

XXXI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y RELACIONES LABORALES ANTE EL ACTUAL ESCENARIO SOCIAL Y ECONÓMICO

Cádiz, 13 y 14 de diciembre de 2012

Comunicación presentada a la Ponencia: Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo

Titulada “El Derecho del Trabajo en el nuevo trabajo a distancia”

Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez

Universidad de Sevilla

Resumen: Esta Comunicación aborda la reforma del art. 13 ET teniendo en cuenta que el trabajo a distancia es una forma de manifestación de la prestación de servicios, y no una modalidad contractual. Entendemos que cuando el trabajo a distancia se realiza con las tecnologías de la información y comunicación se necesita una regulación legal que dote de garantías al teletrabajo. La sustitución del contrato de trabajo a domicilio por el trabajo a distancia parece dejar al primero sin regulación específica aunque el legislador mencione expresamente el acuerdo de voluntades. Consideramos que hubiera sido más acertado regular el contrato de trabajo a distancia partiendo de la existencia del tradicional contrato a domicilio. El Derecho del Trabajo en el nuevo trabajo a distancia no puede reducirse a una modificación del viejo contrato de trabajo a domicilio.

Palabras clave: trabajo a distancia, contrato de trabajo a domicilio, teletrabajo.

Índice:

1. La inconclusa reforma del art. 13 del Estatuto de los Trabajadores
2. Las razones que justifican la nueva regulación: ¿trabajo a distancia o teletrabajo?
3. La «desregulación» del contrato de trabajo a domicilio
4. La nueva modalidad de contrato de trabajo: ¿trabajo a distancia?
5. El carácter alternativo de la realización de la actividad a distancia y el poder de control y vigilancia del empleador

6. Conclusiones

1. LA INCONCLUSA REFORMA DEL ART. 13 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Continuando con el período de reformas iniciado en el año 2010, el 7 de julio de 2012 se publica en el BOE la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹. Se trata de una ley cuyo Preámbulo reproduce el del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero. Sin embargo, su articulado introduce ciertos ajustes una vez concluida la etapa parlamentaria, que vienen a confirmar la tendencia al alza de la flexibilidad laboral, y la ruptura con la etapa anterior justificada por la crisis económica que atraviesa España desde 2008 y por “las debilidades del modelo laboral español”.² De todos son conocidas las razones que el legislador argumenta para justificar los profundos cambios que proponen en las relaciones laborales: la destrucción de empleo, sobre todo en el colectivo de jóvenes, y la incertidumbre a la hora de entrar en el mercado de trabajo español³; el desempleo de larga duración, las elevadas tasas de temporalidad y los efectos

1

□ En relación a la reforma del 2010 y sobre la necesidad de introducir modificaciones en el marco legal en el mercado de trabajo agudizada por la crisis económica-financiera que va acompañada de una “una rápida, intensa e insólita destrucción de puestos de trabajo”, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Las claves de la reforma laboral 2010”, material multicopiado. Ciclo de Conferencias del Título de Experto Universitario del CARL y el Centro de Formación Permanente de la Universidad de Sevilla, “Líneas generales de las Reformas del Mercado de Trabajo 2010/2011”, celebrado el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el 13 de mayo de 2011, p. 1. También GÓMEZ, V., “La reforma laboral de 2010: crónica de un diálogo social frustrado”, en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo y la ley 35/2010*, La ley, Madrid, 2011, pp. 57 a 76.

2

□ Con respecto a las críticas al modelo laboral español, véase por ejemplo el Comunicado de CEOE sobre el Derecho de reforma laboral en relación con el RDL 10/2010, de 16 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, publicado en la Diario La Ley, núm. 7441, de 8 de julio de 2010, La Ley 8372/2010.

3

□ No obstante, llama la atención un estudio del Banco de España con respecto a los efectos de la intensa subida del salario mínimo que se produjo en España entre los años 2004 y 2010 sobre la probabilidad individual de perder el empleo, utilizando datos de registro de la Seguridad Social. Se llega a demostrar que un empleador que se enfrente a un incremento uniforme del salario mínimo puede encontrar ventajoso retener a los trabajadores jóvenes y despedir a los mayores, en GALÁN, Sofia; PUENTE, Sergio, *Minimum wages: do they really hurt Young people?*, Documentos de Trabajo, nº 1237, Banco de España, 2012, p. 26. Sobre un enfoque integral del problemas de los jóvenes, TIRABOSCHI, M. “El desempleo

relevantes que provocan sobre el sistema de la Seguridad Social, en relación al gasto en prestaciones económicas por desempleo y a la disminución considerable del número de afiliados al sistema. Según el legislador, es la crisis económica la que pone en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. La gravedad de la situación económica y del empleo exige adoptar una reforma inmediata que proporcione a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo⁴. En la actualidad, pasado un periodo prudencial desde la entrada en vigor de la norma, podemos afirmar que esa finalidad no sólo no se ha alcanzado, sino que el problema se ha agravado hasta el punto de alcanzar unas cifras de desempleo muy elevadas y un mayor número de expedientes de regulación de empleo, algunos de ellos de considerables dimensiones⁵. Por otro lado las dudas presentadas por algún sector sobre la constitucionalidad de la reforma han supuesto la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por el grupo mayoritario en la oposición⁶. Estas son cuestiones introductorias importantes que

juvenil en tiempos de crisis: ¿una advertencia a Europa (continental) para refundar el Derecho del Trabajo?, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012, pp. 4 a 25.

4

□ Preámbulo primero de la Ley 3/2012.

5

□ En octubre de 2012 la cifra es de 4.833.521 trabajadores, en http://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_avance/datos/datos_2012/AV_SISPE_1210.pdf. Con respecto a la regulación de empleo durante los siete primeros meses de 2012, se autorizaron/comunicaron a la Administración, 19.879 ERE que afectaron a 271.835 personas. En el mismo período de 2011, hubo 11.529 expedientes y 174.964 afectados. Estos datos suponen con respecto al año anterior un aumento del 72,4% en cuanto al número de procesos, y del 55,3% sobre el volumen de afectados http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc124899_Informacion_Estadistica_sobre_Expedientes_de_Regulacion_de_Empleo..pdf, Entre los expedientes de regulación de empleo sobresale el anunciado por International Airlines Group (IAG), empresa resultante de la fusión de British Airways e Iberia, que incluye un recorte de plantilla de 4.500 personas, en http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/doc124899_Informacion_Estadistica_sobre_Expedientes_de_Regulacion_de_Empleo.pdf.

6

□ Recurso de Inconstitucionalidad frente a la Ley 3/2012, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, presentada por el Grupo parlamentario socialista por entender que algunos elementos

nos pueden servir para preguntarnos si la reforma del art. 13 ET es acertada, y si responde a la finalidad prevista y anunciada por el legislador en el preámbulo de la ley y, en su caso, si tiene alguna repercusión sobre los derechos y libertades públicas de los trabajadores contemplados en nuestra Carta Magna. La intención del legislador es dotar de garantías al teletrabajo, y para ello acomete una reforma del art. 13 ET que, desde un punto de vista sistemático y formal, no llegamos a comprender demasiado y nos lleva a considerar que la reforma del contrato de trabajo a domicilio es necesaria pero deficitaria⁷. Intentaremos a continuación justificar esta idea que estamos señalando, dado que el legislador menciona al teletrabajo en su preámbulo, para contemplar más tarde entre las modalidades contractuales el denominado trabajo a distancia, en sustitución del tradicional contrato de trabajo a domicilio.

2. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA NUEVA REGULACIÓN: ¿TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO?

El legislador nos indica en su Preámbulo III que el capítulo II de la ley recoge diversas medidas dirigidas a fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo. Estas medidas tratan de favorecer especialmente a jóvenes desempleados y a las PYMES, porque son los que están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica⁸. Más adelante afirma que “el deseo de promover nuevas formas de

claves de la reforma alteran sustancialmente el modelo democrático de relaciones laborales y supone una alteración del equilibrio de intereses en juego en el mundo de las relaciones laborales. Y, por lo tanto, entiende que la reforma atenta contra preceptos específicos del texto constitucional, con lesión de elementos esenciales del modelo constitucional. En contra CABERO IGLESIAS, M., “Reforma del mercado laboral. Impresiones de una primera lectura”, *Diario La Ley*, núm. 7824, 2012, p. 2 (La Ley 2851/2012).

7

□ Véanse las obras clásicas DE LA VILLA GIL, L.E., *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966; DE LA VILLA GIL, L.E; GARCÍA NINET, J.I., “ Contrato de trabajo a domicilio”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El Estatuto de los Trabajadores, Tomo III. Art. 8 a 13*, Edersa, Madrid, 1985.

8

□ En octubre de 2012, las cifras alcanzan los 487.387 demandantes registrados de empleo menores de veinticinco años. Fuente: Datos Estadísticos del Servicio Público de Empleo (SEPE),

desarrollar la actividad laboral hace que dentro de esta reforma se busque también dar cabida, con garantías, al teletrabajo: una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal”⁹.

El legislador realiza una mención acertada al teletrabajo, teniendo en cuenta que éste surge en los Estados Unidos en los años 70 como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y de una crisis energética que obliga a las empresas a plantearse la reducción de los costes para hacer frente a la fuerte subida del precio del petróleo¹⁰. En realidad, el teletrabajo es una forma de organización del trabajo que tiene tantas ventajas como inconvenientes para los trabajadores y la empresa, teniendo en cuenta la flexibilidad organizativa que permite el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. El teletrabajo no ha tenido una regulación legal específica, y su regulación recae en la negociación colectiva, concretamente en los acuerdos de teletrabajo de cada empresa, sector o institución

http://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_avance/demandantes/index.html. En el año 2010, las PYMES, afectadas por la crisis, sufren una destrucción de 40.388 empresas, lo que supone una reducción del -1,23% con respecto a 2009 y del -5% respecto al máximo alcanzado en 2008, Secretaría General de la Industria y de la Pequeña y Mediana empresa, *Retrato de las PYME 2012*, Madrid, 2012, p. 1 en http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2012.pdf.

9

□ En el Informe “Europa y la Sociedad Global. Recomendaciones al Consejo Europeo”, que estudió los diversos aspectos de la Sociedad de la Información y se debatió en el Consejo Europeo de Corfú los días 24 y 25 de junio de 1999, entre las ventajas del teletrabajo figuran 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.

10

□ Véanse las obras de NILES, Jack, *The telecommunications-transportation tradeoff, Options for tomorrow and today*, Jala Internacional, California, 1973; ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; PIZZI, Paolo, “Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del telelavoro”, *Rivista giuridica del lavoro*, 1997-I; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo: análisis jurídico laboral*, CES, Madrid, 2000.

pública¹¹. En el año 2000, desde instancias europeas y en el contexto de la Estrategia Europea de Empleo, se invita a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo, que incluyeran acuerdos de trabajo flexible, con el objeto de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y lograr el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad. En este contexto la Comisión Europea en la segunda fase de consulta con los interlocutores sociales sobre la modernización y mejora de las relaciones de trabajo, invitó a los interlocutores sociales a iniciar negociaciones sobre el teletrabajo. Éstas concluyen con la firma del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo de 16 de julio de 2002. Sin embargo, es un acuerdo que se aprueba por la vía del artículo 138 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), es decir, mediante la voluntad de los agentes sociales en base a la autonomía colectiva, y cuya aplicación se remite a la negociación colectiva de cada país miembro. Por lo tanto, son los propios sindicatos y las organizaciones empresariales que pertenezcan a las organizaciones europeas los que deben incorporar voluntariamente en sus convenios colectivos los principios y directrices estipulados en el AMET¹². La naturaleza jurídica del Acuerdo y el mecanismo por el que han optado los interlocutores sociales nacionales para su introducción no favorecen la implantación normativa del teletrabajo, dado que ha sido incorporado mediante un anexo en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, en donde formalmente no se han

11

□ Entre otros, Acuerdo Colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el BBVA en régimen de teletrabajo, de 27 de julio de 2011; Telefónica de España, 19 de julio de 2011, BP OIL España SAU, 22 de julio de 2010; France Telecom España (2010-2013); Nokia Siemens Networks, 30 de mayo de 2010; Personal Laboral de la Comunidad de Euskadi, 26 de marzo de 2010; Alcatel-Lucent-España, de 31 de agosto de 2009; Telefónica Móviles de España, de 11 de agosto de 2009; Grupo Repsol YPF, de 17 de junio de 2009; Oficinas y despachos, de 30 de enero de 2009; Prensa Diaria, de 3 de diciembre de 2008; Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de 3 de junio de 2008; Industria Química, de 9 de agosto de 2007; Oficinas y Despachos de Navarra, de 18 de julio de 2007; Telefónica de España, de 14 de febrero de 2006; Ayuntamiento de Vallgorguina (Barcelona), de 11 de abril de 2003.

12

□ PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco, “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica”, *RL*, Tomo I, 2005, p 1328.

asumido apenas compromisos, y prácticamente se reduce a un acuerdo de contenido obligacional entre las partes y, por lo tanto, sin fuerza vinculante alguna¹³.

Esto significa que es necesario dotar al teletrabajo de garantías, y para ello el legislador decide modificar la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, con la intención de dar cabida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso de las nuevas tecnologías. En este sentido, nos preguntamos si la regulación del nuevo trabajo a distancia conlleva el tan ansiado equilibrio entre derechos y obligaciones de los trabajadores a distancia o, si por el contrario, las profundas modificaciones llevadas a cabo en la Ley 3/2012 conducen a un desequilibrio entre las distintas posiciones en el contrato de trabajo, cuestión que abordaremos más adelante¹⁴. Entendemos que existen suficientes razones que justifican el cambio, y sin embargo el legislador acomete este tema con ligereza sin tener en cuenta, por ejemplo, que para regular el teletrabajo no era necesario dejar desregulado el contrato de trabajo a domicilio¹⁵. La creciente presencia del teletrabajo en la sociedad plantea la necesidad de revisar las relaciones laborales basadas en el modelo presencial. En este sentido consideramos que no todo trabajo a distancia es teletrabajo, como tampoco todo

13

□ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social, Sevilla, p. 145; SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “La negociación colectiva europea y los acuerdos “libres”: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el teletrabajo”; *RL*, núm. 20, 2002, p. 112.

14

□ En CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel; “Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)”, *La Ley 16451/2012*, p. 12, estamos ante “reformas de adaptación que curiosamente no se llevan a tantísimos preceptos del ordenamiento laboral y de seguridad social, empezando por el Estatuto de los Trabajadores, que han quedado desactualizados, especialmente en materia de clasificación profesional”.

15

□ Véanse las Enmiendas al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral núm. 40, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto); núm. 128, Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUIA, CHA: La Izquierda Plural; núm. 493 Grupo Parlamentario Socialista; publicadas en el BOCG, Serie A, Proyectos de ley, de 27 de abril de 2012, núm. 4-6.

teletrabajo es trabajo a domicilio integrado en el «nuevo contrato de trabajo a distancia». El teletrabajo se presenta con varias tipologías, y muchas de ellas con distintas manifestaciones, desde el momento en que puede compaginarse con la realización de la prestación de servicios por parte del trabajador en el mismo centro de trabajo o empresa¹⁶. Esto último permite que convivan, desde un punto de vista jurídico, dos categorías de teletrabajadores; por un lado los considerados como sujetos de una relación laboral común, y por otro los incluidos en la modalidad contractual del trabajo a distancia¹⁷.

3. LA “DESREGULACIÓN” DEL CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO

Consideramos que la actual redacción del art. 13 ET deja vacío de contenido normativo el contrato de trabajo a domicilio, al sustituirlo por el denominado trabajo a distancia como modalidad contractual. La nueva regulación viene a entender por trabajo a distancia la prestación de la actividad laboral realizada en el domicilio del trabajador u otro lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa¹⁸. Se trata de una denominación cercana a la aportada en el Convenio de la OIT, núm. 177 sobre el trabajo a domicilio, en cuanto que omite la

16

□ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Teletrabajo” en AAVV, obra cit. p. 871.

17

□ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, “Apoyo al empleo estable y modalidades de contratación”, en MONTOYA MELGAR, Alfredo; GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 86.

18

□ En general, sobre los precedentes del contrato de trabajo, OJEDA AVILÉS, Antonio, “La genealogía del contrato de trabajo”, *REDT*, núm. 135, 2007. En LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “Trabajo a distancia”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús; GARCÍA PERROTE, Ignacio; GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, José Ramón, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 166, con la modificación del artículo 13 ET el teletrabajo se ajusta al régimen jurídico previsto para el trabajo a distancia.

nota caracterizadora del contrato de trabajo a domicilio, es decir, sin la vigilancia del empresario¹⁹. Pero también es una definición cercana a la aportada en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, desde el momento en que un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular²⁰. Entendemos que se produce un proceso de desregulación del tradicional contrato de trabajo a domicilio, cuya redacción originaria solamente incluía al teletrabajo no sujeto al control del empresario²¹. El nuevo art. 13 ET está pensado principalmente para un trabajo a distancia determinado: el teletrabajo a domicilio alternativo con la realización de la prestación de servicios en el centro de trabajo o empresa. Sin embargo, aunque no deja al margen a otras formas de teletrabajo, sí excluye al propio contrato de trabajo a domicilio, máxime cuando contempla el trabajo a distancia como modalidad contractual. Así, por ejemplo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción profesional de los trabajadores a distancia, el art. 13 ET contempla entre las obligaciones del empresario la de informar a éstos de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo

19

¹⁹ En el C. 177 de la OIT se entiende por trabajo a domicilio “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...”.

20

²⁰ En el AMET se define el teletrabajo como una “forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información (...) en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”.

21

²¹ El contrato de trabajo a domicilio se definía como aquél en que la prestación de la actividad laboral se realizaba en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario. La verdadera característica del trabajo a domicilio y, por lo tanto, del trabajo a distancia es que se realiza en un lugar distinto sin la vigilancia directa e inmediata del empresario, en DE LA VILLA GIL, L. Enrique; GARCÍA NINET, J. 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. 130; SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 59.

presencial en sus centros de trabajo²². Es obvio que se está pensando únicamente en el teletrabajo o en el trabajo telemático, y se olvidan de las tradicionales formas de prestación de servicios a distancia en el domicilio del trabajador, que difícilmente permiten la realización de esa prestación de servicios en una empresa o centro de trabajo²³. Piénsese en la existencia de empresas con tantos «centros de trabajo» como domicilios en donde los trabajadores realicen la prestación de servicios. También en los lugares de trabajo de empresas deslocalizadas, por no mencionar aquellas otras contratas y subcontratas o formas de organización en un proceso de descentralización o deslocalización productiva²⁴. O bien, por ejemplo, en la realización de ciertas actividades o funciones de ciertos puestos de trabajo propias de la industria de la confección, que ha sido la desencadenante de la consolidación del trabajo a domicilio como forma productiva²⁵.

22

□ En la Proposición de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con objeto de regular el teletrabajo, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG de 19 de noviembre de 2010, Serie B, núm. 285-1 entre las obligaciones del empresario se contemplaba que debía informar al trabajador sobre eventuales restricciones en el uso del los equipos de trabajo, en particular las herramientas informáticas y los servicios de comunicación.

23

□ En sus orígenes el teletrabajo se identifica con el trabajo a domicilio, SÁNCHEZ RODAS, 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.

24

□ Sobre el tipo de responsabilidad empresarial en materia salarial en los supuestos de contratas y subcontratas no amparadas por el ordenamiento laboral, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, *TS*, núm. 198, 2007, p. 48.

25

□ DE LA VILLA GIL, L. Enrique, *El trabajo a domicilio*, Aranzadi, Pamplona, 1966, p. 34.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, entendemos que es más acertada la denominación de «contrato de trabajo a distancia» que la del «trabajo a distancia»²⁶. El trabajo a distancia es una forma de organización del trabajo que se ha incluido como modalidad contractual en el capítulo I, Sección 4ª del ET. Y así, consideramos que la reforma es manifiestamente insuficiente porque además de no regular el teletrabajo con suficientes garantías como vamos a ver a continuación, deja al contrato de trabajo a domicilio tradicional falto de regulación estricta. Tal y como queda la redacción aportada por la reforma del art. 13 ET, ésta parece pensada para una forma moderna de organización del trabajo, sin contar con aquella otra propia del trabajo tradicional, sobre todo porque el trabajo a distancia no es una modalidad contractual, sino una forma de organización de la actividad productiva empresarial. En este sentido, nos preguntamos por qué el legislador realiza una reforma del art. 13 ET tan desafortunada, adoptando la denominación del trabajo a distancia -y no la del contrato de trabajo a distancia- dentro de las modalidades contractuales, y mencionando el teletrabajo en la Exposición de Motivos. Se pretende contemplar el teletrabajo dentro del trabajo a distancia como forma de organización del trabajo y como modalidad contractual²⁷. De todos son conocidas las ventajas del teletrabajo para el trabajador, como pueden ser una mayor flexibilidad en la determinación de la jornada de trabajo laboral, un aumento de libertad, tanto profesional como personal, una reducción de los desplazamientos y una mejora en la conciliación de

26

□ En el término adoptado en la Proposición de Ley de apoyo a los emprendedores presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B núm. 325-1, de 15 de julio de 2011. En esta Proposición dicen regular el teletrabajo acometiendo la reforma del contrato de trabajo a domicilio por el contrato de trabajo a distancia.

27

□ Véanse las justificaciones de las enmiendas presentadas al Proyecto de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (procedente del Real Decreto-ley 372012, de 10 de febrero, BOCG, Serie A, 27 abril de 2012, núm. 4-6: Enmienda núm. 40, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto); Enmienda núm. 128, firmante Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La izquierda Plural; Enmienda núm. 493, firmante Grupo Parlamentario Socialista. Así como también, en alguna medida, la Enmienda núm. 307, Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia.

la vida laboral y familiar²⁸. Se ha llegado a afirmar que el teletrabajo representa una oportunidad inmejorable para los colectivos de difícil inserción laboral, tales como las personas con discapacidad²⁹. No obstante, puede ser una “trampa” para el trabajador y para esos colectivos, en el sentido de que se convierta en un recurso que pueda repercutir negativamente en los derechos de los trabajadores si no se dota de las suficientes garantías que, hoy por hoy, no existen con la actual regulación³⁰. Consciente de esta deficiencia normativa, el Ejecutivo se ha comprometido al desarrollo del teletrabajo y a adoptar las medidas necesarias para favorecer la conciliación de vida personal, familiar y laboral en el área del empleo³¹. No obstante, no creemos que la vía más adecuada sea la reforma planteada en el art. 13 del ET, sino más bien una Ley sobre el teletrabajo que recoja sus peculiaridades y la protección de los derechos de los teletrabajadores con garantías, como hemos mantenido en diversas ocasiones³².

28

□ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”, *AS*, núm. 11, 1998, p. 54.

29

□ Ventajas recogidas en la Proposición de ley de modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con objeto de regular el teletrabajo, (BOCG, Serie B, 19 de noviembre, núm. 285-1).

30

□ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral*, obra cit., p. 189. En contra, SERRANO GARCÍA, Juana M^a, “El teletrabajo parcial como instrumento para la conciliación en la negociación colectiva”, *RDS*, núm. 45, p. 211.

31

□ Compromiso adquirido por la Ministra de Empleo y Seguridad Social ante la Comisión de Empleo y Seguridad Social. Comparecencia a petición del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Número de expediente 213/000093), BOCD, Diario de Sesiones, 2012, X Legislatura, 7 de febrero de 2012, núm. 37.

32

□ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 63; También en “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, MTAS, Madrid, 2000, p. 889.

4. LA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATO DE TRABAJO: ¿TRABAJO A DISTANCIA?

El trabajo a distancia, o mejor dicho el contrato de trabajo a distancia, es aquél en que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de la empresa. El legislador ha optado por una denominación amplia que presenta varias cuestiones que entendemos pueden ser conflictivas. En primer lugar, en relación con la pretensión del legislador de concretar cuándo estamos ante una actividad propiamente a distancia, utilizando un término indeterminado que debemos precisar: el de “preponderante”. Y, en segundo lugar, en relación con el lugar de realización de esa actividad preponderante, es decir, el domicilio u otro lugar libremente elegido. En relación con la primera cuestión debemos tener en cuenta que la preponderancia hace referencia a algo «que prevalece o tiene cualquier tipo de superioridad respecto a aquello con lo cual se compara»³³. Esto significa que debemos cuantificar la actividad no presencial y compararla con la actividad presencial, para observar si la primera es superior respecto a la segunda. En este sentido, la doctrina laboralista acuñó este término para referirse a todo tipo de actividad no presencial realizada en un 20% o más del tiempo ordinario de trabajo para referirse a uno de los rasgos caracterizadores del teletrabajo y común al trabajo a domicilio: el trabajo a distancia³⁴. Hacemos referencia al teletrabajo, y no al trabajo a distancia, porque la

33

□ Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es/drae/?val=preponderante.

34

□ 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, p. 316.

exigibilidad del carácter preponderante de la actividad a distancia es un requisito que se trató sobre todo con respecto a esa forma peculiar de la organización de la actividad productiva. En la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012 se señala que «se considerará preponderante aquel trabajo que se realice, en un 20% o más del tiempo ordinario de trabajo, fuera de las instalaciones de la empresa»³⁵. Esta opción se retoma para darle al artículo 13 la nueva denominación, pero distinguiendo el contrato de trabajo a domicilio del teletrabajo. «Artículo 13. Trabajo a distancia: Contrato de trabajo a domicilio y Teletrabajo». Así, el primero conserva la anterior definición pero incorporando la modificación del C. 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio: «sin la vigilancia del empresario», y el segundo se refiere -con buen criterio- al teletrabajo como una forma de organización o realización del trabajo. Con ello se pretende dotar al teletrabajo de una definición legal, pero consideramos que con un grave error en el sentido de que el art. 13 ET contempla las modalidades del contrato de trabajo, por lo que creemos que deberían haber optado por la conceptualización del contrato de trabajo a distancia telemático, y un posterior desarrollo con todas las garantías legales³⁶. El trabajo a distancia es un rasgo del teletrabajo que no supone novedad en el Derecho del Trabajo³⁷, ya que el teletrabajador no realiza la prestación de servicios acordada en el lugar típico de referencia o en los habituales espacios de la empresa³⁸.

35

□ Enmienda núm. 1, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto), BOCG, Serie A, 27 de abril de 2012, núm. 4-6.

36

□ Véanse la enmienda núm. 40, firmante Joan Tardà i Coma (Grupo Parlamentario Mixto), BOCG, Serie A, de 27 de abril de 2012, núm. 4-6. En parecidos términos la Enmienda núm. 76, firmante Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La izquierda Plural. En cambio, la enmienda núm. 7, firmante Grupo Parlamentario Socialista, realizando esta distinción entre el contrato de trabajo a distancia y el teletrabajo no entra a valorar si este último es una forma de organización del trabajo, sino que pasa directamente al tratamiento de la consideración del teletrabajo como actividad laboral preponderante fuera del centro de trabajo.

37

□ DE LA VILLA GIL, L. 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.

En segundo lugar, otra cuestión que entendemos podría ser conflictiva puede estar relacionada con el lugar atípico donde desarrolla el trabajador a distancia la prestación de servicios, como puede ser el domicilio o, en su caso, otro lugar cualquiera que sea libremente elegido por el trabajador³⁹. Por ejemplo, cuando el trabajo a distancia se lleva a cabo mediante el teletrabajo, el lugar de realización es importante porque va a determinar la modalidad de teletrabajo (teletrabajo a domicilio, en telecentro, itinerante o móvil), por lo que no cabe identificar el teletrabajo sólo con el trabajo a distancia, sino con el lugar “atípico” concreto. En este sentido, no se debe confundir con otras actividades como, por ejemplo, telemarketing, teleservicios o televenta que son realizadas con las nuevas herramientas de la información y telecomunicación pero en sedes empresariales, y en las que la prestación de servicios se ejecuta a distancia pero con respecto al cliente y no al empleador⁴⁰. El contrato de trabajo a domicilio era un contrato que se caracterizaba por la realización de la actividad laboral en el domicilio del trabajador, o en el lugar libremente elegido por éste, y sin la vigilancia del empresario. Con ello la normativa concretaba un lugar atípico, el domicilio, y aquellos otros «indeterminados» pero que fueran libremente elegidos por el trabajador y que, por lo tanto, impedían la vigilancia realizada directamente por el empleador cuando la prestación de la actividad laboral se llevaba a cabo en un centro de trabajo o empresa. La reforma ha omitido este último requisito porque este tipo de contrato de trabajo se puede llevar a cabo con una vigilancia no sólo directa sino también más intensa mediante las

38

□ PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco; THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico-laboral*, MTAS, Madrid, 2001, p. 19.

39

□ Sobre las actividades donde se teletrabaja vid. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, Miguel C., *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2001.

40

□ 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. 310.

tecnologías de la información y comunicación⁴¹ como, por ejemplo, algunas manifestaciones del teletrabajo on-line⁴². Esta es una característica esencial, porque estamos hablando de un lugar de trabajo que no puede ser “impuesto”, dado que los poderes de dirección no pueden ser ejercitados en un lugar que goza del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio (art. 19.2 CE), y el ámbito de actuación de los poderes de dirección no se extiende a estos lugares cuando esté en juego el anterior derecho constitucional (art. 38 CE y 20 ET)⁴³. El Derecho del Trabajo es un instrumento de equilibrio entre derechos de los trabajadores y poder de dirección del empresario en el sistema de libre empresa⁴⁴. Es conocida la STS de 11 de abril de 2005 (RJ 2005\4060) que declaró la imposibilidad de imponer el teletrabajo a domicilio, ni por la vía del art. 41 del ET ni por acuerdo colectivo. Es cierto que no es posible imponer el domicilio del trabajador como lugar de trabajo ni siquiera por la vía del acuerdo colectivo porque, entre otros motivos, estamos ante una novación contractual que necesita el consentimiento del trabajador. No obstante, nos planteamos si por la vía del art. 41 del ET, sobre todo con su nueva redacción (Ley 3/2012), es posible que el empresario pueda imponer la realización de la actividad laboral en otro lugar, siempre que no sea el domicilio y, por lo tanto, no sea necesaria la conformidad del trabajador para trabajar en otro lugar que no sea el

41

□ THIBAUT ARANDA, Javier, *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, obra cit., p. 44 y ss.

42

□ Vid. STSJ de Madrid 39 de septiembre de 1999 (Rec 2938/1999).

43

□ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., pp. 297 a 370.

44

□ MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, Francisco (dir.). *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, p. 147 a 154; OJEDA AVILÉS, Antonio, “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *RDS*, núm. 35, 2006, pp. 29 y 30.

propio centro de trabajo o empresa distinto al domicilio en su acepción más amplia⁴⁵. Consideramos que si el empresario tiene probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción puede proceder por la vía de art. 41.1 del ET y modificar esta condición, de modo que los trabajadores pasen a realizar la prestación de servicios en telecentros o centros de trabajo compartido o cualquier otro que no sea el propio domicilio⁴⁶. Se trata de que alegue razones que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Obviamente estamos hablando de una condición de trabajo sustancial que no viene expresamente mencionada, pero que cabe incluir entre la lista abierta del art. 41 ET⁴⁷. La STS de 11 de abril de 2005 (RJ 2005/40/60) corrobora esta idea desde el momento que admitió que el entonces contrato de trabajo a domicilio y el teletrabajo no eran "conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio". En definitiva, si bien es cierto que el trabajo a domicilio es probablemente la modalidad de trabajo a distancia con mayor potencial de crecimiento no debemos olvidar que, independientemente de las personas que trabajan por cuenta propia, existen también trabajadores móviles que no trabajan en sus casas, sino en otros lugares de diversa índole (telecentros, locales de los clientes, hoteles) y, por lo tanto, habrá que atender al concepto

45

□ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., pp. 86 y 87; LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, "Trabajo a distancia", obra cit., p. 91.

46

□ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit. pp. 36 y 37. En cambio para LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, "Trabajo a distancia", obra cit., p. 168, "la única vía de concertación del contrato a domicilio será el acuerdo con el trabajador".

47

□ En contra, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, "Apoyo al empleo estable y modalidad de contratación", obra cit. p. 93, señala que cuando hay un trabajo presencial precedente no es posible, por la vía del acuerdo previsto en el párrafo 2º del art. 13 ET, excluir que se pueda imponer por el empresario o que éste acuda al procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); no es un cambio de lugar de la prestación (como condición de trabajo) ni del sistema de organización sino un cambio de la modalidad contractual, pasando de contrato de trabajo ordinario o común a uno a distancia.

de domicilio en su acepción amplia⁴⁸. Debemos recordar que con la nueva redacción del art. 13 ET los trabajadores pueden estar sujetos a un contrato de trabajo ordinario o al contrato de trabajo a distancia. Todo ello en función de cómo se manifieste el trabajo a distancia y, en este caso, el carácter alternativo de la actividad a distancia.

5. EL CARÁCTER ALTERNATIVO DE LA REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD A DISTANCIA Y EL PODER DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL EMPLEADOR

Cuando el legislador habla de realización de actividad preponderante está admitiendo que es posible compatibilizar la prestación de servicios a distancia con la presencia en el centro de trabajo. El trabajo presencial y el trabajo a distancia pueden combinarse como formas de prestación del servicio que el trabajador asume preponderantemente, y no de forma exclusiva⁴⁹. Cabe el trabajo a distancia mixto, como por ejemplo el realizado en el domicilio del trabajador y en el local de la empresa⁵⁰, que se inserta en el proceso productivo de la empresa cuando la actividad carece de estructura empresarial, los materiales los facilita la empresa y el precio del resultado del trabajo lo estipula también la empresa⁵¹. No obstante, consideramos que el trabajo a distancia también se puede

48

□ Sobre el mismo SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., pp. 68 y 69; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, “Apoyo al empleo estable y modalidad de contratación”, obra cit., p. 90.

49

□ López Balaguer, M., (2012), “Trabajo a distancia”, en AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, p. 165.

50

□ STSJ Castilla y León de 29 de octubre de 1992, (AS 1992\4790).

51

□ [STSJ C. Valenciana 12 de abril de 2011, (AS 2011\260667)].

manifestar en su estado puro, como algunos tipos de teletrabajo móvil o itinerante. El requisito de la preponderancia se exige cuando el trabajo a distancia se alterna con la actividad presencial, y por lo tanto el legislador deja la puerta abierta a este tipo de manifestación del trabajo a distancia sin alternancia compartida. Piénsese en la gran cantidad de empresas virtuales cuyo espacio físico únicamente responde a obtener la razón social a efectos del cumplimiento de las obligaciones fiscales, administrativas o mercantiles. O en las empresas que han llevado a cabo la desaparición de sedes o centros de trabajo determinados en un proceso de reestructuración empresarial destinada a abaratar costes, y que pueden conllevar un cambio en la organización del trabajo presencial, siempre que la adaptación no suponga perjuicio en la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador⁵². En definitiva, la alternancia conlleva cambio de un lugar de trabajo típico o presencial a otro atípico y a distancia⁵³.

En estos casos, el trabajo a distancia está sujeto a una relación laboral donde el empresario ejerce un poder de vigilancia y control conforme a las características y peculiaridades del trabajo a distancia. En general, el trabajo a distancia no altera la naturaleza de los poderes de dirección, sino en todo caso su forma de manifestación⁵⁴. En

52

□ STSJ Cataluña de 8 de enero de 2003 (JUR 2003\54294). El Real Decreto 3/2012 suprimió la referencia al menoscabo de la dignidad profesional del trabajador. En general SSTSJ Extremadura de 26 de octubre 2010, Rec. 438/2010; Cantabria de 28 de febrero 2003, Rec. 128/2003; País Vasco 28 de septiembre de 2010, Rec. 1680/2010 y 10 de febrero de 2009, Rec. 2998/2008, Cantabria 15 de enero de 2002, REc. 1/2002; Andalucía (Granada) 7 de enero de 2010, Rec. 2391/2009; Cantabria 30 de octubre de 2002, REc. 1071/2002; Principado de Asturias de 12 de junio de 2009, Rec. 816/2009. No obstante, la reforma de 2012 ha suprimido entre las causas justificativas de la resolución causal a instancias del trabajador la modificación de condiciones de trabajo que provocaba un perjuicio de la formación profesional del trabajador. Cambio que no afecta a las causas justificativas de resolución contractual sino más bien a la cuantía indemnizatoria, en el sentido de que no cabe obtener la cuantía correspondiente a los despidos improcedentes (33 días), sino exclusivamente la cuantía para la resolución prevista en el art. 41 ET (20 días con un tope de 9 meses), en CRUZ VILLALÓN, Jesús “Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012”, *RL*, núm. 23, La Ley 18636/2012.

53

▣ Véanse, por ejemplo, las STSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 2009 (AS 2010\904) y Cataluña de 21 de diciembre de 2004 (AS 2005\55).

54

el teletrabajo, la peculiaridad del poder empresarial radica, por ejemplo, en la posibilidad de transmitir órdenes por vía informática atendiendo a la modalidad de conexión (interactiva o no). En este sentido, consideramos que los cambios 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 presencial, sino que en realidad afectan al modelo de relaciones laborales en el lugar de trabajo, donde puede quedar potenciado el papel de la autonomía individual. Este nuevo papel se ve reforzado formalmente mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁵⁵. Estamos por tanto lejos de la defensa doctrinal de alcanzar un reequilibrio de los poderes colectivos en el seno de las organizaciones productivas, reforzando el papel gestional de los convenios y acuerdos colectivos para tratar materias que originariamente correspondían al empresario⁵⁶. La flexibilidad en las relaciones laborales permite un amplio margen de disponibilidad empresarial y un reforzamiento de los poderes de dirección. Esto supone la adaptación del Derecho del Trabajo a los instrumentos de protección del trabajador y la aproximación a la lógica contractual. En este sentido el contrato pasa a configurarse como el instrumento de limitación de los poderes del empresario junto con el papel de la buena fe en el contrato de trabajo⁵⁷.

⁵⁵ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 299.

55

⁵⁶ Véase el poder reconocido al empresario para modificar condiciones sustanciales de trabajo, incluso establecidas en convenio colectivo alegando causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en CASAS BAAMONDE, María Emilia RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, “Las reformas de la reforma laboral de 2012”, *RL*, núm. 15-18, La Ley 16451/2012, p. 4.

56

⁵⁷ 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. En general, un estudio sobre la negociación colectiva del teletrabajo en CALVO GALLEGOS, 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 13 y 14 de junio de 2001, MTAS, Madrid, 2002.

57

No obstante lo anterior el poder de dirección, y en concreto el poder de vigilancia de la actividad a distancia, no es absoluto ni arbitrario sino que está sometido a límites⁵⁸. Y, por lo tanto, el control telemático puede suponer un ataque a los derechos fundamentales del trabajador. Piénsese en la memorización y registro de las operaciones informáticas como medio de control empresarial del trabajo, en el momento en que afecte a la dignidad de la persona y a su intimidad⁵⁹. Desde esta vertiente el poder de control empresarial tiene diversas manifestaciones, y aunque el art. 20.3 ET faculta al empresario para que “adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control” de la actividad laboral, es necesaria la fiscalización y revisión por parte de los tribunales de justicia mediante el establecimiento de unos límites. El TC declaró que el contrato de trabajo no puede considerarse como título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde esta condición por quedar inserto en el ámbito de organización productiva (STC 88/1985, de 19 de julio). Ahora bien, la ausencia de criterios legales que sirvan para identificar como legítimos los límites a los derechos fundamentales del trabajador, y a las exigencias del empresario, se ha cubierto con la aportación de un criterio basado en el principio de proporcionalidad⁶⁰. Este principio atiende a la dimensión negativa del derecho a la

□ 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, p. 17.

58

□ SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo.

59

□ APARICIO TOVAR, Joaquín; BAYLOS GRAU, Antonio, *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 31 y 32.

60

□ Sobre la difícil traslación del principio de proporcionalidad a la solución de los conflictos entre derechos fundamentales y poderes empresariales, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales (1)”, *RL*, núm. 21, 2012, La Ley 17928/2012, pp. 5 a 12.

intimidad del trabajador y, concretamente, en lo que afecta al trabajo a distancia telemático, no cubre la vertiente positiva del derecho a la intimidad (libertad informática o derecho de autodeterminación informativa con fundamento en el art.18.4 CE)⁶¹. La autodeterminación informativa es un derecho fundamental que garantiza a la persona un poder de control y de disposición sobre sus datos personales, que supone el derecho a ser informado sobre quien posee dichos datos y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos (STC 290/2000). Por otro lado, la actuación del empleador no debe suponer interferencias en la vida extralaboral del trabajador o violaciones de su dignidad⁶². La buena fe en el ejercicio del poder de control empresarial se manifiesta en el trabajo a distancia mediante la información al trabajador, y la consulta con los representantes de los trabajadores, de cualquier tipo de sistema de control a distancia que se instale, porque sobre el empresario pesa el deber de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la obligación de respetarlos sin menoscabo de los mismos⁶³. En definitiva, dado que el control a distancia mediante las herramientas telemáticas permite el almacenamiento y tratamiento de datos que se obtienen mediante los controles informáticos de la actividad laboral, entendemos que para determinar los límites del poder de vigilancia y control empresarial, la vía más adecuada es la normativa de protección de datos y, en concreto, la aplicación de una serie de principios, como los de legitimidad, proporcionalidad, información previa y finalidad compatible (LO

61

□ 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.

62

□ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis A., *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 177 y 178.

63

□ GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato de trabajo: especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Madrid, 2001, p. 290.

15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, LOPD)⁶⁴. En definitiva, la alternancia de la actividad a distancia supone que el poder de control empresarial se materialice singularmente en lugares externos al de la propia sede o centro de trabajo empresarial, y a los que el Derecho del Trabajo se extiende por tratarse de una prestación de trabajo subordinada en su acepción más amplia⁶⁵.

6. CONCLUSIONES

La reforma laboral de 2012 ha llevado a cabo una regulación del art. 13 ET que, en nuestra opinión, debería haberse realizado en los términos recogidos en el C. 177 de la OIT⁶⁶. No obstante, la regulación del contrato de trabajo a domicilio no ha sido cubierta por la nueva regulación del trabajo a distancia. De la mención al teletrabajo en la Exposición de Motivos no cabe interpretar que estamos ante una regulación de esta forma de trabajo porque, entre otros motivos, no podemos identificar en todos los casos el trabajo a distancia con el teletrabajo, ya que ni todo trabajo a distancia es teletrabajo, ni todo teletrabajo es trabajo a domicilio. En este aspecto, los estudios que venimos realizando en materia de teletrabajo y, en general, sobre el trabajo a distancia, nos reafirman en la opinión de que es necesaria una regulación específica del teletrabajo, de rango estatal, y una regulación del contrato de trabajo a distancia que incluya al anterior

64

□ También debemos atender a las prescripciones de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD).

65

□ En general, sobre el nuevo marco del conflicto en la empresa virtual OJEDA AVILÉS, Antonio, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La ley, Madrid, 2012, pp. 430 a 472.

66

□ Art. 1 “A los efectos del presente Convenio: a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; ii) a cambio de una remuneración; iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador (...).

contrato de trabajo a domicilio, para que por fin podamos hablar de un moderno Derecho del Trabajo con respecto al trabajo a distancia.