que tanto los teletrabajadores como los empleados domésticos tienen en común que desempeñan su prestación laboral no en un centro de trabajo al uso, sino en el seno de un domicilio, y por lo tanto, su relación contractual queda impregnada y modalizada por el derecho a la intimidad que la CE reconoce al hogar familiar.

²⁷ Literalmente, el art. 18.2 CE proclama que “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”. Así, en ausencia de reconocimiento expreso por los contratantes, para declarar que existe una relación laboral no formalizada se necesitará que se demuestre ante la jurisdicción social. La intimidad del domicilio en el que se desarrolla la actividad pactada dificultan disponer de <<hechos concluyentes>> que se puedan aportar como prueba de la existencia de una relación laboral no formalizada (8.1 ET). El juzgador entonces se tendrá que apoyar en datos indirectos o lo que es lo mismo, en indicios que permitan deducir la existencia del hecho presunto (la existencia de una relación laboral, retribuciones periódicas, testimonios de vecinos del inmueble, etc. -con las dificultades probatorias que esto implica-) para poder formular un juicio de valor al respecto.

III. ATENUACIÓN & INTENSIFICACIÓN DE LA NOTA DE LA DEPENDENCIA EMPRESARIAL: EL TELETRABAJO Y SU TRASCENDENCIA EN LA QUIEBRA DEL HAZ INDICIARIO

Nada impide reconocer en el teletrabajador un supuesto de trabajo dependiente y por cuenta ajena. Lo que ocurre es que la prestación laboral no cuenta con las características que caracterizaron la prestación laboral típica en el modelo productivo industrial sobre el que se configuró el primer haz de indicios. Esta organización, establecida sobre un sistema fabril, mecánico y de masas, sujeto a un férreo control empresarial y a órdenes e instrucciones concretas, no permitía en absoluto el desarrollo de la creatividad. Frente a este modelo organizativo surge el <<teletrabajo>>, en el que la prestación laboral se ejecuta de manera muy diferente y que nada tiene que ver con el trabajo conocido hasta ahora²⁸.

En el teletrabajo, la <<dependencia laboral>> es atípica, pues se materializa a través de nuevas formas y técnicas de control y supervisión hasta ahora desconocidas, lo que llevó a jueces y tribunales a cuestionarse si verdaderamente existen en el teletrabajo todas las notas constitutivas del contrato de trabajo²⁹.

Ya no son operativos los factores de tiempo y lugar de trabajo que caracterizaban la prestación laboral en el modelo de producción fordista³⁰. Estas nuevas

²⁸ Cfr. MORGADO PANADERO, P. “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial), *Actualidad Laboral*, nº. 16, 2004, págs. 1919 y 1920.

²⁹ “Parece claro que aquel alejamiento físico del lugar organizado y controlado directamente por el titular de la empresa produce una atenuación o relajación del elemento de la subordinación, que continúa siendo hoy en día, a pesar de su formulación más flexible que en épocas anteriores, elemento configurador y característico de la relación laboral frente a otras relaciones de actividad”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999, pág. 109.

³⁰ El hecho de que el teletrabajador lleve a cabo la prestación de servicios fuera de la sede empresarial, conlleva una cierta independencia, al menos aparente, en la forma de organizar su prestación. Al mismo tiempo, este nuevo modelo de trabajador ya no se ve sometido a un horario (o al menos a un horario rígido). Por tanto, la exigencia legal de que la actividad laboral que se preste “dentro del ámbito de organización y dirección” del empresario debe ser entendida en un sentido mucho más amplio que el meramente físico o material, “que comprenda además del anterior, al más extenso y flexible de carácter <<organizativo>>, entendido como aquel al que llega, en su contenido esencial, la facultad de ordenar, dirigir y controlar la actividad realizada, los medios utilizados, el contenido de la prestación y sus resultados”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999, pág. 109.

características son las que pueden hacer pasar desapercibida la nota de la dependencia³¹. Por el contrario, el modo de ejecutar la prestación convenida difiere notablemente del que caracterizaba la prestación laboral antes de que las nuevas tecnologías de la información y de la informática irrumpieran en la sociedad. Para reconocer la *integración* del teletrabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario, se tendrá que atender ahora nuevos datos indiciarios como pueden ser el tipo de medios técnicos de comunicación que se utilicen, el lugar efectivo de la prestación de servicios, el tipo y grado de conexión o coordinación de la organización empresarial, la frecuencia e intensidad de las órdenes emitidas, el grado de autonomía del que se hace uso al marcar los tiempos y ritmos de trabajo y, en definitiva, cualquier otra circunstancia susceptible de ser utilizada como con el fin de demostrar la existencia de <<dependencia laboral>> en supuestos de teletrabajo.

En definitiva, seguir aplicando injustificadamente el antiguo haz indiciario puede conducir a errores muy graves en la calificación, pues llevaría a la calificación del vínculo en cuestión como una relación de naturaleza civil, dejando pasar desapercibidos los modernos rasgos de <<integración productiva>>.

IV. LOS LÍMITES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: LA BUENA FE COMO CRITERIO DE UTILIZACIÓN RACIONAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO HERRAMIENTAS DE TRABAJO

Al mismo tiempo que se actualiza la forma de llevar a cabo la prestación de servicios dependientes, se adapta también la forma de ejercer las facultades de control, organización y dirección del trabajo que nuestro ordenamiento confiere al empresario.

Utilizar herramientas informáticas como instrumentos de trabajo produce dos consecuencias principales:

³¹ “Una vez más, la línea de frontera de la aplicación del Derecho del Trabajo plantea una cuestión de correcta delimitación como consecuencia de la transformación de la realidad económica que constituye su base real. Y en el caso del teletrabajo, esta transformación tiene su origen en la creciente utilización de instrumentos y medios de telecomunicación en la prestación del trabajo”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999. pág. 103.

En primer lugar, tal y como se ha expuesto, los avances informáticos, cuando se utilizan como herramientas de trabajo consiguen intensificar al máximo del control empresarial y crean nuevos indicios de laboralidad, hasta ahora desconocidos. Pero además hay que tener en cuenta que la generalización de las nuevas tecnologías genera una segunda consecuencia:

En los casos en los que la prestación laboral se desarrolle utilizando para ello instrumentos tecnológicos propiedad de la empresa en cuestión, se intensifica el deber de diligencia debida del trabajador (art. 20.2 ET), al que le obligan los postulados de la buena fe. De tal forma, el trabajador queda obligado por una parte, a conservar y tratar de forma cuidadosa y responsable los instrumentos de trabajo, de elevado coste que la empresa pone a su disposición y por otra, a utilizarlos de forma racional de acuerdo con la finalidad productiva para la que se concedieron. Por tanto, el trabajador que tenga asignado el uso de cierto material informático se compromete a utilizarlo de forma racional y efectiva para el desarrollo de su prestación laboral y, aunque se permite una utilización moderada de tales medios para fines personales, tal uso no podrá repercutir negativamente sobre el rendimiento del trabajador, causar daños en el equipo, o provocar la pérdida de confianza del empresario³².

Pero lo que no se puede olvidar es que este nivel reforzado de buena fe exigible en las prestaciones de servicios que se valen de herramientas informáticas para su desarrollo (incluyendo como es obvio a los supuestos de teletrabajo) debe alcanzar también al empresario.

Al respecto, ha tenido que ser la jurisprudencia la que poco a poco y a golpe de sentencia haya ido perfilando los límites que la buena fe introduce sobre el ejercicio del poder de dirección del empresario que ha recurrido al “control informático”. De las decisiones jurisprudenciales más recientes se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1º) El despido disciplinario, como sanción más grave prevista en el ordenamiento jurídico laboral, y en virtud del principio de proporcionalidad implícito en

³² ROQUETA BUJ, R., “El despido por la utilización personal de los medios tecnológicos de información y comunicación de la empresa”, *Actualidad Laboral*, 2005 (ref. R599, www.laley.net).

el art. 25 CE, debe reservarse para los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores que tenga una trascendencia grave, y por tanto, no cabe aplicarlo en casos de utilización moderada de las herramientas de trabajo para fines personales³³.

2º) Además, buena fe con la que debe llevarse a cabo este control informático genera una segunda limitación:

Durante los últimos años se ha tomado conciencia de que la supervisión del trabajo por parte del empresario puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad del trabajador reconocido sin reservas en el art. 18 CE.

En este sentido, se llega a la conclusión de que no cabe aplicar al registro de las herramientas de trabajo las mismas garantías que el art. 18 ET impone para proceder al registro de los efectos personales del trabajador (aunque pueda quedar reflejada en ellos información personal del trabajador), aunque sí se deberán respetar otras garantías no exigidas directamente por el ET pero necesarias en todo caso para respetar la buena fe que vincula a ambas partes del contrato de trabajo:

Así, para entender que el control del trabajo se ha ejercitado dentro del *ejercicio regular* de las facultades directivas del empresario, no basta que recaiga sobre herramientas de trabajo puestas disposición del trabajador por parte de la empresa ni que se produzca dentro de la jornada laboral, sino que el TS ha completando el elenco de requisitos que determinan la licitud de este control exigiendo que se haya *comunicado previamente* al trabajador *la posibilidad* del empresario de *supervisar* el contenido de la información incorporada a los soportes informáticos propiedad de la empresa puestos a su disposición³⁴.

³³ Sobre este tema, CARRO IGELMO, A. J.; “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, *Revista Técnico-Laboral*, núm. 14, 1982, págs. 503 y ss. También son muy significativas la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 18 de junio de 2003 (AS 2003/256) y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 33 de Madrid de 21 de febrero de 2005 (AS 2005/473).

³⁴ Aprecia el juzgador que un comportamiento leal y razonable por parte del empresario le obliga a informar previamente a todos los trabajadores de que tal control puede ser realizado –sin necesidad como es obvio, de indicar el momento en que se va a realizar- (lo que en definitiva consigue que el trabajador tenga plena conciencia de las consecuencias que puede llevar aparejadas la transgresión del deber de diligencia) _en este sentido, véase la STS de 26 de septiembre de 2007 (nº. rec. 966/2006)_. Aunque la sentencia comentada se ocupa de valorar por el momento tan sólo la licitud del control de los datos archivados en el disco duro de un ordenador, es previsible entender que existen otros instrumentos puestos a disposición del trabajador sobre cuyo control pueden exigirse los mismos requisitos: correo

V. EL TELETRABAJO COMO SOLUCIÓN

Es cierto que el teletrabajo presenta innumerables ventajas:

Unas son de índole económica puesto que esta forma de trabajo ahorra al trabajador los costes de desplazamiento y al mismo tiempo permite a la empresa restringir costes fijos vinculados al mantenimiento bien de un centro de trabajo, bien de un centro de trabajo de suficiente capacidad como para albergar a la plantilla total de la empresa, alternativa nada desdeñable en una época de inestabilidad económica como la que se atraviesa.

Otra de las ventajas del teletrabajo se sustenta sobre el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de este tipo de trabajadores que, gracias a las horas de permanencia en el lugar libremente elegido (habitualmente su propio domicilio) podrán seguir asumiendo sus responsabilidades familiares sin tener que sacrificar por ello su vida profesional³⁵. Y es que obviamente el teletrabajo resulta ser una alternativa óptima si se quiere facilitar la conciliación de las oportunidades laborales de ambos sexos³⁶, actualmente muy poco utilizada.

Se debe tener presente en todo momento que el cambio de una prestación de servicios tradicional (realizada en modalidad presencial) al teletrabajo o a la inversa, debe realizarse necesariamente previo consentimiento de ambas partes implicadas (manifestado en el mismo momento en el que se plantee la solicitud o (aunque se trate de una posibilidad poco frecuente en la práctica) manifestado con anterioridad y

electrónico facilitado por la empresa, teléfonos móviles, agendas personales informáticas, etc. Al respecto, véase SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, A., “El acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores”, *Diario La Ley* nº. 5405, pág. 6; y THIBAUT ARANDA J., “*Control multimedia de la actividad laboral*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

³⁵ Propuestas de ésta índole aparecen en “Buenas prácticas en la negociación colectiva. Promoción de la igualdad de género y conciliación de la vida familiar y laboral”, AAVV, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, 2008, y en “Guía de la negociación colectiva en la Región de Murcia”, AAVV, Consejería de Educación, Formación y Empleo y Dirección General de Trabajo, Murcia, 2009.

³⁶ Véase la referencia que se realiza al Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo en “Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2003. Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva”, *Cuadernos de información sindical* nº. 36, 2003. Confederación sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2003, págs. 34 y 41.

plasmado –junto a las concretas reglas que articulen esta posibilidad- en el texto del convenio colectivo aplicable. En el caso de que no exista dicha conformidad, el cambio de una modalidad presencial a otra no presencial exigiría tramitar el cambio por la vía de la modificación sustancial (art. 41 ET) con la estricta consideración causal que ello implicaría.

Siguiendo con las ventajas del teletrabajo de cara a compatibilizar interés familiares y profesionales, parece muy útil proponer utilizar formas de teletrabajo temporales -en las que la “temporalidad” se predicaría tan sólo de la modalidad no presencial de la prestación de servicios y no de la vida relación laboral-, de forma que transcurrido el periodo en el que el trabajador se ve obligado a asumir cargas familiares que exigen especial dedicación, podrá reintegrarse en el desempeño de una prestación laboral presencial tradicional.

Por otra parte, puede ocurrir que tan sólo sea necesario recurrir al *teletrabajo parcial*, puesto que el trabajador puede desempeñar con normalidad durante parte de su jornada un puesto de trabajo que exige presencia física en la empresa, pero con el fin de facilitar la conciliación de su vida profesional y laboral, durante parte de su jornada de trabajo se le exime de presencia física en el lugar de trabajo marcado por el empresario, de forma que pasará a completar el total de horas de trabajo efectivo recurriendo al teletrabajo como modalidad de prestación de servicios.

De tal forma, sin necesidad de que la transformación de una prestación laboral de servicios presencial en no presencial implique una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, conviene tener presente que pueden introducirse altas dosis de elasticidad en la organización del trabajo implantando mecanismos específicos de conexión que (normalmente a través de Internet) permitan la comunicación constante no presencial de los trabajadores con su empresa y de los trabajadores entre sí -o al menos de aquéllos que tengan atribuidas funciones de mayor responsabilidad para los que resulta más difícil compatibilizar la asunción de cargas familiares con el cumplimiento efectivo de los objetivos inherentes a su puesto de trabajo-³⁷.

³⁷Ahora bien, no basta con introducir una cláusula tan genérica como hace el art. 10 del Convenio Colectivo de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE nº. 157 de 2 de julio de 2007), que en relación con la <<aplicación de nuevas tecnologías>> reconoce que: “Las partes firmantes del presente

Y es que las nuevas tecnologías utilizadas como herramientas de trabajo de carácter telemático tienen muchas más utilidades y aplicaciones laborales que la de generalizar el teletrabajo en la empresa: entre ellas, la de dotar al ciclo de producción de cierto margen de flexibilidad en el cumplimiento de las obligaciones laborales, de utilización voluntaria por parte del trabajador, que no puede considerarse en modo alguno como un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (como sí se produciría con el cambio de un trabajo presencial a teletrabajo) sino más bien de una modalidad *sui generis* de no uso por parte del empresario de sus facultades directivas, que dejaría de controlar la presencia física en el lugar del trabajo siempre que el trabajador mantuviese constante su nivel de productividad. Y es precisamente este objetivo cuya consecución se intenta facilitar generalizando la utilización en las empresas de instrumentos de comunicación telemática empresario/trabajadores:

· Por una parte, tal y como se ha indicado, facilitarían implantar en la empresa determinadas formas de flexibilidad en la organización del trabajo gracias a las cuales el trabajador podrá cumplir con los cometidos inherentes a su puesto de trabajo desde su domicilio particular o cualquier otro lugar libremente elegido por él, sin merma de su salario ni categoría, incluso cuando se ve obligado a trabajar en equipo. De esta forma, un sujeto puede mantener un mínimo de presencia en su hogar familiar, sin necesidad de tener que solicitar la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares (art. 37.5 ET) sin merma de su cometido profesional, sin necesidad de convertirse en un teletrabajador y sin dejar de asumir el mismo nivel de responsabilidades que mantenía hasta ese momento, simplemente atenuando (convencionalmente o previo acuerdo individual con su empresario) su obligación de presencia física³⁸.

· Y por otra, se evitarían gran parte de los viajes de negocios y supuestos de movilidad geográfica puntual por necesidades de la empresa (lo que en definitiva contribuye a facilitar la conciliación familiar y laboral y con ello, la igualdad de hombres y mujeres en el acceso y conservación, por ejemplo, de un puesto directivo).

Convenio Colectivo, coinciden en la conveniencia de proseguir el proceso de renovación tecnológica y racionalización del trabajo, con objeto de conseguir el más adecuado empleo de los recursos”.

³⁸ Cfr. <Medios de Comunicación>>, Diario Expansión, sección Empresas, martes 11 de marzo de 2008.

En definitiva, el trabajador gozaría así de la mayor parte de las ventajas inherentes a la reducción de jornada, sin tener que hacer frente a ninguno de sus inconvenientes pues aunque no se reduzca la duración de su jornada total sí se ve beneficiado por una atenuación de su deber de presencia, sin que ello implique una reducción proporcional del salario.

Al respecto no puede dejar de recordarse que en unos casos, la retribución de estos teletrabajadores, tal y como permite el art. 26 ET, se determina por tiempo trabajador (controlándose entonces las horas virtuales de trabajo efectivo a través de respectivos programas informáticos), pero en otros, se pacta una retribución por unidad de obra, lo que implica marcar unos objetivos de trabajo que el teletrabajador podrá cumplir en el lugar que libremente elija y en el horario de trabajo que más le convenga.

Pero lo que no se puede negar es que el teletrabajo utilizado como forma de organización del trabajo tendente a facilitar la conciliación de la vida personal laboral presenta un serio inconveniente: no se puede establecer en cualquier tipo de presentación de servicios, puesto que puede darse el caso de que los intereses empresariales sólo se satisfagan si el trabajador está presente físicamente en el lugar de trabajo (como ocurre normalmente cuando se precisa la utilización de maquinaria determinada, en trabajos que requieran fuerza física, cuando se ha implantado el trabajo a turnos, o en muchos de los supuestos en los que se deba trabajar en equipo)³⁹.

Además de todo ello, existe otro argumento, totalmente distinto al anterior, que sirve en la práctica para revalorizar notablemente el valor del teletrabajo en el actual modelo productivo: así, aunque no es un requisito imprescindible, en muchas ocasiones, la teleprestación de servicios va unida indisolublemente a la flexibilidad del tiempo de trabajo, lo que permite el trabajador compatibilizar diversos puestos de trabajo. Y es que el pluriempleo en muchos casos se convierte en la única alternativa posible para mantener un nivel de ingresos aceptable dada la especial rigidez actual del mercado de trabajo.

³⁹ Arts. 10.1 y 36.3 ET.

VI. CONCLUSIONES: PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LAS GARANTÍAS DEL ART. 13. ET

El <<trabajo a domicilio>> se regula como una relación laboral con especialidades. Y estas especialidades, que se limitan a imponer determinadas exigencias formales, están destinadas a garantizar la efectividad de los derechos laborales de este tipo de trabajadores. En cambio, los supuestos de teletrabajo por cuenta ajena que no se acomoden a la configuración legal del <<trabajo a domicilio>> seguirán siendo relaciones laborales ordinarias, sin poder gozar de las garantías que impone el art. 13 ET.

El legislador no se ha decidido a enumerar expresamente <<el teletrabajo>> como una de las modalidades de contratación laboral atípica a las que el art. 8. 2 ET impone la forma escrita, ni existe por el momento una disposición legal que extienda esta obligación de formalización en relación con los teletrabajadores dependientes. Por tanto, la única respuesta legal que parece adecuarse al perfil del teletrabajador y que puede utilizarse para dificultar los fenómenos de fraude, es la regulación que el art. 13 ET ofrece para el <<trabajo a domicilio>>⁴⁰.

Ahora bien, en realidad, la forma escrita en el contrato de trabajo actuará siempre como un requisito *ad probationem*; es decir, como mero vehículo de garantía formal de los derechos de los trabajadores, constituyendo un medio de prueba válido para demostrar la existencia real de la relación laboral. Eso sí, en ausencia de esta obligación formal, puede llegar a ser muy difícil de probar la verdadera existencia de una relación laboral en la que se acuerda prestar una modalidad de <<teletrabajo dependiente>>.

La mejor manera de evitar esta práctica abusiva consiste en exigir la formalización de los contratos de trabajo concertados con teletrabajadores. Gracias a esto, se podrán ejercer sobre el teletrabajo las medidas de protección que corresponden a todo trabajador dependiente y que permitirán comprobar que el empresario respeta

⁴⁰ Ahora bien, “una segunda cuestión que debe plantearse es si las pocas condiciones específicas que enumera el art. 13 ET para solventar los problemas particulares del viejo trabajo a domicilio son válidas para el nuevo”. GALLARDO MOYA, R. “*El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*”, Ed. Ibidem, Madrid, 1998, pág. 84.

escrupulosamente las medidas de prevención de riesgos laborales, que está al corriente de sus obligaciones en materia de Seguridad Social, que los teletrabajadores son capaces de participar en la negociación colectiva, y que se les respetan los mínimos de derecho necesarios fijados por la ley y por el convenio colectivo aplicable⁴¹.

Y para alcanzar este objetivo de formalización, en ausencia de una respuesta legal específica para los teletrabajadores, resultaría muy útil extender las garantías del art. 13 ET⁴². Lo que ocurre es que, tal y como se ha expuesto, la doctrina mayoritaria no se muestra acorde con la aplicación generalizada del concepto <<trabajo a domicilio>> a la mayor parte de los fenómenos de teletrabajo. Tampoco la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto. Las decisiones jurisprudenciales se limitan a determinar la naturaleza jurídica del vínculo, laboral o civil, analizando si existen suficientes rasgos de <<integración productiva>>, intentando determinar el posible valor indiciario de rasgos atípicos de control empresarial con el fin de que un teletrabajador no se confunda injustificadamente con un trabajador autónomo simplemente por el hecho de que su prestación de servicios no se acomode a ninguno de los rasgos clásicos de control empresarial, simplemente porque no se han tomado en consideración nuevos signos de <<dependencia jurídica>>, hasta ahora poco conocidos⁴³, pero no se pronuncian acerca de la consideración del teletrabajo como modalidad *sui géneris* de trabajo a domicilio.

Por tanto, en ausencia de una norma que expresamente imponga la exigencia de focalización escrita, la regla general seguirá siendo la <<libertad de forma >> que rige con carácter general en las relaciones laborales, tal y como reconoce el art. 8.1 ET.

La solución a este problema es mucho más sencilla de lo que a primera vista puede parecer: para ampliar de manera generalizada el ámbito de aplicación del <<trabajo a domicilio>> a la mayoría de los fenómenos de teletrabajo realizados por cuenta ajena, bastaría con estimar que el control empresarial que encubre la desacertada

⁴¹ El Acuerdo Nacional sobre Negociación Colectiva del año 2003, (en adelante ANC 2003) incluye un compromiso genérico de contribuir a la igualdad de la efectividad de las garantías y derechos laborales, entre los teletrabajadores, y los trabajadores que, en sentido opuesto, se pueden calificar como ordinarios. Ahora bien, este compromiso genérico pasaría a ser innecesario si se consiguiese extender la interpretación que la doctrina realiza actualmente de la configuración legal del <<trabajo a domicilio>>.

⁴² Numerosos autores ponen de manifiesto la necesidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico una respuesta legal específica para el teletrabajo. En éste sentido, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999. pág. 120.

⁴³ Por todas, la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 1999, (AS 1999/3321).

expresión legal de “*sin vigilancia del empresario*” sencillamente <<no se acomode al control tradicional>>, sin necesidad de exigir, como viene ocurriendo hoy en día, que concurra el estricto requisito de que el control empresarial <<no se ejercite de forma constante>> (o, ni tan siquiera <<potencialmente constante>>). Este sutil cambio interpretativo sería suficiente para ampliar el ámbito de protección del art. 13 ET sin necesidad de esperar a que exista una modificación legal que expresamente ofrezca una respuesta específica que solvete la desprotección que sufren los teletrabajadores⁴⁴.

Se podría afirmar entonces que el “control” del teletrabajo dependiente, siempre se aleja de las características del control empresarial clásico, pues ni es *personal* ni *inmediato* (puesto que no se puede apoyar en la presencia física simultánea de trabajador y empresario en el mismo lugar de trabajo), sino que siempre es *informático* o *tecnológico*, y por ello, *mediático* o *instrumental*.

De prosperar esta interpretación, la mayoría de los teletrabajadores dependientes, podrían acogerse a la regulación prevista en el art. 13.1 ET -siempre y cuando respeten los demás presupuestos legales del trabajo a domicilio (esto es: que realicen su actividad profesional fuera de las dependencias de la empresa, en el lugar libremente elegido por ellos)-. Por tanto, se propone desde estas líneas revalorizar el <<trabajo a domicilio>> para que pueda acoger a cualquier tipo de teletrabajador dependiente que realice el trabajo por cuenta ajena y fuera de las dependencias de la empresa y en el lugar elegido por sí mismo. Y es que aunque la realidad sociológica para la que surgió el trabajo a domicilio sea muy diferente a la actual, posiblemente exista suficiente identidad con la realidad sociológica actual en la que se desenvuelve el teletrabajo, como para justificar la interpretación extensiva del concepto legal del art. 13.1⁴⁵. De esta manera, se podrá

⁴⁴ Cfr. SELLAS I BENVINGUT, R. “*El régimen jurídico del teletrabajo en España*”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 94. “(...) considero que existen suficientes argumentos capaces de justificar el encuadramiento del teletrabajo en sus distintas modalidades en el esquema legal del trabajo a domicilio en el art. 13.1 ET a través e una reinterpretación de lo que parece ser el único escollo jurídico del intento”.

⁴⁵ Encuadrar el teletrabajo dependiente, a pesar de las opiniones doctrinales en contra, en el <<trabajo a domicilio>> sería el resultado lógico de interpretar la literalidad del art. 13.1 ET según “*la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicado*”, respetando así una de las reglas interpretativas del art. 3.1 C.C. En este sentido, THIBAUT ARANDA, J., “*El teletrabajo*”, CES, Madrid, 2000, pág. 63, reconoce que “Es incontestable que la realidad sociológica para la que surgió y se concibió esta modalidad de trabajo a domicilio se sitúa en las antípodas del teletrabajo, pero el destino sociológico de una institución no puede constituir óbice alguno para su aplicación a situaciones diferenciadas, mientras que cumplan los rasgos definitorios exigidos por la norma positiva que regula la institución en cuanto a tal”. En la misma línea, SELLAS I BENVINGUT, R., “*El régimen jurídico del teletrabajo en España*”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 94.

seguir ofreciendo una respuesta legal adaptada a las necesidades sociales de protección sin necesidad de recurrir a una modificación legal que expresamente solvete el problema.