

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Sanguineti Raymond, Wilfredo

El teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica

<http://hdl.handle.net/11067/5930>

<https://doi.org/10.34628/9xzz-9365>

Metadados

Data de Publicação	2020
Palavras Chave	Teletrabalho, Teletrabalho - Direito e legislação, Pandemia da COVID-19, 2020- - Aspectos sociais
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] Minerva, v. 10, n. 03 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-25T05:29:06Z com
informação proveniente do Repositório

EL TELETRABAJO COMO FENÓMENO SOCIAL Y COMO NOCIÓN JURÍDICA

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Professor Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Salamanca

DOI: <https://doi.org/10.34628/9xzz-9365>

Sumario: I. Una premisa de orden metodológico y conceptual. II. El origen de una idea y sus primeras formas de plasmación y regulación. III. El impacto de la digitalización y el surgimiento de formas nuevas de teletrabajar. IV. La huida al teletrabajo durante la crisis sanitaria y sus lecciones. V. Breve colofón.

Resumen: El artículo lleva a cabo un examen del teletrabajo como fenómeno social y como noción jurídica. Para ello resta atención a sus orígenes y primeras formas de plasmación y regulación, así como al impacto de la digitalización y el surgimiento de nuevas formas de teletrabajar y la huida hacia esta forma trabajar durante la crisis sanitaria. La idea fundamental en la que se basa es la de la inexistencia de un concepto ontológico de lo que el teletrabajo *es* o *debe ser* para el Derecho, sino nociones jurídicas determinadas del mismo, que seleccionan ciertos elementos de una realidad compleja, multiforme y cambiante, con el fin de promover el alcance de unas concretas líneas de política jurídica en un momento dado

Palabras clave: Teletrabajo, Digitalización, Crisis sanitaria.

I. Una premisa de orden metodológico y conceptual

Uno de los cambios originados por la crisis sanitaria iniciada en marzo de 2020 que con mayor probabilidad está en condiciones de proyectar su impronta sobre la configuración futura de las relaciones laborales en buena parte del mundo es el representado por la inesperada expansión de una modalidad de desarrollo de prestación laboral posible sin demasiadas dificultades pero escasamente practicada en el pasado. Se trata, por supuesto, del teletrabajo. La necesidad de continuar el desarrollo de las actividades productivas evitando el contacto entre las personas, que constituyó desde un inicio la única medida capaz

de reducir la curva de contagios, hizo emerger una capacidad de adaptación de las empresas y los trabajadores a los requerimientos de la realización a distancia de las prestaciones laborales, y en particular al manejo de las tecnologías digitales, de la que parecían carecer.¹ El resultado ha llegado a ser tan espectacular que se ha afirmado que constituye el cambio en la organización del trabajo y el desarrollo de las actividades empresariales “más intenso y rápido de todas las transformaciones conocidas en la historia del trabajo”.² Y no es para menos, ya que el teletrabajo pasó, en pocos meses, de ser las más de las veces una alternativa meramente teórica incluso tratándose de aquellas actividades que por su carácter inmaterial y su vinculación a la gestión de la información se prestaban más claramente para su puesta en práctica, a convertirse en una experiencia viva y cotidiana –así como una opción a valorar seriamente de cara al futuro– para muchos miles de empresas y millones de trabajadores.

Esta inesperada expansión del teletrabajo y su más que previsible continuidad en el futuro, bien que a unos niveles que aún es prematuro establecer, han determinado que en muchos países se hayan puesto en marcha iniciativas legislativas o se hayan aprobado normas dirigidas a regular su puesta en práctica, cuya aptitud para responder a las necesidades planteadas por esta forma de trabajar deben ser valorados cuidadosamente.

Acercarse a estas iniciativas y normas, con el fin de ponderar su capacidad de adecuarse a los desafíos postulados por la más que probable expansión del trabajo a distancia habilitado por las tecnologías de la información y las comunicaciones, exige llevar a cabo una aproximación no exclusivamente técnico-jurídica –y menos aún puramente exegética– a sus contenidos. Antes bien, el punto de partida para este análisis no puede ser otro que la contemplación de la realidad del fenómeno organizativo y tecnológico que a través de ellas se persigue ordenar. Es decir, el acercamiento a los perfiles que esta forma de trabajar está

1 J. THIBAUT ARANDA; “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, 2020, monográfico núm. 12, pág. 18 de la versión digital del texto.

2 Como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones Laborales*, 2020, núm. 4, pág. 406.

asumiendo dentro de nuestra vigente realidad social y productiva. Unos perfiles como veremos, en buena medida distintos de los que pudieron caracterizarla en etapas precedentes. De allí que una premisa ineludible para su estudio venga dada por la realización de una aproximación a la evolución del teletrabajo a lo largo de las últimas décadas, que sirva para dar cuenta de las transformaciones experimentadas por este al hilo del cambio tecnológico y organizativo y las variaciones de las necesidades sociales, incluidas las derivadas de la lucha contra la pandemia. Ello nos permitirá tomar conciencia de los contornos del teletrabajo realmente existente y los problemas que a este subyacen, como presupuesto para abordar el análisis de la regulación que de él pueda haberse llevado a cabo.

Esta aproximación, que busca ir de la realidad a la norma –y no de la norma a la realidad– resulta de fundamental importancia para comprender que la noción jurídica de teletrabajo, como cualquier otra de esta naturaleza, posee una función esencialmente instrumental respecto de la consecución de unos determinados objetivos de política del Derecho por parte de quien recurre a ella. Y que, por tanto, no existe un concepto ontológico de lo que el teletrabajo *es* o *debe ser* para el Derecho, que sirva para desvelar una supuesta *esencia* o *sustancia natural* de este, sino nociones jurídicas determinadas del mismo, que seleccionan ciertos elementos de una realidad compleja, multiforme y cambiante, a los efectos de promover el alcance unas concretas líneas de política jurídica en un momento dado.³ Los contornos y los elementos definatorios del teletrabajo pueden, en consecuencia, variar de una etapa a otra en función de las transformaciones que experimente este fenómeno y los objetivos que se persigan con su regulación. Tenerlo presente es indispensable para evitar elevar a categoría la conceptualización del mismo realizada en un momento de esa evolución y acercar su tratamiento jurídico a las necesidades del tiempo en el que se desenvuelve.

Sobre la base de estas premisas de orden metodológico y conceptual, el presente estudio está dedicado al examen del origen y las

³ Sobre el carácter instrumental y no ontológico de la noción de teletrabajo, vid. L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, Milano, Giuffrè editore, 2000, págs. 523-525.

transformaciones del teletrabajo en las últimas décadas, con el propósito de extraer de él elementos de juicio útiles para el análisis de las iniciativas que vienen poniéndose en marcha en diversos ordenamientos para su regulación con carácter estructural.

II. El origen de una idea y sus primeras formas de plasmación y regulación

Pese a la pátina de modernidad con la que suele ser presentado –y a lo novedosa que puede resultar su realización para muchas personas– el teletrabajo no es un fenómeno reciente. La idea surge en los Estados Unidos de Norteamérica durante la crisis del petróleo de los años setenta del pasado siglo, cuando el ingeniero de la NASA Jack Nilles dirigió una investigación sobre la aplicación de las tecnologías por entonces disponibles para reducir los desplazamientos de los trabajadores a los centros de trabajo, reemplazándolos por la transmisión a estos de la información necesaria para que realizaran sus labores desde sus hogares o un espacio próximo a estos. A este efecto, Nilles sostenía que si uno de cada siete trabajadores no tuviera que desplazarse a su centro de trabajo, Estados Unidos no tendría necesidad de importar petróleo. En función de ello, para Nilles es teletrabajo “cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información”.⁴ Aunque este proyecto llegaría a cuajar solo en espacios muy específicos y terminaría por ser abandonado debido a la remisión de las necesidades que lo impulsaron y los elevados costes y la limitada fiabilidad de las tecnologías de la época, la idea será recuperada década y media después, a inicios de los años noventa, debido al mayor desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones y el abaratamiento de sus costes, en un contexto marcado por la demanda de mayor flexibilidad organizativa por parte de las empresas y de adaptación del trabajo a

4 Vid. J. NILLES, *The telecommunications-transportation tradoff. Options for tomorrow and today*, Jala International, California, 1973. Una versión extendida y revisada de este informe en J. NILLES, F. CARLSON, P. GRAY y G. HANNEMAN, *The telecommunications-transportation tradoff. Options for tomorrow*, Booksorge Publishing, 2007.

las necesidades personales y familiares de los trabajadores. Factores a los que se sumará la emergencia de una incipiente conciencia medioambiental.

De esta etapa proviene la noción de teletrabajo que manejamos en la actualidad. En coherencia con la visión del fenómeno que se acaba de presentar, esta se basa en la combinación de tres elementos.⁵ El primero de ellos es de carácter *topográfico*: en el teletrabajo el trabajador debe realizar sus tareas en un lugar distinto de las instalaciones de la empresa, desde el que no pueda estar sometido a vigilancia directa del empleador. Poco importa si se trata de su domicilio u otro espacio elegido por él o pactado, como tampoco que su ejecución se lleve a cabo exclusivamente en ese lugar o alternando períodos de presencia en el centro de trabajo, siempre que la prestación a distancia no sea esporádica o de escaso relieve, sino habitual y preponderante desde el punto de vista cuantitativo.⁶ A este elemento se le añade otro de orden *tecnológico*: para hablar de teletrabajo es preciso que el trabajador se sirva de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones no solo, ni necesariamente, como medio de comunicación, sino como herramienta fundamental para el desarrollo a distancia de su actividad. Esto supone que su objeto se circunscribe a aquellas tareas que, debido a su carácter inmaterial, pueden ser realizadas recurriendo a esas tecnologías. Teletrabajar consiste, desde este punto de vista, en recibir, tratar y enviar información o contenidos inmateriales sirviéndose de las mismas. De hecho, lo que estas hacen posible es que esta clase de prestaciones puedan desplazarse al exterior de la empresa sin merma de su eficacia. La noción se completa, en fin, con un tercer componente de índole *personal* que suele encontrarse implícito en la mayor parte de los casos: su vinculación exclusiva con

5 Para una presentación del debate en torno a los elementos configuradores de la noción de teletrabajo y los distintos conceptos del mismo inicialmente postulados a nivel doctrinal e institucional, se remite a J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, págs. 23-32.

6 Sobre la importancia de la dimensión cuantitativa de la prestación a distancia, vid., J. THIBAUT ARANDA, op. cit., pág. 30, indicando que “hay que diferenciar (...) el teletrabajo habitual de aquellos casos en que (...) es tan marginal (...) que no se produce un cambio en la forma de organización o ejecución del trabajo”, caso en el que nos encontramos ante “prácticas parciales o impropias de teletrabajo, que ni siquiera merecen la consideración de tal, al menos desde la perspectiva jurídico-laboral”.

las tareas que, cumpliendo los requisitos anteriores, sean desarrolladas individualmente por personas físicas. El de teletrabajo es, desde esta perspectiva, una noción eminentemente, que mira hacia la persona que trabaja.

Como es fácil de advertir, esta primera noción de teletrabajo responde a un claro objetivo de política del Derecho: aislar los supuestos en que el recurso a las tecnologías de la información y las comunicaciones da lugar a un desplazamiento completo o especialmente relevante del trabajo al exterior de los centros de labores, del tipo del postulado por los impulsores de la figura y el puesto en práctica por primeros usuarios, como paso previo para la determinación de su régimen jurídico. Y en particular para dilucidar si les es de aplicación la tutela ofrecida a las prestaciones de trabajo asalariado por las normas laborales y previsionales.

De hecho, durante casi toda esta etapa la atención de la doctrina se centró esencialmente en esta cuestión: el establecimiento del carácter subordinado o autónomo del teletrabajo así concebido. La falta de un control directo y personal sobre la actividad del teletrabajador, que por hipótesis caracteriza a tales de prestaciones, hizo entonces dudar a un buen número de autores de que fuese posible hablar con propiedad de subordinación en el teletrabajo,⁷ llegándose incluso a postular, en función de ello, la falta de aptitud de este criterio para ofrecer una respuesta adecuada en términos de tutela a esta forma de trabajar y la necesidad de recurrir a criterios alternativos para suplir la crisis en la que se encontraba sumido el primero como consecuencia de la irrupción en el mundo de trabajo de las tecnologías de la información y las comunicaciones.⁸ Rápidamente se advertiría, no obstante, que la subordinación no desaparece necesariamente en el teletrabajo, ya que la organización y el control de la prestación del trabajador pueden

7 Vid. por todos M. D'ANTONA, "Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano", *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 68, indicando que la irrupción de este fenómeno marca el declive de la manera como ha venido siendo concebida la subordinación, "estrechamente entrelazada con las ideas de continuidad y uniformidad en los modos y en los tiempos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y jerarquía en la configuración de los poderes empresariales"

8 Sobre este debate, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND, *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Lima, Ara Editores, 1997, págs. 60-65.

tener lugar con igual o mayor eficacia mediante el empleo de las propias herramientas tecnológicas. La conexión telemática, más aún si es directa y constante, así como el uso de programas informáticos, son capaces de dar lugar a fórmulas de telesubordinación, por utilizar un término por entonces en boga, de igual o mayor intensidad que aquellas a las que se someten quienes prestan servicios presencialmente, por lo que la duda se relacionaba únicamente con algunas actividades, generalmente de elevada cualificación, para cuya ejecución los teletrabajadores gozan de gran libertad. Unas situaciones respecto de las cuales pronto fue posible detectar indicios nuevos de subordinación, como la dependencia tecnológica, la inserción en el sistema informático de la empresa, la presencia de fórmulas conexión interactivas, la continuidad del vínculo y la genericidad de su objeto, la conexión funcional de la prestación con la actividad ordinaria de la empresa, la cobertura de los costes del trabajo por el acreedor, entre otros. El resultado terminó siendo, de tal forma, una recomposición del sistema tradicional de indicios de la subordinación a la luz de los singulares rasgos esta forma de trabajar y no un replanteamiento de esta misma.⁹

Contodo, lo escasos que resultan en esta etapa los pronunciamientos judiciales sobre estas cuestiones nos alerta de dos realidades. En primer lugar, de el teletrabajo no se encontraba aún implantado, al extremo de que no era infrecuente que se dijese que había más estudiosos del mismo que teletrabajadores. Pero, en segundo lugar, que los verdaderos problemas a los que estaba en condiciones de dar lugar el teletrabajo no eran tanto calificación como de régimen jurídico, asociados a la necesidad de hacer frente a una serie de riesgos que sus peculiaridades estaban en condiciones de generar. Unos riesgos entre los cuales había que contar, además de su posible empleo como una fórmula de evasión de la legislación laboral y de introducción de diferencias injustificadas de trato respecto de los trabajadores internos, los relacionados con la invasión del domicilio y la vida privada y familiar del trabajador, de incumplimiento de las reglas en materia de jornada de trabajo, con

⁹ Como concluirá F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, Tirnant lo blanch, 1990, pág. 40.

la consiguiente colonización del entero tiempo del trabajador y la pulverización de su derecho al descanso, de falta de protección de la seguridad y la salud, de transferencia de los costes de realización de la actividad al trabajador o de disolución de la acción sindical, por citar solo los más relevantes.

La tipología del teletrabajo que solemos manejar incluso hoy proviene igualmente de esta etapa, por lo que parte de la misma idea de lo que este es. Esta suele girar en torno a tres criterios complementarios: a) la diferente *localización* remota de las labores, en función de la cual puede distinguirse el teletrabajo *en casa* o a domicilio, que incluye el realizado en la vivienda del trabajador y, por extensión, en un lugar elegido por éste o convenido, el teletrabajo en *centros de teletrabajo* o instalaciones de uso compartido de las que no es titular el empleador y el teletrabajo *móvil* o itinerante, en el que el puesto de trabajo no está situado en un lugar determinado, generalmente por estar el trabajador en movimiento; b) el diverso tipo de *enlace* entre el trabajador y la empresa, que permite diferenciar el teletrabajo *desconectado* u *off line*, en el que no existe un enlace directo con el sistema informático de la misma, de forma que se reciben instrucciones, se ejecutan y se remite el resultado por medios convencionales o recurriendo al correo electrónico, el teletrabajo *unidireccionalmente conectado* o *one way line*, caracterizado por la existencia una conexión simple con los ordenadores de la empresa, que permite a ésta enviar datos al trabajador y viceversa, sin que pueda la primera intervenir sobre el terminal de este o interactuar con él, y el teletrabajo *en línea*, *interactivo* u *on line*, en el que el terminal del trabajador se encuentra inserto en la red de comunicaciones electrónicas de la empresa, de forma que puede entablarse un diálogo interactivo entre ambos, que permite que la transmisión de instrucciones y el control de su cumplimiento se lleven a cabo en tiempo real; y c) la distinta *vinculación* con el trabajo en la sede de la empresa, con arreglo a la cual cabe separar el teletrabajo *absolutamente externo*, en el que el trabajador desarrolla la totalidad de su labor delante de un videoterminal externo, que puede estar situado incluso en un Estado distinto, dando lugar al teletrabajo transnacional u *off shore*, del teletrabajo *en alternancia*, en el que se combina una prestación preponderantemente realizada a distancia

con la asistencia al centro de trabajo en ocasiones predeterminadas o cuando el trabajador es requerido o lo cree necesario.¹⁰ Esta es, con todo, una tipología en el fondo más ideal que real, ya que el teletrabajo no conseguirá despegar, y menos aún sus presuntas modalidades más avanzadas y versátiles, ni aún después del cambio de siglo, pese a la progresiva mejora y el constante abaratamiento de las tecnologías que lo hacen posible.

Precisamente de la primera década del presente siglo datan los primeros intentos de definición normativa y regulación del teletrabajo. En Europa punto de arranque estuvo representado por la suscripción en 2002 del *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* por los agentes sociales de ámbito comunitario. El sentido de este pacto, de exclusivo valor obligacional, fue actuar como referente para la negociación colectiva de cada país. No obstante, el tiempo y la ausencia de otros referentes han permitido que opere también como una relevante fuente de inspiración para los legisladores nacionales, incluido el nuestro. La definición que del teletrabajo que ofrece este acuerdo se encuentra claramente en línea con las ideas fundamentales a las que venimos haciendo referencia. “El teletrabajo es”, indicará a este efecto, “una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información, en el marco del contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma *regular*”. Como puede apreciarse, de este modo los agentes sociales optan por prescindir del problema de la calificación jurídica del teletrabajo, que había sido la cuestión estrella de la década anterior, para declarar de forma directa su aplicación exclusivamente al teletrabajo subordinado derivado de la celebración de un contrato de trabajo. No obstante, dejado de lado o eludido el asunto, la noción de teletrabajo que se aporta parte, al igual que las nociones entonces al uso, de considerar como tal únicamente aquél en el que existe una realización plena o al menos especialmente relevante de la prestación a distancia, bien desde

10 La importancia del carácter preponderante de la prestación a distancia es, en todo caso, tan grande en esta etapa que por ejemplo J. THIBAUT ARANDA, *El teletrabajo*, cit., págs. 32-39, prescinde del tercero de los criterios de clasificación.

el domicilio o desde otro lugar, ya que solo entonces es posible entender que se ha producido la “externalización” con “regularidad” de un trabajo susceptible de ser realizado internamente.¹¹ Fuera quedan, de tal forma, los casos en que el trabajo desarrollado desde el exterior carece de ese atributo por ser de escasa entidad o importancia. Y también aquellos en los que la transferencia a un destino remoto de las labores tiene lugar de manera eventual, esporádica u ocasional.¹²

Es más, toda la propuesta de regulación del teletrabajo contenida en este acuerdo pivota sobre esta misma idea: la realización con regularidad de una labor total o prevalentemente externa sirviéndose de herramientas tecnológicas. Empezando por la inclusión de dos garantías que resultan de especial importancia tratándose de prestaciones de ese tipo: su voluntariedad y la igualdad de derechos respecto de los trabajadores internos comparables. A estas últimas se suma una serie de deberes en cabeza del empleador dirigidos a prevenir los más importantes riesgos a los que podía dar lugar esta forma de trabajar, como los de respeto de la vida privada del trabajador, de forma que la instalación de sistema de videovigilancia deberá ser “proporcional al objetivo perseguido”; de facilitar, instalar y mantener los equipos y sufragar los costes de concesión, salvo pacto en contrario; o de garantizar la protección de la seguridad y la salud del teletrabajador, con acceso al lugar de trabajo conforme a la legislación vigente y con el consentimiento de trabajador de ser este su domicilio. Y también un bloque de derechos del teletrabajador que cumplen una función semejante, como los de gestionar su tiempo de trabajo, respetando el marco normativo y debiendo ser la carga de trabajo y los criterios de resultados equivalentes a los trabajadores internos comparables, a acceder a las mismas oportunidades de formación y desarrollo profesional o a la igualdad en el ejercicio de los derechos colectivos y de comunicación con sus representantes, pudiendo elegir y ser elegido entre estos.

11 Como apuntan E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L. PELUSI y M. TIRBOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt, 2017, pág. 16, “el requisito de la regularidad no implica la necesidad de que la prestación sea desarrollada *in toto* fuera de los locales de la empresa, sino que admite la presencia de formas de teletrabajo en alternancia”.

12 Vid., en la misma dirección, C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci Editore, 2018, págs. 79-80.

A diferencia de lo ocurrido en otros países europeos,¹³ este acuerdo no sería en España objeto de transposición o recepción directa, ni en el ámbito confederal, ni a nivel legislativo. Esta falta de interés, cuya correlación con la muy escasa implantación del teletrabajo entre nosotros es evidente, se mantendrá hasta 2012. Incluso entonces, sin embargo, el legislador optará por incluirlo dentro de una solución reguladora más amplia y ambigua. Esta vino representada por la reforma del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, históricamente dedicado al “trabajo a domicilio”, con el fin de disciplinar el “trabajo a distancia”, definido como toda “prestación de actividad laboral que se realice de manera *preponderante* en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. El teletrabajo aparece así englobado dentro de un bloque más amplio de prestaciones, en el que se incluye también el tradicional trabajo a domicilio, así como cualquier otra labor susceptible de ser desarrollada “a distancia”. Todas estas modalidades quedan incluidas dentro de la categoría, sin embargo, solo en el caso de que el trabajo desarrollado en el exterior sea preponderante respecto del que pueda realizarse internamente. La norma parte, de este modo, de una visión del fenómeno similar a aquella a la que venimos aludiendo, aunque condicionando su aplicación a un requisito incluso más riguroso que el previsto por el acuerdo europeo, como es el de que “al menos el 51 % de la actividad se realice fuera”,¹⁴ lo cual conduce igualmente a excluir el teletrabajo de duración inferior a la indicada y el teletrabajo eventual u ocasional.¹⁵

En cualquier caso, la colocación esta primera regulación del teletrabajo dentro del Título I del Estatuto, en la sección dedicada a las “modalidades del contrato de trabajo”, resulta en sí misma muy relevante, en la medida

13 Téngase presente por ejemplo el caso de Italia, donde los agentes sociales suscribieron el 9 de junio de 2004 el *Accordo Interconfederale di ricepimento dell'Accordo-quadro europeo sul telelavoro*.

14 Como señala L. E. DE LA VILLA GIL, “Trabajo a distancia”, en J. M. GOERLICH PESET (Coordinador), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 311. Una visión más flexible es, con todo, la de M. N. MORENO VIDA, “Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia”, *Temas Laborales*, 2012, núm. 115, pág. 218, para quien el requisito de la preponderancia podía entenderse satisfecho siempre que el trabajo a distancia ocupase al menos el 20 % de la jornada laboral.

15 Que, sin embargo, ya en esta etapa empezaban a encontrarse previstos en algunos convenios colectivos. Vid. algún ejemplo en B. GARCÍA ROMERO, *El teletrabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 2012, pág. 90. nota 75.

en que confirma la aplicación al teletrabajo de todas las reglas establecidas por el mismo, con la única excepción de las especiales introducidas por el precepto. Unas reglas, estas últimas, coincidentes con las previstas por el acuerdo europeo, aunque son menos y más genéricas: carácter voluntario y forma escrita, igualdad de derechos, derecho como mínimo a la retribución establecida para el grupo profesional y las funciones de los que se trate, acceso a la formación profesional y derecho a información sobre las vacantes de puestos presenciales, derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, con aplicación, sin matices y ni especificaciones, de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y posibilidad de ejercer los derechos de representación colectiva conforme a la legislación vigente, debiendo el trabajador estar adscrito para ello a un centro de trabajo.

III. El impacto de la digitalización y el surgimiento de formas nuevas de teletrabajar

Sobre el panorama del teletrabajo que pudiéramos llamar de “primera generación”, hasta aquí brevemente descrito, han incidido en el último decenio dos tipos de cambios de especial significación.

Cambios de orden tecnológico, en primer lugar, asociados a la digitalización cada vez mayor de la economía y el desarrollo exponencial de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y en particular de los dispositivos portátiles y las tecnologías *wireless* para el acceso y envío de datos *on line*, que han hecho posibles formas de ejecución de la prestación laboral y modelos de organización del trabajo impensables poco tiempo antes. La influencia de estas variables sobre el diseño tradicional de las actividades laborales se expresa a través de tres fenómenos confluyentes: a) la “desmaterialización”, “digitalización” o “virtualización” de un número cada vez más amplio de trabajos e incluso de fases enteras de los procesos de producción, que pueden ser desarrolladas ahora virtualmente sirviéndose de herramientas digitales;¹⁶ b) la multiplicación de las tareas “desmaterializadas”, “digitales” o

¹⁶ El término “desmaterialización” es utilizado por C. SPINELLI, *Tecnologie digitali ...*, cit., pag. 21. A través de él se alude al hecho de que “las ocupaciones y las tareas laborales implican cada vez más la comunicación

“virtuales” incluso dentro de los trabajos que por su naturaleza siguen requiriendo cierta dosis de presencialidad; y c) la posibilidad de que los trabajos, las fases de los procesos de producción y las tareas recién referidos se desarrollen desde cualquier lugar y en cualquier unidad de tiempo sirviéndose de dispositivos portátiles e inalámbricos y la tecnología de transmisión de datos antes referida, sin que ello suponga merma de su efectividad o una elevación de sus costes.

El juego combinado de estos fenómenos ha hecho posible una completa ruptura de la unidad de tiempo y espacio que ha caracterizado durante mucho tiempo el desarrollo de las actividades laborales. Esto supone que en la presente etapa no solo es posible desplazar el lugar de desarrollo de la prestación fuera de la sede de la empresa, como ocurría en el pasado, sino que tanto ese lugar como el ámbito temporal en el que el trabajo ha de desenvolverse se transforman en factores *líquidos*, susceptibles de ser moldeados a voluntad. Se abre con ello la posibilidad, en el fondo inédita hasta este momento, de trabajar “en cualquier momento y desde cualquier lugar”.¹⁷ Pero esto no es todo. Adicionalmente es preciso tener en cuenta que, como consecuencia de esos mismos fenómenos, las propias fronteras entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia, antes claramente delimitadas, se tornan igualmente líquidas o difusas, al ser posible una intercambiabilidad entre ambos antes desconocida o muy poco practicada. El trabajo no solo puede ser, así, total o parcialmente a distancia, sino también prestado de forma alternativa o indistinta tanto en el interior como desde el exterior de las instalaciones empresariales. Es más, a esto debe añadirse, como una tercera consecuencia de relieve, un cierto derrumbamiento de los confines entre ambas formas de trabajar, marcado por la posibilidad, abierta igualmente por las nuevas tecnologías, del desarrollo de prestaciones a distancia a continuación o más allá del período ordinario de desarrollo del trabajo. Es decir, añadidas al trabajo presencial.

Estos cambios de orden tecnológico han venido acompañados de

y la transferencia de conocimientos y productos, símbolos y servicios informativos desde destinos remotos”, como se apunta en el informe conjunto OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017, pág. 10.

¹⁷ De acuerdo con la gráfica expresión utilizada por el informe citado en la nota anterior.

otros igualmente relevantes en las estrategias empresariales y los usos sociales, que abogan en favor de una mayor fluidez en la fijación del espacio y el tiempo de desarrollo de la prestación laboral, así como de una adaptación flexible de ambas dimensiones a las circunstancias y necesidades de cada momento. Hacen así su aparición formas nuevas de organización del trabajo que dependen menos de la presencia física y la imposición de ritmos regulares y más de la asignación fragmentaria y flexible de tareas en función de objetivos, proyectos o resultados, para las cuales el dónde y el cuándo del desarrollo del trabajo adquieren una dimensión distinta, menos relevante en algunos casos, pero mayor en otros, abriendo así el camino, tanto para una adaptación flexible del trabajo a las necesidades de los individuos, como para sistemas que requieren que los trabajadores se encuentren permanentemente “en guardia” para atender desde cualquier lugar las necesidades de cada momento.¹⁸ Unos sistemas, estos últimos, que encuentran un espacio mayor para su aceptación debido al auge de una cultura organizativa basada en la corresponsabilización de los trabajadores respecto del alcance de los objetivos empresariales y el empleo de estrategias de gestión basadas la construcción de relaciones colaborativas y de confianza.¹⁹

El resultado de todo ello es un enriquecimiento de la tipología del teletrabajo concebida en los años noventa. E incluso una transformación de su morfología.²⁰ Este enriquecimiento viene marcado, antes que nada, por la apertura de la posibilidad cierta de que el mismo se lleve a cabo sin una ubicación y e incluso una ordenación temporal definidas y fijas. Emerge de tal modo un nuevo tipo de teletrabajo *de alta movilidad o flexible*,²¹ tanto desde el punto de vista espacial como temporal, imposible o sumamente difícil de ser desarrollado con

18 Según se destaca en el informe de EUROFOUND, *Telework and ICT-base mobile work: Flexible working in the digital age*, 2020, págs. 3 y 14.

19 Como observa C. SPINELLI, op. cit., especialmente págs. 43-44.

20 Se sigue aquí la tipología de formas de teletrabajo propuesta por el informe de OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, citado en *supra* nota 17, pág. 5, aunque con el añadido propuesto por los autores citados en *infra* nota 23.

21 Denominado también *smart working* o *lavoro agile* dentro de la literatura especializada en lengua inglesa e italiana.

fluidez en el pasado. A su lado es preciso tener en cuenta también la aparición formas de teletrabajo en régimen de alternancia distintas de las hasta entonces conocidas, en las que pueden sucederse prestaciones a distancia y prestaciones presenciales sin que exista un criterio o una fórmula previamente determinados y sin que las primeras tengan necesariamente carácter preponderante. Esto nos remite a una inédita modalidad de teletrabajo *ocasional, esporádico, no regular o no ordinario*, en tanto que desprovisto de los atributos de la regularidad y la predominancia que han caracterizado nuestra forma de entenderlo. Es más, a su lado es preciso tener en cuenta la aparición de otra forma no registrada de teletrabajo, al que puede asignarse la denominación de *adicional o suplementario* en tanto que compuesto por una serie de prestaciones o tareas añadidas a las que ordinariamente corresponden al trabajador, en este caso tanto a distancia como presencial, que le son requeridas más allá del espacio de desarrollo de su labor o el tiempo de trabajo convenido, bien por correo electrónico o telefónicamente, y que este asume informalmente desde donde se encuentre sin recibir a cambio por lo general una retribución adicional.²² O incluso por tareas asumidas espontáneamente por los trabajadores más allá de lo exigible debido a sus expectativas personales, especialmente cuando el teletrabajo y su retribución se asocian al logro de objetivos o resultados.²³

Es más, estudios realizados en los últimos años sobre la implantación del teletrabajo ponen de manifiesto que las formas nuevas de teletrabajo móvil o flexible y de teletrabajo ocasional o esporádico son

22 Vid. S. BOLOGNA y F. LUDICONE, "El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes, efectos sobre la calidad del trabajo e instrumentos de regulación", *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, núm. 5, pág. 533, quienes proponen distinguir entre el trabajo a distancia "sustitutivo" del trabajo presencial y el teletrabajo "adicional", que es aquel que "excede la normal prestación de trabajo" en la sede. En la misma dirección, J. CRUZ VILLALÓN, "Teletrabajo y coronavirus ...", cit., pág. 407, destacando cómo "hay trabajadores que formalmente no se les considera (...) teletrabajadores, pero que al final del día, o durante el fin de semana ejecutan algún tipo de trabajo en su domicilio, complementario del ejecutado en su centro de trabajo o bien preparatorio del mismo".

23 Opera aquí la llamada "paradoja de la autonomía", a la que hace referencia el informe de EUROFOUND citado en *supra* nota 19, pág. 1, donde se señala que la mayor autonomía de la que pueden disfrutar los teletrabajadores puede conducir a una intensificación del trabajo cuando se combina con una gran carga de trabajo y culturas de trabajo dominadas por la competencia, la autogestión o los mecanismos para imponer el rendimiento.

más frecuentes de lo que pudiera pensarse, siendo el teletrabajo total o predominantemente desarrollado desde el hogar más escaso. Así, según datos proporcionados por EUROFOUND en un informe elaborado conjuntamente con la OIT a partir de una encuesta aplicada en 17 países, del 17 % de los trabajadores que declaran teletrabajar al interior de la Unión Europea, una cifra próxima al 10 % señala que lo hace unos días a la semana, no necesariamente fijados de antemano, en tanto que afirman llevar a cabo prestaciones a distancia móviles o flexibles cerca del 5 %, limitándose el teletrabajo desde el domicilio a algo menos del 3 % restante.²⁴ Esto significa que casi el 60 % del teletrabajo existente en Europa es ocasional o esporádico y que una cifra próxima al 30 % es teletrabajo móvil o flexible, en tanto que el teletrabajo absoluta o mayoritariamente doméstico posee un impacto notablemente inferior. La importancia que adquiere el teletrabajo ocasional puede advertirse también, aunque con menos fuerza, en el caso de España, a través de los datos proporcionados por la Encuesta de Población Activa del año 2019. De acuerdo con estos, casi el 42 % de quienes trabajan desde casa, lo cual supone un total de 688.700 personas, indican que lo hacen de forma ocasional, por un número de días inferior a la mitad del total de los trabajados.²⁵ No existe información, en cambio, sobre el impacto en España del teletrabajo móvil o flexible, ni tampoco del teletrabajo adicional o suplementario, en este caso por su carácter no reconocido e incluso oculto. Todo induce a pensar, sin embargo, que mientras el primero posee en nuestro país una incidencia limitada, el segundo se va extendiendo de forma paralela a la difusión de las tecnologías y los instrumentos de comunicación que lo hacen posible.

Este inesperado avance del teletrabajo ocasional no resulta sorprendente si se tiene en cuenta que, según los estudios disponibles, se trata de la modalidad de teletrabajo que mejor se adapta a las necesidades e intereses de conciliación entre el trabajo y la vida personal y familiar

24 Vid. OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere ...*, cit., pág. 15. Estos datos provienen de una encuesta aplicada en 2015, cuyas conclusiones continúan siendo válidas de acuerdo con el informe de citado en *supra* nota 19.

25 Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa, microdatos de la submuestra anual de 2019. Con más amplitud, vid. B. ANGHEL, M. COZZOLINO y A. LACUESTA, "El teletrabajo en España", *Boletín Económico del Banco de España*, 2020, núm. 2, especialmente págs. 5-11.

de los trabajadores, en particular debido a la flexibilidad selectiva del lugar de trabajo que permite, y la que mejor balance de condiciones laborales proporciona a estos.²⁶ Además de ser aquella capaz de ofrecer resultados más positivos desde la perspectiva empresarial. No ocurre lo mismo con el teletrabajo total o predominantemente casero, que promueve el aislamiento y dificulta la interacción, ni tampoco con el teletrabajo móvil o flexible, que está en condiciones de socavar el equilibrio entre trabajo y vida privada y ser fuente de incertidumbre y estrés, al dar lugar a horarios más largos e irregulares e incluso a una suerte de permanente disponibilidad digital de quienes lo practican.²⁷ Siendo, en fin, el teletrabajo adicional o suplementario una fórmula de extensión extemporánea e irregular de los alcances de la prestación convenida cuya práctica está en condiciones de potenciar estos efectos.²⁸ De allí que las recomendaciones de política se inclinen por el fomento del teletrabajo ocasional frente a las restantes formas de teletrabajo.²⁹ Y en particular frente al teletrabajo flexible o de alta movilidad y el teletrabajo adicional o suplementario, cuyo uso debe ser más bien restringido.³⁰

IV. La huida al teletrabajo durante la crisis sanitaria y sus lecciones

Con todo, pese a la significativa mejora y el notable abaratamiento de las tecnologías que lo hacen posible y su cada vez más versátil configuración, el teletrabajo no terminará de despegar en España

26 Como indica en su parte conclusiva el informe de EUROFOUND, *Telework and ICT-based mobile work ...*, cit., pág. 53, los trabajadores que más se benefician del trabajo a distancia son los que lo llevan a cabo ocasionalmente. Para estos el mismo se traduce en mejores condiciones de trabajo y mejores resultados en relación con el tiempo de trabajo, el equilibrio entre trabajo y vida privada y algunos aspectos de la salud y el bienestar.

27 Vid. el detenido análisis contenido en EUROFOUND, op. ult. cit., y especialmente las págs. 1, 16, 22-23 y 25-26.

28 Vid. S. BOLOGNA y F. LUDICONE, "El trabajo ágil ...", cit., destacando cómo "el teletrabajo adicional no remunerado representa una obvia forma de beneficio para la empresa con detrimento de la extensión de los tiempos de trabajo".

29 Nuevamente EUROFOUND, *Telework and ICT-based mobile work ...*, cit., pág. 54.

30 Vid. en esta dirección, OIT-EUROFOUND, *Working anytime, anywhere ...*, cit., págs. 2 y 59.

ni aún a finales de la segunda década del presente siglo. De hecho, aunque muchas de las grandes compañías empezaron a ofrecerlo a su personal a partir de los años 2000, los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística ponen de manifiesto que a finales de 2019 solo un 8,3 % de los trabajadores recurría a él, en un 58 % con carácter preponderante y en un 42 % de forma ocasional, como quedó dicho, pese a que alrededor del 30 % ocupaban puestos que pueden desempeñarse en un importante porcentaje desde casa.³¹ El motivo seguramente hay que buscarlo, además de en la inexistencia de experiencias previas, en el arraigo de la tradicional cultura de la presencialidad –o del presentismo– en el trabajo, que induce a muchos gestores a pensar que quienes no están sujetos a vigilancia directa no se encuentran realmente trabajando o no pueden ser controlados.

Esta era la situación, de escaso desarrollo material y normativo del teletrabajo, en la que nos encontrábamos cuando a mediados de marzo de 2020 hizo su aparición la crisis sanitaria ocasionada por el virus COVID-19, causando una auténtica revolución en ambas esferas. Esto ha sido así, como es sabido, en la medida en que esta forma de trabajar –y más en general el trabajo a distancia– constituye el instrumento ideal para garantizar el aislamiento social indispensable para reducir los contagios sin impedir a las personas desarrollar sus actividades laborales. De allí que tres días después de la declaración del estado de alarma, el art. 5 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, optase por introducir una regulación *ad hoc* del trabajo a distancia dirigida a generalizar su puesta en práctica mientras dure la situación de emergencia en todos los sectores y actividades productivas donde resulte posible.

Con este propósito el precepto dispuso que “se establecerán sistemas de organización” del trabajo “que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia”, debiendo la empresa adoptar “las medidas oportunas”, si ello es “técnica y razonablemente posible” y “el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”. El trabajo a distancia deja de operar, de tal modo, como una modalidad contractual, para

31 Conforme a los cálculos del alcance del “teletrabajo potencial” en España realizados por B. ANGHEL, M. COZZOLINO y A. LACUESTA, “El teletrabajo en España”, cit., págs. 11-13.

convertirse transitoriamente en un sistema alternativo de organización del trabajo dirigido mantener en funcionamiento de la economía pese al confinamiento de la población.³² Es más, este es un sistema que posee, de acuerdo con la propia norma, carácter prioritario “frente a la cesación temporal o reducción de la actividad”. Esto supone que estas medidas solo podrán ser puestas en marcha por el empresario en caso de que no se cumplan las condiciones de factibilidad técnica y material y viabilidad económica del trabajo a distancia previstas por la norma. Debiéndose recurrir a este de concurrir esas condiciones.³³ Algo similar podría ser afirmado en relación con el trabajador, cuyo consentimiento no viene exigido por la norma. Sin que en este caso se introduzca además prevención, cautela o compensación alguna respecto del desplazamiento del trabajo a su domicilio.³⁴ Una interpretación del precepto a la luz de la garantía del más privado de los espacios, impuesta por el artículo 18.2 de la Constitución, unida a la ausencia de un pronunciamiento rotundo del legislador en tal sentido, que permita entender que se ha producido el completo sacrificio de esa garantía en aras de la salud pública, han de conducir, sin embargo, a admitir la posibilidad de una negativa del trabajador, bien que debiendo soportar este sus eventuales consecuencias, que en este caso seguramente vendrían dadas por la imposición de una suspensión contractual.³⁵

El resultado ha sido, como sabemos, una huida precipitada, masiva, forzada –más allá de las indicadas cautelas, en la práctica más simbólicas que reales– y sin garantías hacia el teletrabajo desarrollado totalmente desde el domicilio, que por más efectiva que pueda haber sido para doblegar la curva de contagios, no parece que pueda representar un

32 M. E. CASAS BAAMONDE, “El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, núm. 7, pág. 927.

33 Por más que, como apunta la autora citada en la nota anterior, pág. 928, esta prioridad no contase dentro de la norma “con ningún mecanismo para ser hecha efectiva en la tramitación procedimental de las medidas extraordinarias de ajuste temporal del empleo (...), volcadas hacia la evitación de los despidos”,

34 Incluso en relación con un valor tan fundamental como la protección de la seguridad y la salud, la norma se conforma con declarar que “se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos” exigida por la normativa vigente “a través de una autoevaluación realizada voluntariamente” por el trabajador.

35 Vid., aunque sin hacer alusión al precepto constitucional, J. THIBAUT ARANDA, “Toda crisis trae una oportunidad ...”, cit., págs. 5-6.

modelo para el futuro. La intensidad del desplazamiento del trabajo a los hogares que se ha producido en España ha sido, en todo caso, de tal magnitud que ha llegado a colmar –y quizá superar– el índice máximo de crecimiento potencial de esta forma de trabajar, cifrado como hemos indicado en alrededor del 30 % de los puestos de trabajo.³⁶ Esto ha supuesto, como se indicaría con insistencia en los días más agudos de la crisis, la puesta en marcha del mayor ensayo de aplicación masiva del teletrabajo jamás desarrollado entre nosotros, en el que han participado varios millones de trabajadores. De allí que las condiciones en las que esta experiencia tuvo lugar y las lecciones de ella puedan extraerse constituyan un valiosísimo material para plantearse el desarrollo futuro de esta forma de trabajar.

Lastimosamente, dichas condiciones se encuentran marcadas por el carácter atropellado y sin garantías de la imposición del teletrabajo derivada de la crisis sanitaria, a la se sumaron de un día para otro todo tipo de empresas y trabajadores, incluyendo los no dotados de infraestructuras y medios, así como de formación o experiencia previa. El resultado es de sobra conocido: salvo honrosas excepciones, teletrabajar durante la crisis sanitaria supuso hacerlo con pequeño ordenador portátil, muchas veces propiedad del trabajador, desde un espacio de su domicilio no adaptado para ese uso, en medio de constantes interrupciones de los miembros de la propia familia, confinados como él, participando en un sinnúmero de reuniones virtuales realizadas por lo general a través de plataformas gratuitas, las cuales no siempre conseguían salir adelante debido a la impericia de los participantes y los límites de las conexiones domésticas a Internet, sufragadas con frecuencia también por los propios trabajadores, mientras estos recibían un bombardeo incesante de llamadas telefónicas, mensajes de correo electrónico o dirigidos desde aplicaciones de uso generalizado, que en muchos casos se iniciaba a primera hora de la mañana y no concluía hasta bien entrada la tarde o incluso la noche. Los teletrabajadores de la

³⁶ De acuerdo con el estudio de EUROFOUND, *Living, working and COVID-19*, realizado durante la fase más aguda del confinamiento, el porcentaje de teletrabajadores llegó a alcanzar en España el 34 %, superando así la que se considera su posibilidad máxima de expansión. Esto induce a pensar que la cifra incluye otras formas de trabajo desde casa, así como actividades que en condiciones normales no se llevarían a cabo a distancia.

emergencia sanitaria han trabajado, de tal forma, mucho más y sometidos a más presión que cuando lo hacían en sus centros de trabajo, pero con unos resultados que han terminado siendo por lo general inferiores a los normales. La crisis dio lugar, así, a un círculo vicioso, marcado por la ampliación de los tiempos de trabajo, el incremento de la insatisfacción de los trabajadores y la disminución de la productividad.³⁷

Esto supone que, si por un lado esta experiencia ha permitido advertir a muchos trabajadores y empresarios que el teletrabajo es posible y puede tener ventajas, por el otro ha mostrado también que este puede convertirse en una muy invasiva, estresante y costosa – en especial para el trabajador– forma de trabajo desde casa que no constituye un modelo para las etapas que vendrán. De allí que, si se desea que el impulso adquirido por el teletrabajo perviva más allá de la crisis sanitaria, sea preciso aprender de este improvisado ensayo y adoptar medidas que permitan reconducir su puesta en práctica a fronteras y límites sostenibles en una situación de normalidad.

En concreto, tales medidas deberían dirigirse a evitar la reproducción de cuatro fenómenos negativos, típicos del estado de cosas vivido en los últimos meses por muchos teletrabajadores.

El primero de ellos está representado por el teletrabajo impuesto, sin dotación de los medios necesarios, ni adaptación del lugar de trabajo y con asunción de sus costes por el trabajador.³⁸ Frente a ello, resulta claro que deberá garantizarse su voluntariedad para ambas partes, así como la dotación por el empleador de los equipos y las conexiones necesarias, lo mismo que la cobertura de los gastos que pueda generar, en línea con lo previsto por el Acuerdo Marco Europeo. La normativa preventiva

37 Con apunta, con cita de la literatura especializada, M. E. CASAS BAAMONDE, "El carácter preferente ...", cit., pág. 930. La autora destaca, a partir de los datos proporcionados por el informe de EUROFOUND citado en la nota anterior, que el 18,2 % de los trabajadores españoles declaró haber visto incrementada su jornada de trabajo durante la pandemia, mientras un 37,3 % señaló que había trabajado en su tiempo de descanso para atender sus obligaciones laborales, llegando al 58,8 % el volumen de los que indicaron que no podían dedicar el tiempo que deseaban a sus familias por tales causas. Para un testimonio de cómo se desarrolló el teletrabajo durante esta etapa, vid. A. ALFAGEME, "El teletrabajo no era esto", *Diario El País*, edición del 10 de agosto de 2020, disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-08-08/el-teletrabajo-no-era-esto.html> (última vista el 8-12-2020).

38 Debe tenerse presente aquí que, según el tantas veces referido estudio de EUROFOND, España es el país europeo donde menos teletrabajadores utilizaron equipos facilitados por su empleador, con solo un 37 %.

debería ser igualmente adaptada a los efectos de asegurar que no podrá ser realizado sin que el espacio de trabajo y los equipos sean aptos para evitar los riesgos asociados a esta forma de trabajar. Lo cual impone la necesidad de una evaluación previa y la realización de reformas cuando sea preciso, así como visitas periódicas, cuya compatibilidad con la inviolabilidad del domicilio y la privacidad del trabajador deberá ser ponderada con el fin de evitar que pueda ser fuente de desprotección.

El segundo riesgo a evitar es el de la invasión del domicilio y la vida privada y familiar del trabajador, así como de su intimidad y privacidad. Esto supone que, al menos cuando la ejecución de la prestación a distancia exija que el mismo dedique de forma estable –y más aún si es exclusiva– una zona o espacio de su vivienda, deba verificarse que las condiciones de la misma (tamaño, número de habitaciones, personas que la habitan) lo permiten, a la vez que compensarse su uso estable, que supone un correlativo ahorro para la empresa.³⁹ Asimismo, será necesario introducir reglas que permitan conciliar el control de la actividad del trabajador, que debe producirse aquí por medios tecnológicos, con el respeto de su esfera privada, teniendo en cuenta que la videovigilancia no se encuentra en principio justificada, dado su carácter altamente invasivo y la posibilidad de servirse con tal propósito de programas informáticos u otros medios que recojan datos o información sobre el desarrollo del trabajo y no sobre el trabajador.⁴⁰ Unos datos que, en todo caso, deberán ser exclusivamente los necesarios para ese fin y cuyo uso no deberá exceder de este. A lo que hay que sumar, por supuesto, la necesidad de cumplir con las exigencias de información previa al trabajador, así como de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, impuestas por la legislación general sobre la materia y el necesario balance entre los derechos en juego.

La colonización del entero tiempo del teletrabajador y la desaparición de las fronteras entre el trabajo y la vida personal, social y familiar constituyen un tercer y muy relevante riesgo a conjurar. A estos efectos, resultaría muy conveniente promover, siempre que esto sea posible, dosis importantes de flexibilidad en la organización del tiempo de

39 En el mismo sentido, J. CRUZ VILLALÓN, "Teletrabajo y coronavirus ...", cit., pág. 417.

40 Como advertiría ya hace tiempo J. TIBAULT ARANDA, *El teletrabajo*, cit., págs. 149-150.

desarrollo de la prestación a distancia en cabeza del propio trabajador. Es decir, que pueda ser él quien decida, dentro de ciertos límites previamente establecidos, cuándo teletrabajar, por cuánto tiempo y cuándo interrumpir sus tareas, previendo con tal fin la posibilidad de introducir horarios de trabajo flexibles, en su caso con períodos rígidos para la conexión con la empresa, el trabajo en común o la atención de los clientes o destinatarios de su actividad. Algo que no resulta, por supuesto, incompatible con el respeto de las reglas vigentes sobre limitación de jornada y control del tiempo de trabajo efectivamente realizado, toda vez que esta verificación es igualmente posible en estos casos, bien a través de la medición del tiempo de conexión, si esta es necesaria, bien por medio del programa informático, cuando se requiera su uso sin conexión, o incluso a través de tablas de equivalencia del tiempo necesario para ejecutar las tareas encomendadas por un trabajador promedio.⁴¹

Es más, es indudable que con el mismo propósito deberían adoptarse medidas dirigidas a garantizar el respeto del derecho del teletrabajador a la desconexión digital, reconocido con carácter general por el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 25 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, el derecho de este a no recibir ni atender las comunicaciones y requerimientos de contenido laboral que puedan serle remitidos durante su tiempo de descanso. Como se ha apuntado, este es un derecho a través del cual se trata de proteger al trabajador no sólo de las órdenes extemporáneas, sino también del incesante flujo y reclamo de información o actuaciones provenientes de muy diversas fuentes, incluidos los compañeros de trabajo, los clientes y usuarios e incluso terceros.⁴² Algo que requiere, además de disposiciones claras y concluyentes a nivel legislativo, del diseño de protocolos y reglas específicas a nivel empresarial, mejor si colectivamente pactadas, así como de una funcionalización de las formas de uso de los instrumentos tecnológicos –y en particular del correo electrónico y los dispositivos móviles– que permita su reconducción a márgenes compatibles

41 Nuevamente, J. TIBAUT ARANDA, op. cit., págs. 74-76.

42 F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Poderes del empresario y derechos digitales de la persona del trabajador, *Trabajo y Derecho*, 2019, núm. 59, pág. 27.

con el respeto de este derecho. A lo que ha de sumarse la previsión de procedimientos de cómputo –y en su caso de retribución– del trabajo a distancia excepcionalmente realizado más allá del tiempo exigible, tanto por los teletrabajadores propiamente dichos como por los formalmente presenciales que sin embargo ejecutan estas prestaciones.⁴³

Por último, el aislamiento y la falta relaciones personales y sociales directas, tan sentidos durante la crisis sanitaria, son también efectos no deseables del teletrabajo que convendría prevenir. Si algo nos ha permitido apreciar el confinamiento al que nos hemos visto sometidos es, precisamente, la importancia de la interacción personal y el contacto inmediato con el resto de integrantes de la organización empresarial y las personas cuyas necesidades atendemos. De allí que, como se pondría de manifiesto tempranamente, el teletrabajo que estará en condiciones de trascender la pandemia no sea el absolutamente externo que hemos practicado, sino el semipresencial o en alternancia,⁴⁴ dentro del cual se suceden, en proporción variable y con carácter no necesariamente preponderante, períodos de trabajo a distancia realizados en casa u otro lugar y períodos de trabajo presencial en la sede de la empresa. La práctica de estas fórmulas cuantitativamente menos relevantes de teletrabajo, y dentro de ellas el teletrabajo ocasional o esporádico, realizado en alternancia pero sin sujeción a una distribución fija entre tales períodos, debería ser por ello posibilitada e incluso facilitada, dadas las ventajas que como hemos visto conlleva su puesta en práctica, introduciendo de ser necesario reglas que atiendan a sus peculiaridades y gradúen la intensidad de la tutela que han de merecer.

V. Breve colofón

Llegados a este punto no es difícil advertir cuáles son los desafíos a los que se encuentra sujeto cualquier intento de regulación del teletrabajo emergente de la crisis sanitaria. Y también las dificultades su atención entraña. De un lado, resulta meridianamente claro que la acción del legislador, lo mismo que cualquier intervención sobre la materia de

43 Según propone J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., pág. 416.

44 Nuevamente, J. CRUZ VILLALÓN, loc. cit.

la negociación colectiva, deberán estar encaminadas a evitar la materialización, en una situación de normalidad como la que sin duda vendrá, de la mayor parte de los riesgos y efectos adversos a los que esta forma de trabajar puede dar lugar. No obstante, de otro lado, parece evidente que dicha regulación deberá ser una lo suficientemente dúctil como para no sofocar y ofrecer cobijo a las nuevas formas de realización a distancia de la prestación laboral abiertas por el desarrollo tecnológico y el cambio organizativo, no apreciadas durante la pandemia pero posibles y además rodeadas en muchos casos de ventajas para quienes las desarrollan. Es en el equilibrio entre estas dos necesidades, hasta cierto punto en conflicto aunque susceptibles de ser armonizadas, donde se juega el futuro de esta forma de trabajar.