

Capítulo 3

El "Smart working" como fórmula innovadora en la gestión empresarial: entre la libertad de empresa digital y los derechos laborales

EUGENIO LANZADERA ARENCIBIA

Profesora de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

ARÁNZAZU DE LAS HERAS GARCÍA

Profesora de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO: I. LAS FÓRMULAS INNOVADORAS EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DEL TRABAJO: APROXIMACIÓN AL "SMART JOB" O "SMART WORKING". EL PRECEDENTE LEGAL ITALIANO. 1. Tecnología, innovación y organización del trabajo. 2. Aproximación al "Smart Job" o "Smart Working". 3. Marco normativo. El precedente legal italiano. II. MARCO LEGAL EN ESPAÑA: LIBERTAD DE EMPRESA DIGITAL Y RESPETO A LOS DERECHOS LABORALES. III. LA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE "TRABAJO INTELIGENTE" EN LA EMPRESA. 1. La implantación de un sistema de trabajo flexible o inteligente como manifestación del poder de dirección. El *ius variandi* digital. 2. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo como límite al Smart working. IV. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL SMART WORKING. 1. El efecto de llamada de la ley del trabajo a distancia al Smart working a través de la negociación colectiva. 2. La eficacia de los derechos de información y consulta en el Smart working. V. DERIVACIONES DEL SMART WORKING EN LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, EN EL EMPLEO VERDE Y EN EL AHORRO ENERGÉTICO. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: El trabajo inteligente ("*Smart working*" o "*smart job*") parte de una concepción empresarial flexible del trabajo subordinado o dependiente, al amparo de la tecnología. Comparte características con el trabajo a distancia, como la necesidad de dotar a las personas trabajadoras de dispositivos tecnológicos y recursos digitales, pero es más flexible en la libertad de horarios y de elección del lugar de trabajo, primando la optimización de los recursos y consecución de resultados sobre la dependencia y subordinación típicas del contrato de trabajo.

Sin embargo, la aparente flexibilidad provoca, en ocasiones, distorsiones o implicaciones sobre el personal empleado y sus derechos, derivadas de la organización impuesta en materia de tiempos asignados, control de la actividad, falta de ocupación efectiva o exceso de actividad, dificultades de adaptación a la organización del trabajo o riesgos en la seguridad y salud.

El presente estudio plantea en qué medida estas adaptaciones organizativas constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o bien se enmarcan dentro del *ius variandi* empresarial. Se aborda, además, el papel de la negociación colectiva y, en especial, de los representantes del personal respecto a sus derechos de información y consulta sobre la organización y control del trabajo. Por último, se plantea si existen riesgos laborales emergentes de estos cambios organizativos y tecnológicos, así como las ventajas en la conciliación o en otros ámbitos, como el desarrollo sostenible, impulsando el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social.

Palabras clave: Smart working, teletrabajo, poder de dirección, modificación sustancial.

Smart working as an innovative formula in business management: between digital entrepreneurial freedom and labour rights

SUMMARY: I. INNOVATIVE FORMULAS IN WORK MANAGEMENT AND ORGANISATION: AN APPROACH TO "SMART JOBS" OR "SMART WORKING". THE ITALIAN LEGAL PRECEDENT. 1. Technology, innovation and work organisation. Approach to the "Smart job or Smart working" a3. Regulatory framework. The Italian legal precedent. II. LEGAL FRAMEWORK IN SPAIN: FREEDOM

OF DIGITAL ENTERPRISE AND RESPECT FOR LABOUR RIGHTS. III. *The implementation of a "smart work" system in the company: 1. The implementation of a flexible or smart work system as a manifestation of management power. Digital ius variandi. 2. Substantial change in working conditions as a limit to Smart working.* IV. COLLECTIVE BARGAINING AND THE EFFECTIVENESS OF INFORMATION AND CONSULTATION RIGHTS IN SMART WORKING. 1. *The effect of the Remote Working Act on Smart Working through collective bargaining. 2. The effectiveness of information and consultation rights in Smart working.* V. DERIVATIONS OF SMART WORKING IN OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY, GREEN EMPLOYMENT AND ENERGY SAVING.

Abstract: Smart working (a.k.a. "smart job") starts from a flexible business conception of subordinate or dependent work, under the protection of technology. It shares characteristics with telecommuting, such as the need to equip workers with technological devices and digital resources, but it is more flexible in terms of freedom of working hours and choice of workplace, giving priority to optimising resources and achieving results over the dependence and subordination typical of the employment contract.

However, this apparent flexibility sometimes leads to distortions or implications for employees and their rights, arising from the imposed organisation in terms of assigned time, control of activity, lack of effective occupation or excess of activity, difficulties in adapting to the organisation of work or health and safety risks.

This study considers the extent to which these organisational adaptations constitute a substantial change in working conditions or whether they fall within the scope of the employer's *ius variandi*. It also addresses the role of collective bargaining and, in particular, the role of staff representatives with regards to their rights to information and consultation on the organisation and control of work. Finally, the question is raised as to whether there are any occupational risks emerging from these organisational and technological changes, as well as the advantages in terms of work-life balance or in other areas, such as sustainable development, promoting economic growth, care for the environment and social welfare.

Keywords: Smart working, telework, managerial power, substantial change.

I. LAS FÓRMULAS INNOVADORAS EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DEL TRABAJO: APROXIMACIÓN AL "SMART JOB" O "SMART WORKING". EL PRECEDENTE LEGAL ITALIANO

1. TECNOLOGÍA, INNOVACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

La brecha entre el mundo digital y el mundo físico se reduce conforme se desarrolla la denominada "*Cuarta Revolución Industrial*", "*Industria 4.0*" o "*Revolución Industrial Inteligente*", cuyas características, que justifican un cambio de ciclo, son precisamente la automatización, la conectividad y la digitalización. Estos cambios suponen una profunda transformación por la necesidad de adaptarse a este nuevo contexto económico en el que participan un conjunto de diversas tecnologías que a su vez están relacionadas con internet y que se complementan entre sí (Torrecilla, Pardo, y Rubio, 2019, p. 30).

La trascendencia en los modos de producción es enorme e influye en la línea de flotación de la tradicional organización del trabajo. Máquinas y personas compatibilizan sus tareas a través del denominado sistema "*plug and play*", cuando y donde se necesite, para ofrecer el mejor servicio al menor coste de estructura posible. De esta forma, el lugar de trabajo se desplaza hacia entornos digitales en los que predomina el acceso a la "*nube*" sobre el tradicional centro físicamente localizable. La demarcación de la jornada de trabajo a través de un horario fijo se difumina hacia la disponibilidad en un marco temporal flexible, donde prima la efectividad sobre el trabajo por unidad de tiempo.

El desarrollo del denominado "*teletrabajo*" o "*trabajo a distancia*" ha supuesto un primer apoyo para modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones, así como para dar una mayor autonomía en la realización de sus tareas a las personas trabajadoras (Gallego Moya, 2021, p. 75), que al tiempo empuja a buscar nuevos métodos de organización y gestión y, en particular, de políticas organizativas en las que puedan converger los intereses de la empresa, la motivación de las personas empleadas y el buen clima laboral.

Aplicando este esquema, en principio idílico, a las relaciones laborales, no puede ignorarse la realidad en la que el principio civilista de la autonomía de la voluntad de las partes choca en ocasiones en el contrato de trabajo (Heras García, 2016, p. 163). No puede decirse que exista igualdad a la hora de determinar las consecuencias de una decisión vinculada al ejercicio de una actividad laboral, en la que el poder de dirección, organización y sancionador corresponde a una sola de las partes, la empresa (Rojo

Torrecilla, 2020, p. 271). Si tenemos en cuenta el factor tecnológico y quien lo controla, cabe el riesgo de dejar el "*modus operandi*" de la prestación al albur de una sola de las partes, la empresa, flexibilizando las condiciones de trabajo y modificándolas en interés propio, bajo una aparente normalidad tecnológica a la que adaptarse, por encima incluso, de los derechos laborales que, por tradicionales, quedan fuera de la deriva del progreso como si de una obsolescencia programada se tratara.

Las fórmulas organizativas nacidas al amparo de la tecnología sirven con frecuencia para mejorar los procesos de producción, rebajar los costes y amortizar una inversión optimizando máquinas, procesos y capital humano. La nota de dependencia típica del contrato de trabajo cede en un primer plano, ofreciendo una libertad aparente que a la larga se convierte en condicionada a la consecución de unos objetivos que, como en las cartas, pueden estar marcados. Por ello nos planteamos en este trabajo la legitimidad moral y legal de aquellos cambios adaptativos en la organización que, favoreciendo una mejora en la posición de la empresa en el mercado, influyen en las condiciones de trabajo, tratando de enmarcar la dicotomía "*trabajo inteligente versus inteligencia artificial*" en el marco de los derechos y obligaciones de la relación laboral y sus límites.

2. APROXIMACIÓN AL "SMART JOB" O "SMART WORKING"

La transformación digital del trabajo, en aquellos sectores y actividades susceptibles de ello, facilita la deslocalización, la capacidad de autogestión bajo parámetros establecidos y la libertad de horarios bajo un clima de confianza en la propia persona empleada. A su vez, la capacidad organizativa de la empresa optimizando recursos y recurriendo a modelos híbridos entre la presencialidad y el teletrabajo, en función de las necesidades, configuran un modelo que traspasa las fronteras del marco regulador del trabajo a distancia.

La riqueza de matices de la realidad laboral y social se diversifica conforme avanza el desarrollo tecnológico provocando un cambio tranquilo y silente en la organización del trabajo y, en consecuencia, en la vida de las personas trabajadoras. Estos matices tratan de ajustar las necesidades de la empresa a la forma, modo, tiempo y lugar de las prestaciones de servicios, sacrificando la típica dependencia laboral por la productividad y disponibilidad de las personas empleadas dando un salto evolutivo en lo que hasta ahora ha sido el teletrabajo o el trabajo a distancia.

En cuanto al lugar de trabajo, los *smart workers* pueden desarrollar su trabajo en su domicilio (*home office*), pero también y al mismo tiempo,

en el centro de trabajo de la empresa, en aquellos otros llamados móviles o itinerantes, en el propio lugar donde se encuentra el cliente (*outsourcing*), en espacios compartidos (*coworking*) e incluso, en cualquier lugar donde se encuentre la persona trabajadora (en hoteles, cafeterías o lugares de ocio).

Respecto a las condiciones de tiempo de trabajo, la jornada se flexibiliza al máximo, ya que la gestión del tiempo se decide a menudo por el propio personal, según las necesidades propias y del trabajo a realizar. Ante esta flexibilidad Thibault Aranda (2020, p. 12) advierte que no puede confundirse con una puesta a disposición permanente ni traducirse en más horas de trabajo cobrando especial importancia el registro y la delimitación de la jornada o la garantía del descanso diario, semanal e incluso de las vacaciones, en los albores de la configuración del nuevo derecho a la desconexión digital que habrá de respetar los límites de jornada máxima y los tiempos de descanso obligatorio (Benito-Butrón y Benito-Butrón, 2020, p. 123).

Sobre la forma y el modo en que se lleva a cabo la prestación destaca como factor determinante la autonomía y la independencia en la toma de decisiones, normalmente siempre bajo un protocolo previamente establecido, pero donde prima la horizontalidad jerárquica y especialmente, la valoración de los resultados y la productividad. El poder directivo tradicional, en cuanto a las órdenes e instrucciones dadas para el desarrollo del trabajo, así como el poder sancionador, se diluyen porque la definición del trabajo está predeterminada, fijada por el cliente o, incluso, a través de una aplicación o algoritmo que distribuye las tareas y sus requerimientos.

Si hacemos un estudio de las distintas ventajas e inconvenientes que a nivel general caracterizan estas prácticas, podemos comprobar que son muy parecidas al teletrabajo, aunque con un matiz importante: la inseguridad jurídica de algunos extremos que ponen en tela de juicio la legitimidad de la adaptación a este sistema. Las ventajas que presenta derivan de sus propias características. La viabilidad para trabajar desde cualquier parte beneficia a las personas empleadas, teniendo en cuenta que el sistema puede ser híbrido, presencial y a distancia, pero permitiendo una cierta compatibilidad con otras tareas donde la conciliación y el buen clima laboral, la motivación, la satisfacción y la reducción del absentismo, pueden jugar un papel importante (Igartua Miró, 2021, p. 7). El ahorro de costes de desplazamiento, la reducción de gastos de estructura de la empresa o la integración laboral de colectivos con dificultades de inserción, también son factores a tener en cuenta. Sin embargo, la ventaja principal de la implantación de estos sistemas flexibles parte de la efectividad en la consecución de objetivos y la adaptación a las

circunstancias cambiantes en función de las necesidades de la empresa. Todo ello redundará en el desarrollo de una política de "employee branding", donde las personas trabajadoras son la imagen de marca de la compañía, de sus valores y de su cultura, ampliando de forma exponencial las posibilidades y accesibilidad a proyectos internacionales y generando un mercado laboral global con las mismas oportunidades para todos (Boscán de Santiago, 2018, p. 72).

Los inconvenientes también pueden agruparse en distintos planos. Desde la perspectiva de las políticas de recursos humanos, el distanciamiento entre las personas y los equipos de la organización pueden dar la sensación de falta de estructura de la compañía carente de una jerarquía y, por tanto, sin supervisión directa en la toma de decisiones y en el rendimiento llegando a la sensación engañosa de "libertad en la gestión del propio tiempo de trabajo" provocada por la extrema flexibilidad y facilitación del desarrollo del trabajo (Cairós Barreto, 2021, p. 2).

Por otro lado, el uso de las TIC puede generar consecuencias negativas como el incremento del ritmo de trabajo, las prolongaciones de jornada, el estrés generado por la constante disponibilidad, el tecnoestrés por la adaptación a los nuevos métodos y herramientas, así como las molestias propias de su uso como problemas de visión, fatiga muscular, inflamaciones de articulación, etc. (González Cobaleda, 2019, p. 88)

Sin embargo, es en el plano laboral donde se pueden plantear conflictos derivados de una merma o modificación en las condiciones de trabajo y, en particular, en los derechos laborales. Un sistema híbrido, presencial y a distancia, necesita una organización que permita a las personas trabajadoras conocer el lugar de trabajo que puede no ser siempre el mismo, incluso, en el mismo edificio de la compañía. Un sistema rotatorio de puestos de trabajo (*hot desk*) puede incluso afectar al derecho a la ocupación efectiva, así como al derecho a realizar el trabajo en unas condiciones dignas y adecuadas, tanto del propio lugar de trabajo, como de las condiciones de seguridad y salud. Por otro lado, una flexibilidad demasiado amplia en línea con el trabajo a demanda, puede ocasionar periodos punta de dedicación y excesos de jornada afectando al derecho al descanso y a la desconexión digital. (López de la Fuente, 2020, p. 22).

Son también posibles inconvenientes, la falta de garantía en la seguridad de la información y en la protección de datos cuando los dispositivos quedan fuera del alcance de la compañía (García Viña, 2021, p. 465). La deslocalización y el acceso remoto pueden incluso favorecer la suplantación de la persona trabajadora, o bien la instalación de dispositivos de control y vigilancia ser invasivos de su intimidad.

Por último, cabe referirnos a los recursos necesarios para implantarlo, destacando el elemento tecnológico. La compañía debe velar por la disponibilidad de los recursos necesarios para realizar el trabajo, garantizando la accesibilidad a la información y a las aplicaciones de forma remota a todas las personas implicadas en la organización. Deben tenerse en cuenta factores como la necesidad de relacionarse entre el personal cuando sea necesario el trabajo colaborativo, la seguridad de la información y su custodia, así como proporcionar el acceso a herramientas seguras que garanticen la confidencialidad de los documentos de trabajo. Para ello, es conveniente procurar una formación adecuada, disponer de una política sobre seguridad de la información y uso adecuado de los dispositivos y recursos tecnológicos, así como facilitar un código de conducta o protocolo sobre el control y vigilancia de la empresa sobre los trabajadores en el uso de estos dispositivos.

3. MARCO NORMATIVO. EL PRECEDENTE LEGAL ITALIANO

En España no existe un marco legal que defina el "*Smart working*". Esta forma de organización del trabajo no debe ser entendida como una modalidad contractual, sino que enmarcada en alguno de los tipos de contrato, se ajusta a determinadas necesidades empresariales, normalmente para la optimización de sus recursos y consecución de resultados. El marco normativo de partida es el trabajo a distancia, aunque como se ha visto anteriormente, no siempre se ajusta al mismo. Las fuentes reguladoras de este sistema de organización del trabajo pueden derivar del propio poder de dirección empresarial, el denominado *ius variandi*, o bien, ser fruto del acuerdo individual o colectivo con el personal y sus representantes.

En el plano internacional son pocos los textos legales que regulen específicamente el "*Smart working*" más allá de las normas del teletrabajo, salvo algunas excepciones a raíz de la pandemia del Covid19, con el fin de dar continuidad a la actividad laboral en épocas de confinamiento o bien, como medidas complementarias para garantizar las políticas de conciliación.

Existen algunos ejemplos del denominado "trabajo flexible" en el derecho anglosajón, siendo referentes los modelos de Estados Unidos y Reino Unido. En Estados Unidos, un proyecto normativo denominado "*Working Families Flexibility Act*" prevé descansos compensatorios a raíz de las horas de trabajo ya realizadas, sin que se trate de descansar más, sino de dar mayor flexibilidad para las personas trabajadoras, en cuanto a cuándo o dónde trabajan (Institute for the American Workers, 2021). En tanto se tramita este proyecto, actualmente en el Senado, la legislación federal

americana constituida por la "Fair Labor Standards Act" (FLSA) no establece límites a las horas de trabajo en mayores de 18 años, aunque algunos estatutos específicos pueden establecer un máximo de horas diarias en categorías especiales de trabajadores, como camioneros, pilotos, médicos, etc. No obstante, permite que los Estados establezcan sus propias regulaciones (Kohler, 2016, p. 165).

En el Reino Unido el modelo "*flexible working*" nace inicialmente como un derecho de conciliación para la custodia de personas dependientes, pero a partir de 2014 ha extendido a todos los empleados que cuenten con una antigüedad en su empresa de 26 semanas (López de la Fuente, 2020, p. 250). Estas políticas tienden a promover acuerdos como el trabajo compartido (*job sharing*), trabajo comprimido (*compressed hours*), planes de interrupción de carrera (*career break schemes*), trabajo a domicilio a tiempo flexible (*flexi-time homeworking*), trabajo a tiempo parcial (*term-time working*) o reducción de horas de trabajo (*part time*). Estas fórmulas avanzan hacia un concepto de equilibrio entre vida, salud y trabajo (Teasdale, 2020, pp. 160-161). Ahora bien, el acuerdo o las cláusulas que definen la flexibilidad están sujetas a límites de forma que la empleadora no puede alterar la jornada o los descansos mínimos, ni la forma de determinación de las retribuciones básicas por considerarse abusivas y, por tanto, ilegales (Butler, 2016, p. 69).

Sin embargo, si hay un precedente normativo específico sobre este tipo de trabajo es el de Italia, a partir de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, que introduce el *Smart working* bajo la denominación "*lavoro agile*". Se trata de aumentar la competitividad y facilitar la conciliación entre los tiempos de vida y trabajo, modernizando la disciplina de la relación laboral subordinada para hacer frente a las nuevas necesidades que imponen los nuevos modelos de organización del trabajo (Martone, 2018, p. 89).

De esta regulación se pueden sacar algunas conclusiones que, sin duda, servirán para el desarrollo normativo de esta modalidad de trabajo en otros países, pero sobre todo para valorar el actual esquema de trabajo subordinado hacia un marco más flexible y libre para la autonomía de la voluntad de las partes (Rojas Valentino, 2019, p. 53).

En primer lugar, el nudo gordiano se encuentra en el abandono de una legislación excesivamente garantista de derechos individuales e incluso colectivos, en aras de dejar a la voluntad de las partes, esto es al acuerdo individual, la fórmula que mejor convenga a sus mutuos intereses para la adaptación a las exigencias de una mejor organización del trabajo, con apoyo de la tecnología.

En segundo lugar, destaca la forma en que el legislador aborda la garantía de los tiempos de descanso a través de la desconexión digital,

mediante las técnicas organizativas y tecnológicas acordadas entre las partes.

En tercer lugar, la norma blindo posibles intentos de discriminación garantizando el derecho a un tratamiento económico y normativo no inferior al establecido en los convenios colectivos y las normas generales de aplicación, buscando evitar cualquier estrategia de externalización de la plantilla con el fin de economizar los costes de personal.

En cuarto lugar, se atribuye a la empresa la responsabilidad para dotar a la plantilla de los medios y recursos necesarios para llevar a cabo su trabajo, lo que ha de evitar subterfugios o pretextos que traten de imponer condiciones de lugar y tiempo distintas a las acordadas.

En quinto lugar, para evitar abusos, es necesario delimitar las funciones así como los límites de tiempo y, en su caso, la presencialidad del personal, especificando los medios de control de la actividad en cada momento. Esta delimitación influye en el ámbito de responsabilidad de la empleadora en aspectos como la seguridad y salud o los accidentes de trabajo.

Como conclusión, el marco legislativo de los distintos Estados ha de adaptarse a la realidad empresarial y social que permite la tecnología. El tradicional elemento de subordinación y de sometimiento al poder directivo típico del contrato de trabajo cede ante nuevas fórmulas de organización del trabajo que hacen posible un equilibrio entre las necesidades de la empresa y de las personas trabajadoras.

II. MARCO LEGAL EN ESPAÑA: LIBERTAD DE EMPRESA DIGITAL Y RESPETO A LOS DERECHOS LABORALES

El marco legal en el que cabe encuadrar el *Smart working* en España parte de la regulación del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) que permite, en su artículo 13 el trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia (en adelante LTD). El elemento diferenciador con su precedente, el trabajo a domicilio, radica en acoger y delimitar el trabajo basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías. Son características compartidas con el *Smart working* la finalidad de adaptación a una organización del trabajo que trata de encajar en el modelo productivo y económico, 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 y familiar.

Sin embargo, la evolución hacia nuevas formas de organización del trabajo provoca en ocasiones una organización irregular en el tiempo de

trabajo prestado fuera de las dependencias de la empresa o en el lugar predeterminado por esta, o en su caso, inferior al 30 por 100 de la jornada en cómputo trimestral, excluido por tanto del régimen legal del trabajo a distancia. En este espacio podemos encontrar, sin embargo, una intersección entre los intereses empresariales con los de las personas trabajadoras, siendo un ejemplo de ello el artículo 36.8 del ET al crear un espacio a la autonomía de la voluntad de las partes que con la finalidad de garantizar un auténtico derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, promueve fórmulas flexibles de trabajo. Estas fórmulas incluyen el trabajo a distancia, pero sin duda las posibilidades pueden ir más allá de esta regulación.

Por otra parte, la prestación de servicios puede organizarse de forma híbrida, presencial y a distancia, pero también aplicando técnicas de asistencia rotatoria e incluso, de presencia en el lugar de trabajo libremente elegido por la persona trabajadora o establecido por la empresa. En la medida que estas fórmulas no han de tener como única finalidad la conciliación de la vida laboral y familiar, sino también el interés empresarial, es posible constatar que el equilibrio de intereses permita fórmulas que superan no solo el régimen del teletrabajo o trabajo a distancia, sino el propio modelo del contrato de trabajo asentado en la nota de dependencia.

Se plantea en este punto la legitimidad de la empresa para promover cambios organizativos que afectan a las personas trabajadoras, así como los límites a estos cambios. El apoyo legal ha de partir necesariamente del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa que, a su vez, es el pilar fundamental en el que se sustenta el poder de dirección contemplado en el artículo 20 del ET.

El artículo 38 de la CE consagra el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, protegido constitucionalmente incluso con el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio, así como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía en general y en su caso de la planificación. Se trata de un derecho subjetivo fundamental que atribuye a su titular un poder para que lo ejerza en interés particular y concretamente para la obtención de un beneficio. Por tanto, es legítimo adaptar la creación y desarrollo de una empresa a las mejores circunstancias de inversión, organización y competitividad, especialmente con el advenimiento de la tecnología. Todo ello implica, en definitiva, reconocer la libertad de contratación entendida como un espacio de autonomía negocial, donde la relación entre la empresa y su personal dependiente se prolonga en el tiempo y ha de adaptarse a las circunstancias sobrevenidas que ni el pacto inicial, ni las normas laborales o convencionales contemplan (Aragón Reyes, 2014, p. 27).

Es precisamente una manifestación de esta vertiente de la libertad de empresa la STC 96/2013, de 23 de abril, cuando interpreta que el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y hacerlo en un marco de libre competencia, implica reconocer a los particulares una libertad de decisión para establecer y acometer los objetivos de la empresa y su planificación, de acuerdo a sus recursos, entre los que figuran tanto la plantilla como las condiciones del propio mercado.

Ahora bien, la libertad de empresa tampoco es un derecho absoluto, sino que ha de ponderarse con el resto de fuerzas sociales vinculadas al trabajo productivo, respetando el marco normativo y los acuerdos sociales fruto de la negociación colectiva que pueden revertir en las condiciones de trabajo. La propia autonomía de la voluntad entre las partes debe ajustarse a este marco que consolida el Estado social de derecho.

Por tanto, es preciso delimitar al menos el ámbito, tanto de libertad de empresa, como de la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto a las posibilidades de organización del trabajo al amparo del poder de dirección y a los derechos de las personas trabajadoras.

En primer lugar, la adaptación a las condiciones del mercado y de la competencia, no puede suponer en ningún caso una extralimitación del poder de dirección en el sentido de no respetar los límites impuestos por los derechos fundamentales. El respeto a la dignidad de las personas trabajadoras y sus derechos inviolables, actúan como límite al poder de dirección, teniendo además una consideración expresa en varios preceptos del ET, en especial, la prohibición de discriminación por alguno de los motivos tasados o el respeto a los derechos de la personalidad.

Concretamente, y en el ámbito del trabajo digital o del teletrabajo, es preciso tener en cuenta los derechos relacionados con el uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales establece.

Además, actúan como límites al poder de dirección el resto de derechos laborales específicos que garantizan las condiciones laborales pactadas, siendo de especial relevancia los límites frente a la movilidad funcional, movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Ante la búsqueda de ese espacio de autonomía de la voluntad para acordar ciertas adaptaciones a la organización del trabajo con fines legítimos y de interés para las partes del contrato de trabajo, respetando los límites anteriores, no se puede concluir con una visión inmovilista o de

derechos absolutos que impidan cualquier cambio que afecte a alguno de los derechos en juego. Si bien la sola invocación de la empresa de ganar competencia en el mercado o adaptarse a la revolución tecnológica no es suficiente para recortar los derechos laborales, cabe apreciar supuestos en los que las personas empleadas han de ceder al interés empresarial, sobre todo cuando puede estar en juego la propia compañía que necesita una mejor organización de sus recursos.

El principio de proporcionalidad permite medir o sopesar ante una colisión de derechos aquellas situaciones que requieren modular o restringir sus límites. No significa vaciar un derecho en beneficio de otro, sino que respetando su contenido esencial se puedan aceptar ciertas restricciones a su ejercicio. El ordenamiento laboral permite esta flexibilidad interna, exigiendo en los casos más restrictivos de derecho una justificación causal. Sin embargo, sigue habiendo un espacio para la negociación y acuerdo, a nivel individual y colectivo, para llevar a cabo estos cambios en la organización del trabajo y su adaptación a la revolución tecnológica, a través del principio de proporcionalidad.

Por último, no podemos olvidar el papel del principio de la buena fe como límite general al ejercicio de los derechos, tanto laborales, como los que derivan de la libertad de empresa y el poder de dirección y organización. Se trata de un principio bidireccional, porque actúa tanto frente al empresario como frente a la persona trabajadora. Es un recurso jurídico que sirve al mismo tiempo de límite al ejercicio de los derechos como de marco para el cumplimiento de las obligaciones. (Conde Marín, 2007, p. 138).

III. LA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE "TRABAJO INTELIGENTE" EN LA EMPRESA

1. LA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE TRABAJO FLEXIBLE O INTELIGENTE COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER DE DIRECCIÓN. EL *IUS VARIANDI* DIGITAL

La cuestión que se plantea es en qué medida la implantación de un sistema de *Smart working*, se puede llevar a cabo directamente por la empresa, en ejercicio de su poder de dirección y organización. En este planteamiento, cabe incluir una mayor autonomía y responsabilidad en el ejercicio de las funciones asignadas, con una menor exigibilidad en las condiciones de la prestación, en cuanto a tiempo y lugar de trabajo.

Cabe así plantear un "*ius variandi* digital", cuando en aplicación del poder de dirección la empresa decida acometer una mejor organización de sus recursos a través de la implantación de sistemas tecnológicos, afectando al modo o forma de realización del trabajo o incluso al control del mismo.

El contrato de trabajo se está convirtiendo en un vínculo más personal e implicado en la organización, fruto de la autonomía de la voluntad, donde la organización no es tan importante como la aceptación de cambios en la forma de realizar la prestación. Por tanto, este esquema no debe alterarse por el avance tecnológico, que, a pesar de ser multidimensional, no debe ser la causa, sino una herramienta para obtener una mayor productividad. No por ello, deja tampoco de aplicarse el carácter tuitivo del ordenamiento laboral, en la medida que mantiene las garantías para proteger a la parte más débil de la relación.

El Derecho del Trabajo ha de adaptarse al cambio social permitiendo que las actuales tecnologías de la información y las comunicaciones proliferen para aumentar la productividad, adaptándose al fenómeno de la globalización, creando estructuras organizativas o núcleos de actividad, que incluso permiten prescindir de un centro de trabajo físico, siendo irrelevante el lugar desde donde el trabajo se presta. No se trata de desubicar a la persona trabajadora sino de su ubicación en todas partes.

En la medida que esta flexibilización puede tener repercusiones positivas para las personas empleadas, sobre todo cuando la empresa permite adaptar el trabajo a sus situaciones personales y familiares, no debe haber impedimento alguno para la aceptación tácita de estos cambios organizativos, siempre y cuando no perjudiquen los derechos laborales reconocidos.

Al contrario, por muy novedosa que sea la tecnología, el hecho cierto es que desde la primera revolución industrial y en los albores de los primeros sistemas modernos de producción, ya existía el debate sobre las distintas formas de incentivar al personal empleado para adaptarse al cambio tecnológico. A pesar de haber transcurrido más de medio siglo, no resultan extemporáneas propuestas como que "*en el obrero moderno el ocio es una oportunidad deseada para escapar del trabajo, de su sentido de la obligación*" (Esteve Frabegat, 1960, p. 64), o cuando se sugiere "*humanizar el salario sustituyendo la mentalidad del asalariado por la de cooperador*" (Cuñat Cossonís, 1950, p. 146).

Por tanto, cualquier sistema de organización del trabajo implantado por la empresa, debe contar con la confianza del personal. Una política flexible respecto al tiempo y lugar de trabajo permite no solo humanizar el trabajo, sino involucrar a la plantilla en el proceso productivo integrando

su capacidad creadora y su responsabilidad en beneficio de la empresa y en el desarrollo de la productividad.

Independientemente de ello, y sin perjuicio de la conveniencia de contar con la confianza del personal a la hora de abordar la implantación de un sistema de *Smart working*, es necesario aclarar si las facultades directivas y organizativas de la empresa pueden por sí solas llevar a cabo la implantación de esta adaptación. Para ello, se debe tener en cuenta no solo el marco legal, sino también los acuerdos individuales y colectivos, así como si estos cambios afectan de forma sustancial a las condiciones de trabajo. Para ello se examinan algunos ejemplos sometidos en los distintos tribunales laborales.

2. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO COMO LÍMITE AL *SMART WORKING*

El *ius variandi* como manifestación del poder de dirección tiene su límite en las modificaciones de las condiciones de trabajo que pueden afectar a las funciones desarrolladas por el personal (movilidad funcional), al lugar en el que se desempeñará el trabajo (movilidad geográfica), así como a aquellas condiciones que se califiquen como sustanciales del contrato, a tenor del artículo 41 del ET. La implantación de sistemas de organización del trabajo que afecten sustancialmente a alguna de estas condiciones, aun siendo potestativo para la empresa, deberán seguir el procedimiento previsto en el artículo 41, salvo que estén previstas en convenio colectivo, donde quedan fuera de la potestad unilateral de la empresa, debiendo acudir al procedimiento del artículo 82.3 del ET.

Ahora bien, ¿en qué casos debe entenderse sustancial una alteración en la organización del trabajo a raíz de la implantación de un sistema que, por otra parte, puede ser favorable para el personal empleado? Para llevar a cabo modificaciones no sustanciales, el TS ya estableció que el ordenamiento jurídico (artículos 5.c y 20.1 y 2 ET) reconoce la capacidad empresarial de variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, siempre que el cambio no haya de ser reputado sustancial (STS, Social, de 12 de septiembre de 2016, rec. 246/2015), reconociendo el *ius variandi* como poder de especificación o concreción de la necesariamente genérica prestación laboral (STS, Social, de 10 de noviembre de 2015, rec. 261/2014).

De esta forma, queda por delimitar el carácter sustancial de aquellas modificaciones consistentes fundamentalmente en cambiar la organización y los métodos de trabajo hacia sistemas más flexibles, pero que pueden tener consecuencias en el resto de las condiciones laborales protegidas

por la exigibilidad de una causa y con el sometimiento al procedimiento regulado en el artículo 41 del ET.

El caso *Ayesa*, resulta de especial interés al implantar un sistema denominado "*Smart job*" que combina trabajo presencial y teletrabajo aplicando una técnica denominada "*hot desk*" para que el personal empleado pueda reservar su puesto de trabajo en caso de asistir al centro a través de una aplicación informática. El programa, de suscripción voluntaria, implica que cada persona asistente al centro no cuenta con un puesto de trabajo fijo, sino que debe reservar su puesto de trabajo a través de la citada aplicación, sustituyéndose los equipos de trabajo fijos por otros portátiles. Este modelo tiene en cuenta las peculiaridades de cada proyecto, las necesidades del cliente, requerimientos técnicos y conectividad.

Planteado conflicto colectivo por un sindicato, la SAN 180/2021, de 27 de julio de 2021, entendió que no puede ser calificado como una modificación sustancial realizada sobre el sistema de trabajo y rendimiento, al tratarse solo de una aplicación informática que permite la organización de los centros de trabajo más eficaz al aprovechar los espacios en función del grado de ocupación de los mismos por el personal. A su vez, tampoco se aprecia falta de ocupación efectiva, ni tampoco que no se garantice un puesto de trabajo a cada persona trabajadora. Tampoco apreció movilidad de los puestos de trabajo, pues no hay cambio de centro ni de localidad, por lo que la decisión empresarial se ha de encuadrar en el poder de dirección del artículo 20 del ET.

Del caso *Ayesa* podemos obtener algunos importantes criterios. En primer lugar, la implantación de un sistema "*hot desk*" no supone por sí mismo, un cambio en las condiciones sustanciales de trabajo ni una vulneración de los derechos laborales. En segundo lugar, pasa a un segundo plano de importancia el hecho de no tener asignado un puesto fijo, así como no tener en cuenta la pertenencia a un departamento o la cercanía con las personas habituales en el trabajo. En tercer lugar, se aprecia una legitimación empresarial en un doble interés: Por una parte, desde la justificación por razones de eficiencia y eficacia organizativa y, por otra, desde la idea del ahorro energético al que hace referencia expresamente la Sala (mejora de costes de suministro eléctrico, mantenimiento, limpieza, etc.). En cuarto lugar, se han respetado los límites que excluirían del poder de dirección esta decisión, tales como garantizar el derecho a la ocupación efectiva, la inexistencia de movilidad del lugar de trabajo, así como el resto de las condiciones laborales, al no tener incidencia en la jornada, el horario o la retribución.

Estos límites, sin embargo, sí resultaron quebrantados en el caso *Health-care*, cuando a raíz de la implantación del teletrabajo bien en el domicilio,

bien en otro lugar designado por la propia persona empleada, la empresa adopta medidas de concentración de la jornada en 8 horas continuadas, con supresión de la hora de descanso y del ticket de comida, sin justificación en causa objetiva alguna. La SAN 44/2021 de 18 de marzo de 2021, acepta la implantación del teletrabajo mediante acuerdo individual con el personal empleado, pero desestima la modificación sustancial ante la modificación de la jornada y la pérdida de retribución. Por tanto, estos límites no solo constituyen una modificación sustancial fuera del alcance de la empresa, sino que además, han de estar justificados por alguna de las causas de las previstas en el artículo 41 del ET.

Ahora bien, es frecuente que la implantación de un sistema inteligente de organización del trabajo, más o menos flexible, afecte directa o indirectamente a la cuantía de la retribución, debiendo distinguir si ese menoscabo retributivo se debe solo a la herramienta en sí, o deriva solo del rendimiento de la persona empleada. El caso "Atento" plantea una situación límite a raíz de la implantación de un programa informático para administrar el procedimiento de gestión del desempeño, relacionado con la retribución variable. La STS 339/2020 de 14 de mayo de 2020, entiende que es potestad de la empresa implantar un programa informático que no supone una alteración del mecanismo previo para la gestión y devengo de la retribución variable. Ahora bien, quedan serias dudas sobre el alcance real de la medida, que no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, sobre todo cuando el sistema anterior solo se orientaba al cobro de incentivos y el nuevo programa introduce para quienes no superen los objetivos unos planes de desarrollo individual de obligado cumplimiento. Es decir, indirectamente y junto con otros parámetros, el sistema unilateralmente implantado podría afectar a los incentivos, si bien no sería la única causa de ese menoscabo.

Esta situación puede adquirir complejidad en la implantación de modelos flexibles a través de programas informáticos, pues manejan funcionalidades diversas y gran cantidad de datos, proponiendo alternativas para una gestión más productiva de los recursos humanos que indirectamente puede afectar a una de las modificaciones consideradas sustanciales en el artículo 41 del ET, como es el sistema de trabajo y rendimiento.

Por ello, parece conveniente llamar la atención sobre un sistema o herramienta que a priori tiene solo fines organizativos y que puede finalmente atravesar la fina línea que separa una modificación accidental de una sustancial, debiendo prestarse atención a todos los aspectos que pueden verse alterados por la irrupción del nuevo modelo (Gómez García, 2020, p. 224).

IV. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL SMART WORKING

1. EL EFECTO DE LLAMADA DE LA LEY DEL TRABAJO A DISTANCIA AL SMART WORKING A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La implantación de un modelo de organización flexible del trabajo a través de la negociación colectiva tiene como punto de partida la regulación del trabajo a distancia. La propia LTD asigna un papel fundamental a la negociación colectiva con múltiples remisiones en su articulado, indicando en la propia Exposición de Motivos su carácter imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios. Sin embargo, la propia Ley contiene la llave hacia modelos de mayor flexibilidad que los previstos en el articulado de la propia norma siendo la negociación colectiva el instrumento clave para su implantación.

Concretamente, la Disposición Adicional Primera de la Ley cede a los convenios o acuerdos colectivos la posibilidad de adaptarse a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, en aspectos tales como una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la Ley a los efectos de calificar como "regular" esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.

Es decir, cabe apreciar un "efecto de llamada" a modelos más flexibles de organización del trabajo que el régimen contenido en la propia Ley, entre los que se encuentra el *Smart working*, estableciendo una remisión a los convenios y pactos colectivos para su instrumentalización. No se trata solo de identificar los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia o híbrido, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo sino de "cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular". En un trasfondo más profundo, cabría apreciar la intención del legislador de no caer en la inmovilidad respecto a la rápida evolución de nuevos modelos organizativos de la empresa, otorgando para ello un especial protagonismo a la negociación colectiva.

Además, la propia regulación convencional de este modelo de trabajo hacia nuevas fronteras actúa como garantía del respeto a los derechos laborales, e incluso a los llamados derechos digitales, como la desconexión,

siendo la propia LTD el respaldo para garantizar la igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación para todas las personas trabajadoras en la empresa, independientemente del modelo organizativo.

Sin embargo, son todavía pocos los convenios colectivos que han recogido expresamente un modelo flexible más allá del regulado en el trabajo a distancia, aprovechando esta remisión normativa. Incluso cuando utilizan otras denominaciones, como *Smart job*, o *Smart working*, prácticamente se refieren al modelo de teletrabajo recogido en la Ley.

El II convenio colectivo del Grupo Vodafone (BOE de 9 de febrero de 2021) recoge, por ejemplo, un Capítulo X dedicado al *Smart working* con algunas características de esta figura entre las que destacan la autonomía y responsabilidad en el desempeño de un trabajo híbrido, con la previsión de un porcentaje de trabajo en remoto del 40 por 100, ampliable al 60 por 100, que puede tener lugar en días alternos o acumularse semanalmente. El lugar de prestación del trabajo fuera del centro es libre y, en principio determinado, aunque de manera puntual puede ser cualquier otro lugar, siempre que se respeten las medidas de prevención de riesgos laborales. Vinculado a este tipo de trabajo, se reconoce y desarrolla el derecho a la desconexión digital, especificando las horas de reunión dentro del horario general de la empresa, así como evitar cualquier comunicación fuera de la jornada.

El III Convenio Colectivo del Grupo Siemens Gamesa (BOE de 3 de junio de 2021) introduce un programa innovador en el Capítulo VII denominado *Smart working* que partiendo de la regulación del trabajo a distancia implanta el trabajo flexible total o parcial, abriendo la posibilidad de un sistema híbrido cuya finalidad va más allá de la mejora organizativa. El sistema pretende impulsar un entorno laboral atractivo, la salud y el bienestar, pero también retener el talento. Sin embargo, sorprende la visión externa del convenio, cuando persigue, además, la reducción de la huella medioambiental mediante la reducción del desplazamiento de viajeros, contribuyendo a reducir la contaminación del aire y la congestión del tráfico.

El Convenio Colectivo de la empresa Cable y Telecable, SAU (BOE de 19 de febrero de 2021) es un ejemplo de la implantación de un modelo flexible denominado "Smartworking" al fijar un límite de cinco días al mes como máximo para que su personal pueda trabajar desde su domicilio o desde el lugar libremente elegido, previo acuerdo con su responsable.

Ahora bien, si hay que destacar una regulación que separa y diferencia el trabajo a distancia, el teletrabajo y el *Smart working*, con un régimen distinto para cada modalidad, es preciso comentar el Anexo V de "Acuerdos

de modificación y prórroga del II Convenio Colectivo de Telefónica de España, SAU" (BOE de 1 de septiembre de 2021).

Centrándonos en el Smart working observamos que la naturaleza del *smart work* o trabajo de movilidad resulta una modalidad diferente, expresamente excluida de la LTD y regulada al amparo de la negociación colectiva, seguramente aprovechando la delegación que hace la norma al convenio. Esta diferente modalidad no se basa en ordenar la presencialidad o el trabajo en remoto, sino en la confianza y la responsabilidad en un espacio virtual o real en el que se acuerdan objetivos, proyectos de trabajo y plazos a cumplir. La presencia, por tanto, no está definida de antemano, sino que será necesaria cuando así sea requerida, bien en el centro de trabajo, bien en el domicilio del cliente, así como cuando sea necesario acudir a cursos de formación o a reuniones de coordinación de equipos.

Sin embargo, no parece que esta forma de trabajo sea de adscripción voluntaria para cualquier trabajador, sino solo para determinados colectivos en razón de su actividad y perfil, definidos en el propio Acuerdo.

En resumen, cabe destacar la escasez de convenios colectivos que han implantado sistemas de organización del trabajo más flexibles, siendo por lo general una simple regulación y demarcación del teletrabajo. Por otra parte, se aprecia una tenue presencia de los derechos digitales, centrándose básicamente en el derecho a la desconexión digital, vinculado a las políticas de conciliación y garantía del descanso, así como del derecho a la seguridad y salud. No obstante, apenas existe alusión alguna a la forma de control y vigilancia de las personas teletrabajadoras, lo que tampoco debe extrañar cuando estos sistemas flexibles se basan en la confianza, autonomía y reducción al mínimo en la subordinación al poder directivo de la empresa.

Como conclusión, cabe sin embargo resaltar la importancia del convenio colectivo para el desarrollo de políticas empresariales transparentes y proporcionadas. La negociación colectiva debe adaptarse también a la evolución tecnológica, estableciendo nuevas condiciones de trabajo de común acuerdo, teniendo en cuenta el actual escenario. La razón fundamental es que se trata de un medio con unas características de adaptabilidad y evolución continua que constituye un mecanismo regulador más eficiente en algunos casos que la propia intervención legislativa.

2. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL SMART WORKING

Un ejemplo de transparencia en la adopción de medidas de flexibilidad en la organización del trabajo consiste en informar y/o consultar a los

representantes de los trabajadores antes de introducir políticas de transformación digital que afectan al modo de prestación de servicios, tanto desde la óptica del lugar como del tiempo de trabajo.

Entre las competencias del comité de empresa que recoge el artículo 64.5.f) del ET figura la de emitir informes, con carácter previo a su ejecución, sobre las decisiones del empresario sobre la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo. Si bien esta previsión legal contempla una obligación empresarial de información y consulta en la adopción de estas medidas, su incumplimiento apenas tiene relevancia en lo que a su adopción se refiere. Las medidas o sistemas de simple adaptación organizativa del trabajo que no afecten sustancialmente a las condiciones de trabajo estarían dentro del *ius variandi* de la empleadora.

No se puede tampoco obviar la modificación legislativa introducida por el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, en la redacción dada al nuevo apartado d) del artículo 64 del ET en el que añade un nuevo derecho de información a la representación legal sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. A pesar del contexto de la norma modificadora, tratando de delimitar laboralmente las prestaciones de servicios a través de plataformas de reparto, su alcance debe extenderse también a todos los métodos de trabajo en los que el elemento tecnológico cobra un papel protagonista, por ejemplo, en el reparto de tareas o en la valoración del desempeño, con importantes consecuencias en el rendimiento e incluso, en la obtención de incentivos. Tampoco es de extrañar que el "trabajo inteligente" o *Smart working* pueda llevarse a cabo a través de plataformas digitales. Sin embargo, se ha planteado si esta nueva obligación de información pasiva, que ni siquiera exige una consulta o informe de la representación legal, no es por tanto una inflexión respecto al derecho comentado anteriormente del artículo 64.5.f) que sí exige el derecho de los y las representantes a emitir informe previo a la ejecución de la medida (información activa), sin que quede nada claro en qué medida la gestión algorítmica no es en sí un sistema de organización y control de trabajo (Molina Navarrete, 2021a, p. 20).

La importancia de informar y, en su caso, consultar a la representación legal de la plantilla radica en que la información a los y a las representantes implica la voluntad de respetar los derechos laborales informando de las características y de la justificación objetiva y razonable para la implantación de estos nuevos sistemas. A pesar de ello, hay que entender que esta información no queda legitimada ni implica la obtención del

consentimiento del personal por el solo hecho de cumplir con el deber de información.

V. DERIVACIONES DEL SMART WORKING EN LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, EN EL EMPLEO VERDE Y EN EL AHORRO ENERGÉTICO

Desde el punto de vista de la mejora de las condiciones de trabajo y de la seguridad y salud laboral, los modelos de trabajo flexibles apoyados por el avance tecnológico han traído algunas ventajas que giran en torno a la posibilidad de pactar y acomodar las obligaciones laborales a los intereses mutuos de empresa y trabajadores. Gracias a la tecnología es posible atender determinadas obligaciones laborales alternando la presencialidad con el trabajo en remoto con una mayor libertad de horarios, distribución de la jornada y, al mismo tiempo, disponibilidad quasi inmediata para atender a determinadas situaciones y requerimientos. Sin embargo, esta mayor libertad ocasiona en algunos casos una disminución de la vigilancia y control de las medidas generales de prevención de riesgos, algunas veces fuera del alcance de la empresa, potenciando a su vez riesgos específicos derivados de las condiciones de trabajo.

El trabajo continuo y la alternancia en una pluralidad de lugares en un ambiente hiperconectado, a través de ordenadores y teléfonos de forma continua, agrava el riesgo de hiperconectividad laboral que se manifiesta en el cansancio, agotamiento mental y cognitivo, la compulsión adictiva para comprobar si se ha pasado una tarea por alto, la incapacidad de seguir el ritmo de trabajo constante que lleva a la depresión y la traslación del estado anímico a la dimensión familiar del trabajador que puede terminar originando conflictos de tipo personal (Quílez Moreno, 2018, p. 312).

Con carácter general, las obligaciones preventivas de la empresa respecto a su personal son las mismas en el trabajo presencial, híbrido o en remoto. Sin embargo, estas peculiares formas de organización plantean problemas de adaptación a determinados riesgos derivados, en primer lugar de calificación, ante la nueva realidad amparada y cada vez más dependiente de la tecnología, y en segundo lugar de regulación, ante la inexistencia o insuficiente regulación específica de este modelo organizativo.

Los factores específicos de riesgos típicos en un modelo de *Smart working* han de formar parte de la evaluación y de la planificación de la actividad preventiva como obligaciones generales de la empresa, teniendo en cuenta la zona habilitada para la prestación de servicios en caso de trabajo

en remoto, tal y como establece el artículo 16 de la LTD. Estos factores pueden categorizarse de la siguiente forma:

En primer lugar, los derivados de una mala o deficiente organización del trabajo que provocan el exceso de jornada y carga de trabajo. En segundo lugar, los riesgos frente a agentes físicos, derivados de la utilización de pantallas de visualización de datos de forma intensa y prolongada, con una alta probabilidad de sufrir daños físicos, tanto a nivel oftalmológico, como trastornos musculoesqueléticos, derivados de las condiciones ergonómicas. En tercer lugar, los riesgos psicosociales, que en este ámbito se agudizan ante la presión ejercida por la propia autonomía y responsabilidad frente a los reclamos de la organización o de los clientes, entre los que destaca la fatiga, el tecnoestrés, la adicción al trabajo o síndrome de *burnout* o estar quemado.

Las medidas preventivas para afrontar estos riesgos, se basan principalmente en evitar la fatiga digital a través de la desconexión digital, así como el respeto a la duración máxima de la jornada. No obstante, queda pendiente el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (*offline, online*) que no son de trabajo efectivo (González Cobaleda, 2021, pp. 187-199). Por lo demás, se tratará de adoptar una zona de trabajo adecuada con buenas condiciones de luz y la menor cantidad de ruido posible en el trabajo en remoto, de forma que permita la concentración en los periodos de trabajo y el descanso en las interrupciones dentro de la jornada que eviten la sobrecarga. Es conveniente, además, cuidar el orden y la ventilación, así como unas condiciones adecuadas de temperatura.

En una nueva dimensión de riesgos psicosociales, el artículo 4 de la LTD introduce como novedad la necesidad de adoptar medidas para evitar el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral a través de los canales digitales. Se trata de incorporar una protección específica en el entorno digital frente al ciberacoso (Molina Navarrete, 2021b, p. 169).

Asimismo, deben respetarse las condiciones ergonómicas, tanto en el trabajo en remoto como en el centro de la empresa, evitando en la medida de lo posible el transporte continuo de los equipos derivado de la alternancia presencial y a distancia.

En cuanto a las medidas frente a riesgos físicos, deben respetarse las obligaciones derivadas de la utilización de pantallas de visualización de datos y equipos de trabajo que pueden provocar desde fatiga visual y mental, hasta accidentes por caídas o golpes, así como los daños ocasionados por contactos eléctricos.

Todo este escenario, bien podría formar parte de lo que se ha denominado "*la sociedad del cansancio*", una situación que describe el desgaste ocupacional, la presión por el rendimiento, el exceso de estímulos al mismo tiempo que la exigencia de cumplir puntualmente con lo solicitado. Se genera así el caldo de cultivo de un estado de enfermedad neuronal, no infecciosa, caracterizada por el síndrome de la fatiga cognitiva. Para contrarrestar esta situación, adquiere cada vez más importancia el derecho a la desconexión digital, en su vertiente protectora de la seguridad y salud (Alemán Páez, 2017, p. 18).

Respecto de las obligaciones en materia de vigilancia de la salud, los *smart workers* estarán sometidos a los reconocimientos médicos específicos derivados de los riesgos derivados de la utilización de pantallas de visualización de datos, como cualquier otro miembro del personal de la empresa. En cuanto a las medidas de información y consulta, así como de formación sobre los riesgos generales y específicos que derivan de su peculiar organización, son también aplicables incluso cuando la actividad es realizada fuera de la empresa.

Si abordamos la seguridad y salud de un modo amplio, el trabajo en remoto y sin desplazamiento es indudable que reduce el riesgo de accidentes de circulación y, por tanto, "*in itinere*", lo que a su vez tiene implicaciones en el medioambiente con una consiguiente reducción en la emisión de contaminantes. Por ello, cabe argumentar una relación directa entre la digitalización aplicada al trabajo a distancia y la sostenibilidad ambiental, pudiendo incluso considerarse el teletrabajo como "empleo verde" (Miñarro Yanini, 2021, p. 10), pues contribuye al cuidado del medio ambiente en la medida en que se reduce el consumo de energía en el centro de trabajo (calefacción, luz, etc.) y evita la contaminación del transporte.

Sin embargo, bajo un punto de vista de la gestión eficiente de los recursos, cabe considerar "empleo verde" aquel que conjuga el trabajo decente con una actividad económica respetuosa con el medio ambiente. El *Smart working* ha de considerarse bajo esta perspectiva como una aplicación de la inteligencia artificial que fomenta edificios inteligentes, planificación eficiente de los recursos y, sobre todo, trabajo inteligente. Se trata de un ejemplo de la "ecologización de la economía" (Álvarez Cuesta, 2018, p. 656), potenciando el uso eficiente de los recursos, la optimización de las materias primas, el tratamiento de residuos y el trabajo digno.

Por último y también desde una visión global, la desubicación del personal del centro de trabajo y la posibilidad de prestar servicios desde cualquier otro lugar, puede tener un fuerte impacto en la economía a través de

la redistribución de la renta y la repoblación de núcleos rurales. El abandono de las grandes ciudades por quienes, sin necesidad de asistir regularmente al centro de trabajo, buscan una mejor calidad de vida, incide en la revitalización de las economías regionales y de escala, creando empleo, reduciendo la contaminación, redistribuyendo los recursos y preservando el medio ambiente en el camino adecuado hacia el bienestar social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN PÁEZ, FRANCISCO (2017): El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail N.º 2016-1088", en *Trabajo y Derecho*, 30, pp. 12-32.
- ÁLVAREZ CUESTA, HENAR (2018): El empleo verde y la industria 4.0: hacia una transición justa, en César García Novoa y Diana Santiago Iglesias (Dir.) *4.ª Revolución industrial: Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y en la economía digital*, Aranzadi, pp. 633-658.
- ARAGÓN REYES, MANUEL (2014): La libertad de empresa, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 108, pp. 17-40.
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, JUAN CARLOS Y BENITO-BUTRÓN GONZÁLEZ, ADRIÁN (2020): Teletrabajo (trabajo a distancia) y Seguridad Social: tras el Real Decreto Ley 28/2020 surgen incertidumbres en Juan Francisco Rodríguez Ayuso y Elena Atienza Macías (Coords.), *El nuevo marco legal del teletrabajo en España. Presente y futuro. Una aproximación multidisciplinar*, Wolters Kluwer, pp. 107-138.
- BOSCÁN DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA (2018): Smart Working, hacia una nueva cultura del trabajo, en *Capital Humano*, 331, pp. 72-74.
- BUTLER, MARK (2016): Working time and flexibility in the United Kingdom, en *Ius Labor*, 1 pp. 66-74.
- CAIRÓS BARRETO, DULCE MARÍA (2021). Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo en *Trabajo y Derecho*, 13, pp. 1-29.
- CONDE MARÍN, EMILIA (2007): *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contenido del contrato de trabajo*, La Ley.
- CUÑAT COSSONÍS, Roberto (1950): Algunas consideraciones sobre la participación activa de los trabajadores en la empresa moderna, en *Revista de Política Social*, 7, pp. 144-162.

- ESTEVA FRABEGAT, CLAUDIO (1960): La máquina y la deshumanización del trabajo, en *Revista de Política Social*, 47, pp. 43-77.
- GALLEGO MOYA, FERMÍN (2021). El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020. *RTSS. CEF*, 457, pp. 71-106.
- GARCÍA VIÑA, JORDI (2021): Hacia un modelo híbrido de la prestación de trabajo: smart working, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1, pp. 449-473.
- GÓMEZ GARCÍA, FRANCISCO XABIER (2020): La implantación de una herramienta informática como posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 339/2020, de 14 de mayo, en *RTSS, CEF*, 452, pp. 219-224.
- GONZÁLEZ COBALEDA, ESTEFANÍA (2019). Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora. *RTSS, CEF*, número extraordinario, pp. 85-112.
- GONZÁLEZ COBALEDA, ESTEFANÍA (2021): Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (offline, online), aun no siendo de trabajo, en *RTSS, CEF*, 461-462, pp. 187-199.
- HERAS GARCÍA, ARÁNZAZU DE LAS (2016): *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*. CEF.
- IGARTUA MIRÓ, TERESA (2021). La flexibilización del tiempo de trabajo en *Trabajo y Derecho*, 13, pp. 1-30.
- INSTITUTE FOR THE AMERICAN WORKERS (2021): Working Families Flexibility Act. Disponible en: <https://i4aw.org/resources/working-families-flexibility-act/>.
- KOHLER, THOMAS C. (2016): Working time and flexibility in the United States of America, en *Ius Labor*, 1, pp. 165-167.
- LÓPEZ DE LA FUENTE, GRACIELA (2020) *La revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores (cuestiones actuales y nuevos retos)*, Tirant lo Blanch.
- MARTONE, M (2018): El smart working o trabajo ágil en el ordenamiento italiano, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, pp. 88-97.
- MIÑARRO YANINI, MARGARITA (2021): Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?, en *RTSS, CEF*, 454, pp. 5-16.

niza-

enios
2020.

ción
Rela-

de
cial
nal

s y
SS,

ón
pi-
2,

in

o

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (2021a): Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente, en *RTSS, CEF*, 459, pp. 5-22.

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (2021b): Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo, en *RTSS, CEF*, 461-462, pp. 165-186.

QUÍLEZ MORENO, JOSÉ MARÍA (2018): "Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente" en *RGDTSS*, 51, pp. 305-324.

ROJAS VALENTINO, IRVING ALDO (2019): Una aproximación al smart working en Italia, en *Derecho & Sociedad*, 53, pp. 253-267.

ROJO TORRECILLA, EDUARDO (2020): Las tecnologías, las plataformas digitales y el Derecho del Trabajo, en *Revista Jurídica del Trabajo*, 1, pp. 263-267.

TEASDALE, NINA (2020). Flexible Working in the UK: interrogating policy through a gendered Bacchi lens, en *Feminismo/s*, 35, pp. 155-177.

THIBAUT ARANDA, XAVIER (2020). Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia. *Trabajo y Derecho, Extra*. 12, pp. 1-22.

TORRECILLA, J. A., PARDO, C. y RUBIO, J. C. (2019). Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo, *RTSS. CEF*, número extraordinario 2019, pp. 27-54.