

El teletrabajo en España: lectura, desarrollo e implicaciones

Autora: Vanesa Cano Escobar

Trabajo Final de Grado

Ámbito de especialización: Jurídico

Curso: 2020, 2.º semestre

Director: David Gutiérrez Colominas

Índice

Resumen	5
Relación de abreviaturas	7
1. Introducción	8
2. Marco normativo	10
2.1. Primera aproximaciones al trabajo a distancia	10
2.2. El salto hacia el presente del trabajo a distancia	15
3. Contenido del Real Decreto Ley 28/2020	16
3.1. Definición del objeto	16
3.2. Ámbito de aplicación, limitaciones y exclusiones	17
3.3. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación	18
3.4. Voluntariedad del trabajo a distancia	19
3.5. El acuerdo de trabajo a distancia	21
3.6. Modificaciones del acuerdo de trabajo a distancia	22
3.7. Derechos de los trabajadores	24
3.7.1. Derecho a la formación y a la promoción profesional	24
3.7.2. Derecho a la dotación y al mantenimiento de medios, equipos, herramientas ..	24
3.7.3. Derecho al abono y compensación de gastos	25
3.7.4. Derecho al horario flexible	26
3.7.5. Derecho al registro horario	27
3.7.6. Derecho a la prevención de riesgos laborales	27

3.7.7. Derecho a la intimidad y a la protección de datos	30
3.7.8. Derecho a la desconexión digital	31
3.7.9. Derechos de naturaleza colectiva	32
3.8. Poder de control del empresario	34
3.9. La negociación colectiva	36
4. Implicaciones éticas i/o sociales	38
5. Conclusiones	41
Referencias bibliográficas	43

El teletrabajo en España: lectura, desarrollo e implicaciones

Autora: Vanesa Cano Escobar

Relaciones laborales y ocupación. Ámbito jurídico.

Resumen: Los acontecimientos derivados de la actual crisis sanitaria han potenciado la implantación del trabajo a distancia como mecanismo para hacer frente a la pandemia, llegando a articularse como una modalidad laboral preferente, lo que ha generado la necesidad de establecer una regulación urgente, sistemática y garante. La entrada en vigor del esperado Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia rompe con la escueta regulación previa, presentándose como el principal marco legal configurador de los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores que desarrollan su actividad de forma no presencial. Con la finalidad de dotar de una mayor seguridad jurídica al trabajo a distancia, la nueva regulación clarifica la naturaleza y el alcance de esta modalidad laboral de acuerdo con su carácter voluntario y reversible; realiza una ordenación formal de las condiciones de prestación de la actividad laboral a través del acuerdo de trabajo a distancia; y articula un marco de derechos relativamente equilibrado que tiene en consideración el principio de igualdad de trato y no discriminación, el derecho a la promoción y formación profesional, a la dotación de medios, al registro horario y a la distribución flexible del tiempo de trabajo, al ejercicio de derechos colectivos y a la garantía de los derechos digitales, así como aspectos preventivos ligados a los riesgos ergonómicos, psicosociales y organizativos inherentes a esta forma de prestación de servicios. A pesar de la extensión del texto normativo, uno de los aspectos más relevantes es el papel que juega la negociación colectiva como instrumento para completar la normativa y adaptarla a las casuísticas particulares de los distintos sectores —aspecto cuanto menos problemático que acaba desplazando el establecimiento de criterios ordinales de actuación general. Cuestiones controversiales son también las suscitadas por la ambigüedad e inexactitud de algunos de los preceptos normativos que dejan sin resolver aspectos tan trascendentales como las implicaciones fiscales de la compensación de gastos, la determinación de los medios para garantizar el derecho a la desconexión digital, la rigurosa delimitación del poder de control empresarial o el establecimiento de pautas que permitan llevar a cabo una autoevaluación de riesgos segura. Así pues, con el objetivo de entender el encaje de esta nueva regulación dentro del ordenamiento jurídico español, así como de examinar las implicaciones, consecuencias y problemáticas que se derivan a nivel legal, social y económico, el presente proyecto efectuará una interpretación jurídica a través del propio texto normativo, de su articulación respecto a otras leyes, de la doctrina jurisprudencial existente y de las consideraciones de autores expertos en el ámbito.

Palabras claves: *Teletrabajo, trabajo a distancia, trabajo remoto, trabajo a domicilio*

ODS: *ODS5, ODS8*

Abstract: The events derived from the current health crisis have promoted the introduction of remote work as a mechanism to face the pandemic, becoming articulated as a preferential work modality, which has generated the need to establish an urgent, systematic and guarantor regulation. The publication of the long-awaited Royal Decree Law 28/2020, of September 22, on distance work breaks with the brief previous regulation, presenting itself as the main legal framework shaping the rights and obligations of employers and workers who carry out their activity in a remote manner. In order to provide greater legal security to remote work, the new regulation clarifies the definition and scope of this work modality in accordance with its voluntary and reversible nature; carries out a formal ordering of the conditions of provision of the work activity through the distance work agreement; and articulates a relatively balanced framework of rights that takes into account the principle of equal treatment and non-discrimination, the right to professional promotion and job training, to the endowment of means, to time registration and flexible distribution of working time, to the exercise of collective rights and the guarantee of digital rights, as well as preventive aspects linked to ergonomic, psychosocial and organizational risks inherent to this form of service provision. Despite the length of the normative text, one of the most relevant aspects is the role that collective bargaining plays as an instrument to complete the regulation and adapt it to the casuistry of the different sectors —an aspect at least problematic that ends up displacing the establishment of ordinal criteria for general action. Controversial issues are also those raised by the ambiguity and inaccuracy of some of the normative precepts that leave unresolved aspects as transcendental as the tax implications of compensation for expenses, the determination of the means to guarantee the right to digital disconnection, the rigorous delimitation of the power of corporate control or the establishment of guidelines that allow a safe risk self-assessment to be carried out. Thus, in order to understand the fit of this new regulation within the Spanish legal system, as well as to examine the implications, consequences and problems that arise at the legal, social and economic level, this project will carry out a legal interpretation through of the normative text itself, of its articulation with respect to other laws, of the existing jurisprudential doctrine and of the considerations of expert authors in the field.

Keywords: *Telecommuting, remote work, telework, teleworking*

ODS: *ODS5, ODS8*

Relación de abreviaturas

art. = artículo

CE = Constitución Española

ET = Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015, de 23 de octubre)

LO = Ley Orgánica

LOPDGDD = Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LO 3/2018, de 5 de diciembre)

LPRL = Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre)

OIT = Organización Internacional del Trabajo

pág. = página

págs. = páginas

RD = Real Decreto

RDL = Real Decreto Ley

RDLeg = Real Decreto Legislativo

Rec. = Recurso

STC = Sentencia Tribunal Constitucional

STS = Sentencia Tribunal Supremo

STSJ = Sentencia Tribunal Superior de Justicia

TC = Tribunal Constitucional

TS = Tribunal Supremo

TSJ = Tribunal Superior de Justicia

UE = Unión Europea

1 INTRODUCCIÓN

El pensador griego conocido como Heráclito aventuró ya hace siglos una premisa que acompañará a la humanidad toda su vida: «Lo único constante es el cambio». El cambio, al tratarse de un movimiento continuo y rápido que transforma la realidad, modifica el entorno y origina auténticos desafíos para la sociedad —y para todos los actores sociales.

En ese sentido, el frenético avance tecnológico de las últimas dos décadas ha desencadenado cambios sustanciales que han llevado a las organizaciones a adoptar e implementar equipos y sistemas digitales avanzados, dando lugar a nuevos modelos de producción y a nuevas formas de organización del trabajo —rudimentariamente reconocidas por el ordenamiento jurídico. Si bien el desarrollo tecnológico ha permitido la lenta, pero progresiva, implantación del trabajo en remoto en algunas grandes organizaciones, el vacío normativo existente ha entorpecido considerablemente su asentamiento, convirtiéndolo en una práctica minoritaria.

No ha sido hasta la eclosión y expansión de la pandemia generada por la COVID-19 que el teletrabajo se ha instalado de forma generalizada, como respuesta a las restricciones y medidas de contención. Numerosas organizaciones han recurrido al teletrabajo como herramienta para asegurar el mantenimiento de los empleos y la continuidad de la actividad laboral —al mitigar, mediante el distanciamiento social, las consecuencias de posibles contagios entre trabajadores. El teletrabajo se ha instalado de forma acelerada, obligando a las empresas a adaptarlo y adoptarlo de forma abrupta, sin un marco regulador específico sobre el que apoyarse, lo que ha generado toda una serie de desequilibrios de derechos y obligaciones entre trabajadores y empresarios.

La súbdita propagación del trabajo a distancia, sumada al ininterrumpido avance de las tecnologías digitales, ha creado la necesidad de repensar los tradicionales patrones laborales de lugar, tiempo y condiciones de trabajo para dar cabida a las peculiaridades de esta nueva forma de trabajo y dotarla de plena eficacia. Los legisladores han tenido la ardua tarea de configurar un régimen jurídico específico suficiente para proteger las especiales condiciones en que se desarrolla esta modalidad de organización del trabajo y garantizar un marco de derechos equilibrado, tanto para trabajadores como para empresarios. La materialización de esa redefinición se plantea a través del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, cuyo contenido será examinado a lo largo de este trabajo final.

Justificación

Este proyecto se encuentra motivado por la especial relevancia que, durante el último año, ha adquirido el teletrabajo dentro del mercado laboral español. Los acontecimientos derivados de la actual crisis sanitaria han impulsado la apresurada implantación de esta modalidad de trabajo como medida de contención, generando la necesidad de vehicular esta nueva realidad a través de una adecuada regulación.

La extensión de esta particular forma de organización del trabajo, intrínsecamente ligada a las nuevas tecnologías digitales, hace que resulte indispensable el desarrollo de una normativa que aporte un mayor equilibrio, seguridad y flexibilidad a las organizaciones y a sus teletrabajadores —teniendo en consideración que se parte de un casi total vacío normativo en cuanto a regulación específica se refiere. En ese sentido, el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia se presenta como el reclamado despliegue normativo que debe velar por los derechos y obligaciones de los trabajadores, adaptándose a las peculiares características que rigen las condiciones laborales de esta forma de organización del trabajo.

La relevancia del tema resulta evidente en la medida en que el desarrollo jurídico del teletrabajo índice, de forma directa, en los derechos y obligaciones de los trabajadores y empresarios que se han circunscrito a esta modalidad de trabajo, tanto a corto plazo —para salvaguardar temporalmente la continuidad de su actividad— como a largo plazo. El horizonte parece mostrar que el teletrabajo ha venido para quedarse, las potencialidades que ofrece en términos de ahorro —temporal y monetario—, de seguridad y de conciliación de la vida profesional y familiar han hecho que numerosas empresas opten por esta forma de organización del trabajo como un instrumento habitual, lo que abre un nuevo escenario sociolaboral en el que el RDL 28/2020 entra en juego.

La elaboración de este proyecto final responde a un interés académico y personal por ahondar en régimen jurídico creado para regular las relaciones laborales que se establecen alrededor del teletrabajo en un momento crucial como el actual. El objeto de estudio no es otro que el análisis del RDL 28/2020 —y de la normativa relacionada— con la finalidad de realizar una lectura crítica del texto que me permita examinar las implicaciones y consecuencias que abre este nuevo marco normativo. Dada la corta vigencia del RDL 28/2020 no existe un denso tratamiento sobre la temática seleccionada, pero es posible encontrar lecturas jurídicas que realizan un análisis de los principales elementos configuradores del régimen jurídico que construye la normativa; interpretaciones acerca de las implicaciones sociales, laborales y económicas del texto jurídico.

Objetivos y alcance

El núcleo central del proyecto reside en la realización de una interpretación jurídica del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia con el objetivo general de mejorar la comprensión del marco legal en el cual queda encuadrada esta modalidad de organización del trabajo y examinar si se han producido cambios sustanciales respecto a la normativa previa a su entrada en vigor.

Los objetivos específicos que persigue este trabajo son los siguientes:

- Definir, identificar y delimitar los elementos que configuran el régimen jurídico del trabajo a distancia.
- Detallar las implicaciones jurídicas que la nueva normativa tiene sobre trabajadores y empresarios.

- Describir el marco normativo en el cual queda encuadrado el trabajo a distancia.
- Analizar el efecto que esta nueva regulación tiene sobre las relaciones laborales preexistentes que venían aplicando esta modalidad de trabajo.
- Examinar la relevancia de este nuevo marco normativo respecto a la normativa previa sobre el tema y al ordenamiento jurídico español en general.
- Valorar la necesidad de la creación de una regulación específica sobre el trabajo a distancia como la actual.

Para dar respuesta a los objetivos, el trabajo se ha estructurado en diversos apartados. El primer apartado analiza el marco normativo español del cual parte el trabajo a distancia poniendo a disposición del lector los antecedentes que han dado lugar a la actual legislación. El segundo apartado analiza exhaustivamente los elementos que componen el objeto de estudio de este proyecto, el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia; se estudiará el concepto de trabajo a distancia y teletrabajo, sus tipologías, el requisito de voluntariedad, el acuerdo de trabajo a distancia, los derechos de las personas teletrabajadoras, las facultades de organización, dirección y control empresarial, así como el peso de la negociación colectiva. Y el tercer apartado realiza una reflexión general en torno a la nueva normativa, para destacar los cambios más notorios que ha introducido, las implicaciones que se derivan de ellos, así como las problemáticas que han quedado sin resolver.

1 MARCO NORMATIVO

1.1 Primeras aproximaciones al trabajo a distancia

El trabajo a distancia tiene como precedente jurídico-laboral el trabajo a domicilio — salvando las distancias—, a través del cual la manufactura preindustrial llevó el trabajo al trabajador.

A nivel internacional hay pocas referencias normativas a esta modalidad de prestación de servicios, aunque conviene reseñar el Convenio núm. 177 —aún no ratificado por España— y la Recomendación núm. 184 mediante los cuales en 1996 la OIT estableció normas mínimas de aplicación general relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores a domicilio.

Por su parte, a escala nacional el trabajo a domicilio se encontraba reconocido en la redacción que el RDLeg 1/1995 daba a su artículo 13, y era entendido como «aquél que se realiza en el domicilio del trabajador o en otro lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario». La regulación de este régimen laboral resulta escasa, en ese sentido, la Ley de Contrato de Trabajo de 1994 —como antecedente normativo— ofrecía un contenido mucho más amplio y explícito al dedicar todo el

Título III a esta forma de contratación. Como señala Jaume Arnal Maqueda, en su título *El contrato de trabajo a domicilio*¹, «la principal característica, y que define este trabajo, es la de que se desarrolle en lugar distinto del de la empresa, que bien puede serlo el domicilio propio del trabajador u otro libremente elegido por él y no impuesto por aquélla. Todo ello hace que escape de la vigilancia del empresario y, en consecuencia, puede realizar su labor a su entera comodidad y utilizar los medios que considere más acordes [...]». La referencia a la vigilancia debe entenderse como el control directo y físico del empresario sobre la actividad del trabajador, debiendo existir otro tipo de vigilancia basada en el control de la calidad de la actividad y en la exigencia del cumplimiento de los plazos —cuestión sobre la que volveremos más adelante en relación con el trabajo a distancia. Como indica el autor, «el trabajador a domicilio merece toda la consideración de trabajador por cuenta ajena, en todas sus consecuencias, pese a sus características especiales [...]», lo que le permite ejercer los derechos básicos contenidos en el artículo 4 ET y respetar los deberes laborales detallados en el artículo 5 ET, con las limitaciones vinculadas a la especialidad de su contrato. Entre los derechos a destacar, cabe mencionar el derecho a la representación colectiva y de reunión, el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y el derecho a una retribución igual a la de un trabajador con categoría profesional equivalente.

Junto a esta clásica concepción del trabajo a domicilio, fruto del avance y auge de las tecnologías de la información y la comunicación, han ido desarrollándose nuevas fórmulas de trabajo que han generado la necesidad de redefinir la figura legal comprendida dentro del artículo 13 del RDLeg 1/1995 —que había permanecido invariable desde la versión inicial de 1980.

Bajo esa dirección, el 16 de julio de 2002 se suscribe a nivel comunitario el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) que intenta establecer un mínimo compromiso acerca del teletrabajo, como singular modo de trabajar. El AMET tiene como objetivo facilitar el encaje entre el uso intensivo de nueva tecnología y la optimización de los modelos productivos a través de la implementación de sistemas organizativos flexibles como el teletrabajo, garantizando unas condiciones de prestación laboral compatibles con el sistema europeo de relaciones sociales. En España, la incorporación efectiva del AMET dentro del ordenamiento jurídico se produce con la firma del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2005, convirtiéndose en una herramienta útil para la introducción del teletrabajo en las organizaciones. Uno de los aspectos clave del AMET es la definición del teletrabajo como «una forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza las tecnologías de la información, en el contexto de un contrato o de una relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empleador, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados», precisión que lo diferencia del trabajo a domicilio tradicional basado en el intercambio de bienes fungibles. El teletrabajo va más allá del trabajo a distancia y del intercambio de bienes, implica un intercambio de datos, así como el uso de sistemas informáticos y de las

¹ Arnal Maqueda, Jaume (2006). *El trabajo a domicilio*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. ISBN: 8423410595

telecomunicaciones, comprendiendo tanto el trabajo que se realiza en el domicilio del trabajador como aquél que se realiza en otras instalaciones y el teletrabajo itinerante. Esta apreciación, junto a elementos tales como la voluntariedad, la privacidad, los derechos de seguridad y salud, de formación y promoción profesional, así como de ejercicio de derechos colectivos sentarán las bases nacionales sobre las cuales se reformará el obsoleto concepto de contrato a domicilio para dar paso al trabajo a distancia —y aunque el legislador no lo menciona de forma expresa— al teletrabajo.

La publicación del RDL 3/2012, de 10 de febrero, confirmado, tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, marca un antes y un después al presentarse como la primera normativa mínima de trabajo a distancia existente en España. A través del artículo 6 de la Ley 3/2012 se lleva a cabo una modificación del artículo 13 del RDLeg 1/1995, que substituye el término de «contrato a domicilio» por el de «trabajo a distancia», reformulando la tradicional ordenación del trabajo a domicilio «para dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías»². La redefinición legal de trabajo a domicilio a partir del trabajo a distancia permite una ampliación perimetral que resulta fundamental para la inclusión, dentro del ordenamiento jurídico, de nuevas modalidades de organización del trabajo capaces de aportar una mayor flexibilidad a las organizaciones —como el teletrabajo—, sin dejar de lado las formas tradicionales de trabajo a domicilio.

Si bien la redacción que la Ley 3/2012 da al artículo 13 ET es escueta e imprecisa, la definición de la noción de trabajo a distancia nos permite considerarlo como aquella prestación de la actividad laboral que «se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa». Como señala Sofia Belenguer en su artículo *El régimen jurídico del trabajo a distancia*³, la nueva regulación introduce un elemento diferenciador respecto al contrato a domicilio —cuyo único requisito para su consideración era que la prestación de la actividad laboral se realizase en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por éste— al incluir el carácter preponderante, lo que se deriva en la necesidad de considerar la cantidad de actividades que se prestan en el domicilio u otros lugares, las cuales deberán ser superiores a las desarrolladas en las instalaciones de la empresa. Frente a esta nueva regulación, lo que se pretende es posibilitar la alternancia del lugar de la prestación de servicios, pudiendo ser realizada también desde la empresa. En cualquier caso, si algo debe destacarse es el hecho de que el lugar de prestación de servicios no puede ser impuesto por el empresario ni por vía del artículo 41 ET, ni mediante acuerdo colectivo, al considerarse que implica una modificación en el régimen contractual que actúa sobre la esfera de la intimidad personal del trabajador,

² Contenido extraído del Preámbulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

³ Belenguer Hernández, Sofia (2015). El régimen jurídico del trabajo a distancia. Revista IUSLabor. Núm 1, Enero 2015, pp.1-13.

de conformidad con el dictamen del Tribunal Supremo (STS 2126/2005, 11 de abril de 2005, Rec. 143/2004). La prestación de la actividad laboral en régimen de trabajo a distancia debe ser voluntaria y personal, dado que como específica el tribunal «cuando se convierte el domicilio en el lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en centro de trabajo, en lugar de producción, el propio espacio donde se desarrolla la vida privada del trabajador» y esto, además de suponer un coste adicional —al destinar al trabajo espacios antes reservados a usos familiares—, puede implicar «consecuencias de otro orden en la convivencia del hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre materias colectivas».

Como se había anticipado el contrato a domicilio consideraba que la prestación de la actividad laboral debía desarrollarse «sin vigilancia del empresario», lo que no eximia al empresario de realizar un control sobre la calidad del trabajo efectuado o el ritmo de entrega. No obstante, a raíz de la actualización del artículo 13 ET se produce una omisión de este requisito, siendo preceptivo el control y la vigilancia directa de la actividad productiva por parte del empresario, de acuerdo con lo señalado en el artículo 20.3 ET. Aunque algunos autores⁴ sostienen que los límites al poder de control empresarial vendrían fijados por la normativa sobre protección de datos, debe tenerse en cuenta que la aplicación del régimen de trabajo a distancia puede tener consecuencias sobre la vulneración de derechos como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, interviniendo estos también como límites. Al respecto, el Tribunal Supremo (STS 26 de septiembre de 2007, Rec. 5003/2002) ha expresado que no existiría vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando el empresario comunicase, de forma previa, la posibilidad de vigilar el contenido de la información introducida por los teletrabajadores en los sistemas de soporte informáticos puestos a su disposición. Bajo esta misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (STSJ CL 281/2016, 3 de febrero de 2016, Rec. 2229/2015) ha reconocido el deber empresarial de controlar el tiempo de trabajo para asegurar el cumplimiento de los límites de jornada y de descanso de un trabajador en régimen de trabajo a distancia. El deber de vigilancia de la actividad laboral, a través de medios de control proporcionales, no vulneraría del derecho a la intimidad del trabajador, motivo por el cual el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León rechaza el argumento de la empresa, que se niega a compensar las horas extraordinarias del trabajador por ser el domicilio un espacio protegido por el derecho a la intimidad. El tribunal considera que «a) El tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo; b) El control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que debe igualmente registrar la jornada de trabajo día a día [...]; c) El respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud [...]; d) El derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio son

⁴ Sierra Benítez, E.M. (2012). El Derecho del Trabajo en el nuevo trabajo a distancia. Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo. Pág. 12.

derechos del trabajador que mora en él y no de la empresa, por lo que no pueden ser invocados por esta en contra del trabajador. [...]».

La nueva regulación del trabajo a distancia nada específica acerca de las condiciones de ejecución de la prestación de la actividad laboral, las cuales quedan supeditadas a la negociación colectiva o, en su caso, a lo pactado individualmente entre el trabajador y el empresario en el acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia. Acuerdo cuyo único requisito es el de formalizarse por escrito, entregar copia básica del contrato a la representación legal y comunicarse a la oficina de empleo, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.3 ET. No obstante, si hay algo que refleja es la expresa necesidad de mantener la igualdad de derechos entre los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo y los trabajadores que lo hacen a distancia, en términos de remuneración, formación y promoción profesional. Por lo que respecta a la remuneración, la redacción es similar a la anterior, debiendo abonarse un salario igual al percibido por los trabajadores del mismo grupo profesional —que sustituye a la categoría profesional equivalente—, en cuanto al derecho a la formación y la promoción profesional, que no se mencionaban de forma expresa en la anterior redacción, se introducen para asegurar el acceso de los trabajadores a puestos vacantes y para garantizar una correcta adecuación técnica, relacional y organizativa al puesto de trabajo. A tal efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ M 14543/2009, 24 de noviembre de 2009, Rec. 4832/2009) ha indicado que ante la posible no superación del período de prueba establecido en el desempeño del teletrabajo «en ningún caso permite a la empresa extinguir el contrato al trabajador, sino simplemente reintegrarlo a la modalidad ordinaria de trabajo presencial».

La reformulación del artículo 13 ET contiene el reconocimiento, en su cuarto apartado, del derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, de acuerdo con lo dispuesto en la LPRL y en su normativa de desarrollo. Este derecho presente también en el contrato a domicilio lleva aparejado problemas de aplicación ante la indeterminación de las medidas de prevención y los medios de protección necesarios para abordar la materia. La doctrina científica⁵ ha resaltado que el empresario resulta responsable de todos los aspectos que queden circunscritos a su esfera de decisión, como la instalación de los equipos de trabajo, lo que no exime al trabajador de velar por su propia seguridad y salud, usando los equipos y medios a su disposición de forma diligente, de conformidad con el art. 28.2 LPRL. Requiriéndose, pues, un deber de colaboración que como la Audiencia Nacional (SAN 42/2004, 31 de mayo de 2004, Rec. 207/2003) ha señalado, será «necesario cohesionar y conciliar el derecho del empresario a controlar la actividad laboral (art. 20.3 ET) y del trabajador a proteger su derecho a la intimidad personal y familiar y su domicilio (art. 18.1 y 2 CE), no pudiendo aquél acceder personalmente al domicilio del trabajador sin el consentimiento de éste, [...] por lo que será necesario que, a falta de una regulación específica, la empresa lo consensue, [...] con los trabajadores, debiendo abarcar el acuerdo mutuo a los días, horas, frecuencia, duración, zona de visita, así como la necesidad de dar o no un preaviso de visita [...]. O bien podrá establecerse el tiempo de control telemático más

⁵ Thibault Aranda, Javier. (2000). El Teletrabajo. Ed. Colección Estudios, Madrid, pág. 168.

apropiado, [...] impidiendo cualquier intromisión ilegítima injustificada o desproporcionada en las vidas de los teletrabajadores so pretensión de un pretendido control legal de su actividad laboral por medio de estos controles telemáticos». Para finalizar, el último y quinto apartado del artículo 13 ET recoge el derecho de representación colectiva de los trabajadores a distancia, debiendo estos encontrarse adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa —precepto que ya se encontraba formulado en la regulación del contrato a domicilio.

Este recorrido nos ha permitido trazar el origen del trabajo a distancia y descubrir que su naturaleza jurídica no se encuentra demasiado lejos de la del contrato de trabajo a domicilio. Hasta este punto, el legislador se ha limitado a efectuar una reforma superficial introduciendo algunas anotaciones vinculadas al uso de las nuevas tecnologías —que han sido complementadas por la jurisprudencia— poniendo en evidencia la necesidad de realizar un desarrollo específico que de garantía a las especiales condiciones de ejecución en que se desarrolla esa modalidad de prestación de actividad laboral. La inexactitud e insuficiencia en la reformulación del artículo 13 ET acaban generando ambigüedades y lagunas que obstaculizan la implantación del trabajo a distancia, lastrando con el propio objetivo de la Ley 3/2012, lo que nos lleva a pensar en una solución más amplia que permita dar solución a las problemáticas inherentes a esta particular forma de prestación de servicios, una solución que debe pasar por la creación de un cuerpo legal propio.

1.2 El salto hacia el presente del trabajo a distancia

El salto hacia el presente en la regulación del trabajo a distancia viene impulsado por la crisis sanitaria derivada de la pandemia generada por el COVID-19. La necesidad de proteger, a través del distanciamiento social, la salud de los trabajadores y de la sociedad en su conjunto ha generado una expansión masiva del trabajo a distancia —bajo la forma del teletrabajo— como medida de contención de urgencia.

El RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, instaura en su artículo 5 el carácter preferente del trabajo a distancia frente a la cesión temporal o la reducción de la actividad derivadas de la situación de excepcionalidad sanitaria. En concreto, el artículo indica que «se establecerán sistemas de organización 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 si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado»⁶. Esta regulación otorga de manera excepcional y de forma temporal

⁶ Artículo vigente durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto Ley 8/2020, pudiendo ser prorrogado por el Gobierno, de conformidad con el art. 15 del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril.

una mayor flexibilidad en la organización del trabajo, ayudando a mantener la continuidad de la actividad empresarial sin poner en riesgo la salud y seguridad de los trabajadores, pero en ningún caso se traduce en un cambio normativo substancial.

Tras el RDL 8/2020, el trabajo a distancia continua con una casi total ausencia de regulación específica, lo que acaba obligando a las empresas a adaptar esta forma de organización del trabajo de forma abrupta e improvisada. El peso del establecimiento de las condiciones de trabajo se traslada al acuerdo individual, con respeto al contenido básico del artículo 35 CE, a lo dispuesto en el artículo 13 ET y a los acuerdos comunitarios e internacionales suscritos. No obstante, el carácter prioritario del trabajo a distancia —establecido de forma temporal— ha supuesto la normalización de su práctica, generando la necesidad de crear un marco legal suficiente que reconozca y proteja los derechos de los trabajadores equilibrando las facultades empresariales, una regulación que determine las especiales condiciones de desarrollo de la actividad laboral y que, en definitiva, asegure la implantación de esa forma de organización con total seguridad jurídica.

La superación de esa barrera se ha plasmado en el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, texto fruto del dialogo social que ha roto con la ambigüedad y la insuficiencia de las normativas precedentes al regular de forma concreta y transversal gran parte de los aspectos más relevantes del trabajo a distancia, dejando la puerta abierta a la negociación colectiva para el desarrollo de los principios concretos que deben guiar la prestación de la actividad laboral en cada empresa o sector.

2 CONTENIDO DEL REAL DECRETO LEY 28/2020

El objeto de este apartado consiste en la realización de análisis del régimen jurídico del trabajo a distancia que se abre tras la aprobación del Real Decreto Ley 28/2020 (en adelante RDL 28/2020) con la finalidad de examinar las implicaciones que se derivan de él y sintetizar las novedades que introduce.

2.1 Definición del objeto

En numerosas ocasiones se utiliza de forma indistinta los conceptos de teletrabajo y trabajo a distancia, motivo por el cual el artículo 2 del RDL 28/2020 ofrece una definición de algunos de estos problemáticos conceptos:

- a) Trabajo a distancia: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada laboral.

- b) Teletrabajo: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.
- c) Trabajo presencial: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

De acuerdo con estas definiciones, si bien el teletrabajo es una forma de trabajo a distancia, no todo el trabajo a distancia puede ser considerado teletrabajo, dado que este último requiere del uso exclusivo o habitual de sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Autores como Henar Álvarez⁷ subrayan que «el teletrabajo es solo una parte del género que constituye el trabajo a distancia. Así, es posible encontrar trabajo a distancia que no incluya teletrabajo y, de igual modo, existe trabajo con dispositivos tecnológicos que no supone trabajo a distancia». Respecto al trabajo presencial, para que sea considerado como tal, exige del desplazamiento físico del trabajador al centro de trabajo o lugar designado por el empresario; lo que se corresponde con la tradicional definición de trabajo.

2.2 Ámbito de aplicación, limitaciones y exclusiones

El ámbito de aplicación de la nueva regulación queda circunscrito a los trabajadores por cuenta ajena enmarcados dentro del art. 1.1 ET que desarrollen su actividad laboral a distancia con carácter regular.

Entendiéndose por regular «el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de tres meses, en un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo». Regularidad que puede llegar a generar confusión al no mencionar expresamente si el período de referencia es de 3 meses o del 30% de la jornada. No obstante, como interpreta el profesor Ignasi Beltran de Heredia⁸ «la literalidad del precepto sugiere que lo hace al periodo de referencia de 3 meses. Y el principal motivo para alcanzar esta afirmación es el hecho de que la expresión *un mínimo del treinta por ciento de la jornada* se formule entre dos comas».

Bajo esta regla de regularidad, se entendería que al trabajo a distancia no regular — inferior al umbral del 30%— no le resultaría de aplicación esta nueva regulación, debiendo serle aplicada la normativa general del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, debe considerarse fuera del ámbito de aplicación de esta nueva regulación al trabajo a distancia adoptado como medida de contención sanitaria

⁷ Álvarez Cuesta, Henar (2020). Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia. Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales. Núm. 43, Junio 2020.

⁸ Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2020). RDLey 28/2020: comentario de urgencia al trabajo a distancia [Mensaje en un blog]. Una mirada crítica a las relaciones laborales.

consecuencia del COVID-19, al cual le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 5 RDL 8/2020 y en el artículo 15 RDL 15/2020.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 3 RDL 28/2020, respecto a los contratos celebrados con menores, los contratos en prácticas y los contratos para la formación y el aprendizaje, solo cabrá su aplicación cuando el acuerdo de trabajo a distancia «garantice, como mínimo, un porcentaje del cincuenta por ciento de prestación de servicios presencial, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica vinculada a estos últimos. En relación con este punto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ M 10055/2020, 4 de noviembre de 2020, Rec. 430/2020) ha dictaminado que al período de formación online obligatoria de dos horas de duración no le es aplicable el RDL 28/2020 y que incluso si fuera de aplicación «no llegaría a los umbrales del artículo 1 del mismo para ser considerado como trabajo a distancia y por tanto voluntario».

2.3 Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación

El propósito del artículo 4 de la normativa es el de proteger los derechos de los trabajadores a distancia de un posible menoscabo equiparándolos a los de los trabajadores que prestan servicios en el centro de la empresa, de tal forma que se garantice una igualdad de trato y de oportunidades entre trabajadores, evitando posibles conductas discriminatorias. De acuerdo con el apartado primero, los trabajadores a distancia «no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional».

Si bien este precepto no supone un cambio sustancial respecto a la regulación del trabajo a distancia que contenía el artículo 13 ET de la Ley 3/2012, se observan algunas previsiones específicas que han sido desarrolladas de forma más extensa.

En ese sentido, el apartado 2 dispone que, ante dificultades técnicas en el desarrollo del trabajo en remoto, no podrá producirse perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas en materia de tiempo de trabajo o de retribución. Previsión que tiene como objetivo blindar las condiciones laborales de los trabajadores a distancia frente a posibles modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por vía del art. 41 ET.

Por otra parte, los apartados 3 y 4 señalan el deber empresarial de evitar «cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo [...]» y de incluir dentro de los planes de igualdad a las teletrabajadora o trabajadoras a distancia, señalándose, además, la necesidad de articular medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.

Y, por último, se indica en el apartado 5 el derecho de los trabajadores a distancia de adaptar la jornada por motivos de conciliación (art. 34.8 ET), aspecto que como interpreta el profesor Ángel Jurado⁹ podría introducir ciertos desequilibrios normativos, dado que mediante el art. 34.8 ET «el trabajador podrá promover una reclamación judicial cuya resolución sí que puede llegar a imponer el trabajo a distancia a la empresa», por ejemplo, para ampliar el porcentaje de trabajo a distancia, dejando en el aire si la decisión judicial quedaría o no circunscrita al RDL 28/2020. Esta no deja de ser una cuestión relevante en tanto que, como afirma el profesor, «una vez instaurado el trabajo a distancia por acuerdo de las partes, el empresario no podrá exigir modificaciones en sus condiciones [...] mientras que el trabajador por la vía de la alegación de necesidades de conciliación y de la aplicación judicial del art. 34.8 ET puede lograr introducir modificaciones relevantes en lo previamente pactado en el acuerdo de trabajo a distancia».

2.4 Voluntariedad del trabajo a distancia

Uno de los aspectos fundamentales, aunque no novedosos, que regula el RDL 28/2020 es el referido a la voluntariedad de las partes. El artículo 5 expresa que el trabajo a distancia será «voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora» requiriendo de la firma de un acuerdo, es decir, del consentimiento entre las partes contratantes.

No obstante, si bien esta voluntariedad puede parecer teóricamente equitativa, como detalla la experta Carmen Torres en el *Diario Expansión*¹⁰, posee limitaciones a efectos prácticos que cabe tener en cuenta. Por parte del trabajador, la voluntariedad supone la imposibilidad de que el empresario pueda imponer el trabajo a distancia por el procedimiento regulado a través del art. 41 ET —tomando partido de la dirección marcada por el Tribunal Supremo (STS 2126/2005, 11 de abril de 2005, Rec. 143/2004). Esta cuestión implica, por ejemplo, que ante el cierre del centro de trabajo del empleado el empresario no pueda imponer esta modalidad laboral sin consentimiento debiendo ofrecer alternativas tales como el traslado a otras instalaciones de la empresa. No obstante, cuando el interesado en cambiar de régimen de trabajo es el trabajador el requisito de voluntariedad deja de ser absoluto. Como indica la experta «aunque formalmente las peticiones de teletrabajo planteadas por los empleados no resultan vinculantes para la empresa, [...], en la práctica existen múltiples recursos a disposición de los trabajadores para tornar estas solicitudes en una suerte de “petición forzada” donde la voluntariedad del empleador queda constreñida», estas peticiones hacen referencia al ejercicio del derecho a la adaptación de la jornada (art. 34.8 ET), a la reducción de jornada por cuidado de hijos

⁹ Jurado Segovia, Ángel (2020). Algunos aspectos relevantes y/o críticos de la nueva regulación del trabajo a distancia desde la perspectiva empresarial (RD-ley 28/2020). *Revista de Derecho vLex*. Nbr. 197, October 2020.

¹⁰ Torres Colmenares, Carmen (2020). Voluntariedad recíproca y límites. *Diario Expansión*.

o familiares (art. 37.6 ET) o al plan MECUIDA (art. 6 RD 8/2020)¹¹. Tales supuestos limitan la aplicación real del requisito de voluntariedad por parte del empleador, trasladando a los jueces y tribunales de lo Social la decisión última sobre la procedencia o no de la solicitud. En todo caso, conviene recordar que aún ante el ejercicio de derechos como los comentados anteriormente, la relación laboral debe respetar el deber de buena fe y diligencia (art. 5 ET), idea que parece estar siendo reforzada por los tribunales. El Juzgado de lo Social nº4 de Madrid (SJS N°4 M, 232/2020, 29 de septiembre de 2021) declaró como procedente el despido de una trabajadora que, de forma voluntaria y desleal, había disminuido su rendimiento como represalia a la denegación de su solicitud de teletrabajar, determinando que «no se puede permitir que un trabajador presione a la empresa para conseguir lo que quiere, en este caso el teletrabajo, y que por ello disminuya su rendimiento de forma tan relevante», hecho que transgrede la buena fe contractual.

Por otra parte, la normativa deja claro que la negativa del trabajador a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial u otras dificultades relacionadas con el cambio del trabajo presencial al trabajo a distancia, «no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo», lo que refuerza la idea de la voluntariedad frente a decisiones empresariales de despido objetivo precedente (art. 51 y 52 ET) y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). Dirección bajo la que se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJ CAT 249/2021, 22 de enero de 2021, Rec. 3751/2020) al analizar un supuesto de acuerdo de teletrabajo temporal motivado por circunstancias familiares—anterior a la entrada en vigor del RDL 28/2020— y determinar que la falta de reincorporación presencial del trabajador al centro de trabajo como consecuencia del mantenimiento de sus circunstancias familiares originales no puede ser considerada abandono, por lo que el cese del trabajador es calificado como despido improcedente. En todo caso, cabe resaltar que la normativa no dice nada acerca de si ante determinadas circunstancias como, por ejemplo, cuando surjan dificultades para el desarrollo de la actividad laboral, podría el empresario suspender el contrato de trabajo si ofreciera al trabajador la posibilidad de teletrabajar como forma de salir de dicha situación y éste no lo aceptara—fuera de la situación excepcional de la COVID y la normativa que la ampara.

En relación con la aludida reversibilidad, el apartado 3 se ha encargado de especificar que «la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y el trabajador», debiendo ejercerse por medio de negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo individual. Idea que se repite en el art. 8.3 del RDL 28/2020 al indicar que «los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa [...]», así como en su DA 1ª que declara que «los convenios o acuerdos colectivos podrán regular [...] el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa [...]».

¹¹ Este artículo ha permanecido vigente hasta el 31 de mayo de 2021, según establece la disposición adicional 3 del RDL 2/2021.

2.5 El acuerdo de trabajo a distancia

La voluntariedad del trabajo a distancia requiere de la formalización de un acuerdo que, como señala el artículo 6 RDL 28/2020, deberá realizarse por escrito, pudiendo ser incorporado al contrato de trabajo inicial o en un momento posterior, pero siempre antes del inicio del trabajo a distancia.

Como argumenta el profesor Jesús Lahera¹², conviene recalcar que el trabajo a distancia no es una modalidad contractual en sí, sino una forma de trabajar que se puede dar en cualquier modalidad contractual, razón por la cual el legislador emplea la técnica del acuerdo escrito. El ordenamiento jurídico contiene precedentes de acuerdos escritos en una relación laboral tales como el período de prueba (art. 14 ET) o las horas complementarias (art. 12.5 ET), acuerdos que como el trabajo a distancia pueden ser incorporados dentro de cualquier modalidad contractual. No obstante, una peculiaridad del acuerdo de trabajo a distancia es el tratamiento jurídico formal que se le ha otorgado que lo equipara, en cierta manera, al contrato, por ejemplo, respecto a las exigencias formales presentes en los contratos temporales —que como el acuerdo de trabajo a distancia debe realizarse por escrito con copia básica a la representación de los trabajadores y a la oficina de empleo, en un plazo máximo de diez días desde su formalización.

El contenido mínimo obligatorio del acuerdo se encuentra detallado en el artículo 7 de la normativa, entendiéndose que solo será exigible en los supuestos que se encuentran encuadrados dentro del ámbito de aplicación del RDL 28/2020 —cuyos límites se han analizado en el apartado 3.2 de este proyecto. Siguiendo al profesor Jesús Lahera, de manera general, el artículo 7 podría dividirse en tres tipos de cláusulas, que son:

Cláusulas que configuran el acuerdo de trabajo a distancia: se trata de cláusulas que determinan elementos esenciales de esta forma de trabajar.

- Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia (art. 7.d).
- Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial (art. 7.e).
- Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia (art. 7.f).
- Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso (art. 7.d).
- Duración del acuerdo de trabajo a distancia (art. 7.l).
- Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia (art. 7.i).

¹² Forteza Lahera, Jesús (2020). El acuerdo del trabajo a distancia. *Congreso sobre la Regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo*. Cátedra en Economía Colaborativa y Transformación Digital. Universitat de València.

Cláusulas que regulan las condiciones laborales: se refiere a condiciones laborales específicas que deben constar en el acuerdo.

- Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad (art. 7.c).
- Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos (art. 7.a).
- Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación (art. 7.b).
- Medios de control empresarial de la actividad (art. 7.h).

Cláusulas referidas a la protección de datos y a la seguridad informática:

- Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia (art. 7.j).
- Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia (art. 7.k).

Como es posible observar, las exigencias formales que gobiernan el acuerdo de trabajo a distancia terminan regulando de forma exhaustiva la estructura del trabajo a distancia, sus condiciones de ejecución, así como aspectos relacionados con la seguridad informática, intrínsecamente ligados al uso intensivo de la tecnología. No obstante, cabe tener en cuenta que esta estricta regulación puede acabar generando un exceso de formalización del acuerdo de trabajo a distancia que podría llegar a desincentivar, en cierto modo, la implantación estructural del trabajo a distancia. En todo caso, el legislador se ha preocupado por el hecho de que a través de la negociación colectiva este contenido mínimo pueda ser ampliado y trasladado a la situación individual de cada empresa —lo que ayudaría a establecer un modelo estándar— así, de conformidad con la DA 1ª de la normativa, «los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer [...] contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular».

Por último, hay que indicar que el incumplimiento de los requisitos formales y/o la inadecuación del contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia es considerado como infracción grave por el artículo 7.1 de la LISOS. Infracción que, conforme el artículo 40.1 LISOS, podrá ser sancionada con una multa de entre 626 a 6.250 euros, dependiendo de su grado.

2.6 Modificaciones del acuerdo de trabajo a distancia

La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia deberán ser objeto de un nuevo acuerdo escrito entre la empresa y el trabajador, de acuerdo con el artículo 8 RDL 28/2020, lo que cierra la puerta a una posible modificación unilateral por parte del empresario. A tal efecto, y como alude el profesor Xavier Jean¹³, «las condiciones de trabajo que constituyen el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia sólo pueden revisarse por acuerdo de las partes» o, en su caso, a instancia del trabajador por motivos de conciliación laboral; ahora bien, «las restantes condiciones de trabajo podrán revisarse por acuerdo entre las partes, pero también por decisión unilateral de la empresa en los términos y circunstancias que permite la legislación ordinaria». El veto empresarial hacia la modificación unilateral de las condiciones de trabajo establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia blindo aspectos como el porcentaje de presencialidad, el horario de trabajo, el lugar de trabajo o los medios de control del rendimiento. No obstante, cuando nos encontramos ante un trabajo a distancia no regular —que no alcanza el umbral del 30%— la aplicación normativa del Estatuto de los Trabajadores sí que supondría la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo de manera unilateral, esta vez tanto por parte del empresario —por vía del artículo 41 ET—, como por parte del trabajador —por vía de los artículos 34.8 y 37.8 ET. En ese sentido, parecería que la ejecución del poder de dirección empresarial mediante la modificación sustancial de las condiciones laborales concurrente en los trabajadores presenciales y trabajadores a distancia no regulares no operaría para los trabajadores a distancia regulares.

Como recalca el profesor, este aspecto supondría «un importante desequilibrio entre las facultades de revisión de las condiciones de trabajo por parte del trabajador y empresario, en favor del primero, que se añade a otros como las excepciones a la voluntariedad del trabajo a distancia», que han sido señaladas en apartados anteriores. Este hecho determina que, por ejemplo, un trabajador a distancia pueda revisar su horario de trabajo por razones de conciliación familiar, pero que un empresario no pueda hacerlo cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En términos similares conviene volver a examinar el artículo 4.2 RDL 28/2020 que declara que los trabajadores no podrán sufrir perjuicio ni modificación sustancial de las condiciones pactadas por las incidencias técnicas que pudieran producirse, apreciación que parece sobrepasar el contenido del artículo 30 ET, en cuanto que este se limita a disponer que el trabajador no podrá sufrir perjuicio alguno por la falta de ocupación efectiva. El artículo consolida la imposibilidad de que el empresario pueda adoptar algún tipo de modificación sustancial de las condiciones laborales, en este caso, ante la concurrencia de dificultades técnicas sobrevenidas, lo que podría llegar a obstaculizar que la empresa planificara el trabajo de otro modo con la finalidad de solventar la situación. Con todo, si bien es cierto que el legislador ha previsto que en el acuerdo de trabajo a distancia se establezcan los procedimientos a seguir en caso de

¹³ Jean Braulio Thibault Aranda, Xavier (2020). Modificaciones en el trabajo a distancia. *Congreso sobre la Regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo*. Cátedra en Economía Colaborativa y Transformación Digital. Universitat de València.

producirse dificultades técnicas (art. 7.i RDL 28/2020), resulta evidente la dificultad que entraña la realización de un análisis tan riguroso y exhaustivo, lo que podría llegar a producir situaciones no anticipadas en detrimento de la actividad empresarial.

Más allá de la modificación de las condiciones del acuerdo de trabajo a distancia, cabe reseñar que el apartado 3 del artículo 8 RDL 28/2020 habilita a los convenios o acuerdos colectivos para establecer mecanismos y criterios de reversibilidad —de trabajo a distancia a presencial o viceversa—, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, tales como la formación, la promoción y la estabilidad en el empleo, entre otros.

2.7 Derechos de los trabajadores

La nueva normativa recoge un amplio abanico de derechos de las personas que trabajan a distancia, estos derechos se encuentran configurados en los artículos del 9 al 18, y son los que se detallaran en los apartados siguientes.

2.7.1 Derecho a la formación y a la promoción profesional (arts. 9 y 10)

El derecho a la formación y a la promoción profesional no supone una novedad legislativa, dado que la modificación del artículo 13 ET operada por la Ley 3/2012 ya los reconocía.

El derecho a la formación contempla el acceso de los trabajadores a distancia a acciones formativas equivalentes a las de los trabajadores presenciales, así como a la formación necesaria para el correcto desarrollo de la actividad laboral. Mientras que, por su parte, el derecho a la promoción profesional asegura que las personas que trabajan a distancia reciban información acerca de las posibilidades de ascenso que se produzcan —lo que substituye el término de vacantes disponibles, de la antigua redacción del artículo 13 ET, cuyos efectos son los mismos.

2.7.2 Derecho a la dotación y al mantenimiento de medios, equipos y herramientas (art. 11)

En este caso, de manera novedosa se introduce la obligación empresarial de proporcionar los medios, equipos y herramientas necesarias para el desarrollo de la prestación laboral a aquellos trabajadores que se encuentran bajo la modalidad de trabajo a distancia regular. Obligación que, además, circunscribe el deber de mantenimiento adecuado y suficiente de la dotación asignada, así como la garantía de atender las dificultades técnicas que pudieran derivarse de su utilización.

Si bien la norma no propone ningún listado de medios, equipos y herramientas, lo que sí hace es trasladar su concreción al acuerdo de trabajo a distancia, de acuerdo con el inventario que necesariamente debe incorporarse (art. 7.a RDL 28/2020) y, en su

caso, a lo establecido en el convenio o acuerdo colectivo aplicable (DA 1ª RDL 28/2020)— cuya concreción resulta posible, pero no preceptiva.

El reconocimiento del derecho a la dotación suficiente de medios, equipos y herramientas para los trabajadores a distancia comporta problemáticas a nivel fiscal, que han sido analizadas por la profesora Cristina Aragón¹⁴. En ese sentido, cuando la dotación de medios responda de manera exclusiva a un uso profesional estos no serán considerados como salario en especie, quedando exentos de IRPF, factor que no ocurre cuando la empresa autoriza el uso de los dispositivos asignados para fines personales, ni cuando la empresa abona al trabajador una retribución dineraria para que adquiera bienes o servicios que sirvan de compensación de los gastos vinculados al teletrabajo, debiendo, entonces, tributar al IRPF.

2.7.3 Derecho al abono y compensación de gastos (art. 12)

Esta nueva regulación también comporta la obligación empresarial de compensar al trabajador a distancia por los gastos asumidos para la adquisición de medios, equipos y herramientas vinculadas al desarrollo de la actividad laboral.

Ahora bien, la norma elude la concreción del tipo de gastos que deben ser asumidos por el empresario, remitiéndose a los convenios o acuerdos colectivos para la determinación y compensación de estos gastos. Se plantea entonces la problemática de discernir acerca de si la compensación debe asumir, únicamente, gastos directos o, si bien, también debe dar cabida a los gastos indirectos —como el consumo de electricidad, la tarifa de internet, la calefacción y/o el aire acondicionado. A modo anecdótico resulta interesante señalar que el Tribunal Supremo de Suiza¹⁵ dictaminó, en una sentencia del 23 de abril de 2019, que las empresas deberán pagar parte del alquiler a los trabajadores que se encuentren en régimen de teletrabajo. Este reembolso se suma a la lista de costes que las compañías suizas deben asumir para compensar los gastos derivados del desarrollo de la actividad laboral en el hogar, pues se considera injusto que las empresas instauren el teletrabajo para ahorrarse los costes del alquiler de las oficinas, trasladando tales gastos a los trabajadores. Salvando las distancias respecto el ordenamiento jurídico español, nada impide que los teletrabajadores trasladen cuestiones similares a los jueces y tribunales nacionales.

En cualquier caso, la asunción de gastos por parte del empresario no se agota en el artículo 12 de la normativa, debe complementarse por el artículo 14.5 LPRL que declara que «el coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores». En ese sentido, el artículo 3 del RD 488/1997 establece la obligatoriedad empresarial de adoptar las medidas necesarias para que la utilización de equipos con pantallas de visualización no

¹⁴ Aragón Gómez, Cristina (2020). A la luz del RD-Ley 28/2020, ¿hay que cotizar y tributar por el portátil o el móvil de empresa? [Mensaje en un blog]. El Foro de Labos.

¹⁵ Andrés Borgonovo, Pablo (2020). El Tribunal Supremo Federal de Suiza falla sobre la compensación de alquiler por el teletrabajo. [Mensaje en un blog]. Juris Ab Initio. Blog de Jóvenes del Derecho.

suponga un riesgo para la salud o la seguridad de los trabajadores, así como la exigencia de cumplir con las disposiciones mínimas establecidas en su anexo para los equipos que trabajan con pantallas de visualización, lo que implica la responsabilización empresarial sobre los costes vinculados a la entrega de equipo ergonómico —como una pantalla adecuada, una mesa regulable y/o un asiento de trabajo ajustable— a los teletrabajadores.

Cuestión problemática es, en paralelo a la que se deriva del derecho a la asignación de dotación suficiente, el tratamiento fiscal que suscita el abono de tales gastos. Dejando de lado los supuestos que se encuadran en la LPRL y la normativa que la desarrolla, como continúa desarrollando la profesora Cristina Aragón en el blog *El Foro de Labos*, deberán ser computados en la base de cotización, al no encontrarse excluidos de forma expresa por el artículo 147.2 LGSS.

Otra de las cuestiones que se derivan, son los ajustes efectuados unilateralmente por el empresario respecto a la compensación de gastos de trabajadores presenciales que pasan a teletrabajar, en relación con los gastos de desplazamiento o los tickets restaurante. Al respecto, si bien el artículo 7.b RDL 28/2020 prevé que en el acuerdo de trabajo a distancia se enumeren los gastos a compensar, se subraya que deben corresponderse con las previsiones recogidas en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación —si existieran— que, en caso de no especificar nada acerca de la modalidad de trabajo será de aplicación general. En consecuencia, cabe atender al artículo 4 RDL 28/2020 en cuanto manifiesta que los trabajadores a distancia «tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa [...] y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales». Dirección de la que ha tomado partido la Audiencia Nacional (SAN 44/2021, de 18 de marzo de 2021, Rec. 164/2020) al estimar la demanda interpuesta por un trabajador al cual se le suprimió el tiempo de descanso y los *tickets* comida de forma unilateral por vía del artículo 41 ET tras la instauración del teletrabajo. Si bien el empresario alegó como causa para modificar el convenio colectivo las especiales circunstancias derivadas del COVID, en palabras del tribunal «la empresa en ningún momento alegó la concurrencia de causa alguna» debidamente motivada, «el hecho de modificar la forma de realizar el trabajo no permite que se realice ninguna otra modificación». A tal efecto, se señala que la aceptación del teletrabajo significa el mantenimiento de la actividad y la producción, no respondiendo a causa objetiva alguna para la modificación; aún cuando la jornada laboral pasa a concentrarse en ocho horas continuadas, la supresión de la hora de descanso no justifica la supresión del ticket «pues perjudica gravemente a los afectados, que se ven privados de una parte de su retribución».

2.7.4 Derecho al horario flexible (art. 13)

Como novedad, la normativa recoge, en su artículo 13, el derecho del trabajador a flexibilizar el horario de la prestación de servicios, de conformidad con el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva. Este derecho facultaría al trabajador

para modificar su horario diario, debiendo respetar la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, así como los tiempos de disponibilidad obligatoria.

En relación con este derecho y conforme al artículo 7.c RDL 28/2020, cabe tener en cuenta que tanto el horario de trabajo como las reglas de disponibilidad obligatoria deberán quedar establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia. La inscripción del horario de trabajo no tiene porque, necesariamente, restringir la flexibilización del horario pudiendo fijarse, por ejemplo, franjas horarias mínimas y máximas para la prestación laboral, pero puede entenderse que debe acotar los criterios que permitan determinar los tiempos de disponibilidad obligatoria, dado que de lo contrario no podría garantizarse adecuadamente el derecho a la desconexión digital.

2.7.5 Derecho al registro horario (art. 14)

Sin perjuicio de la flexibilidad horaria, debe fijarse el sistema de registro horario regulado en el art. 34.9 ET que, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, «deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral», debiendo incluir el momento de inicio y finalización de la jornada.

Por consiguiente, el acuerdo de trabajo a distancia deberá determinar una jornada laboral (art. 7.c RDL 28/2020) que deberá computarse a través de un registro horario adecuado. Tal consideración no resulta original en el sentido de que la doctrina jurisprudencial ya había dado cuenta de ello, anticipándose a través de la ya comentada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (STSJ CL 281/2016, 3 de febrero de 2016, Rec. 2229/2015), que condena a la empresa al pago de las horas extraordinarias realizadas por un trabajador a distancia que no tenía establecidos mecanismos de control de la jornada ni registro horario alguno. En ese sentido, cabe tener en cuenta que la ausencia de control de la jornada laboral, además de resultar un incumplimiento de la documentación del registro horario, podría suponer un perjuicio al trabajador en relación con el derecho al descanso, cumpliendo con una doble vertiente.

2.7.6 Derecho a la prevención de riesgos laborales (arts. 15 y 16)

La nueva normativa desarrolla de manera específica, aunque no original, los derechos de los trabajadores a distancia en materia de prevención de riesgos laborales, los cuales ya habían sido reconocidos en la redacción que la Ley 3/2012 daba del artículo 13 ET. En concreto, el RDL 28/2020 introduce dos artículos que regulan la materia de forma particular, el artículo 15 y el 16, y otro que, indirectamente, tiene una vertiente de protección de la salud, como es el artículo 18 que recoge el derecho a la desconexión digital.

De acuerdo con el artículo 15, se reconoce la sujeción de los trabajadores a distancia al derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con la LPRL y su normativa de desarrollo. Si bien este derecho y la

aplicabilidad de la LPRL se contemplaba en apartado 4 del artículo 13 ET, la nueva legislación introduce un matiz que puede llegar a pasar inadvertido pero que resulta trascendental al hacer incluir el término «en el trabajo». Aunque pueda parecer obvio el legislador hace hincapié en que el empresario debe proteger la salud y la seguridad del trabajador a distancia en el trabajo, en tanto que el trabajo se desarrolla en el domicilio del trabajador se entiende que la citada protección solo afectará a aspectos relacionados con el desarrollo de la actividad laboral, dejando de lado otros aspectos de su salud privada los cuales se inscribirían en la esfera personal del trabajador. Por otro lado, cabe señalar que el artículo alude al derecho del trabajador a una adecuada protección, pero se mantiene en silencio respecto al correlativo deber del empresario que, de conformidad con el artículo 14.2 LPRL, se entenderá implícito.

Por lo que respecta el artículo 16, incorpora consideraciones acerca cómo debe ser la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva y la obtención de la información acerca de los riesgos a los que la persona se encuentra expuesta. En particular, el apartado 1 del artículo advierte de que «la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos». Siguiendo las apreciaciones de la catedrática Lourdes Mella¹⁶, de esta previsión deben acentuarse dos aspectos, el primero se encuentra relacionado con el hecho de que se subraya la existencia de riesgos específicos vinculados al desarrollo del trabajo a distancia y, el segundo, con la mención de los factores de especial interés que resaltan la necesidad de poner atención al lugar de trabajo, a las herramientas de trabajo y la forma en que se trabaja.

Respecto al lugar de trabajo, si bien en general es fácilmente determinable —el domicilio del trabajador—, deberá limitarse la zona específica en la cual se ubicará el espacio físico en el cual la persona desarrolle la prestación de servicios, aspecto que restringirá el alcance de la evaluación de riesgos, no pudiendo extenderse al resto de zonas de la vivienda —u otro lugar elegido. La referida concreción contribuye a aportar seguridad jurídica en tanto que al determinar el espacio de trabajo logra centrarse la evaluación de riesgos y, con ello, las medidas de protección ante riesgos que potencialmente puedan desencadenar un accidente de trabajo. La determinación del espacio de trabajo, además de encuadrarse bajo el artículo 16.1, se encuentra ligada al artículo 7.f de la normativa que establece la obligatoriedad de informar sobre el lugar de trabajo elegido por el trabajador en el acuerdo de trabajo a distancia.

En referencia al equipo de trabajo, al encontrarse vinculado al uso intensivo de las nuevas tecnologías, quedaría circunscrito a lo dispuesto en el RD 488/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Considerándose, de conformidad con el artículo 2 RD 488/1997, el puesto de trabajo como aquel que se encuentra «constituido por un

¹⁶ Mella Méndez, Lourdes (2020). Prevención de riesgos en el teletrabajo. *Congreso sobre la Regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo*. Cátedra en Economía Colaborativa y Transformación Digital. Universitat de València.

equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato»; elementos que, de acuerdo con el artículo 3.2 RD 488/1997, deberán ser contemplados en la evaluación de riesgos realizada por el empresario, «teniendo en cuenta en particular los posibles riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental». Previsión estrechamente vinculada al artículo 16.1 RDL 28/2020, que como se ha señalado con anterioridad, resalta la necesidad de poner el foco de atención en los factores ergonómicos y psicosociales de esta modalidad de trabajo. En relación con los riesgos asociados a los factores ergonómicos el Anexo del RD 488/1997 se ha encargado de determinar mínimamente su alcance, debiendo tenerse en cuenta, entre otros, la iluminación del espacio de trabajo, el ruido y el calor producidos por los equipos instalados, la humedad del ambiente y la adaptabilidad de los equipos utilizados como, por ejemplo, la pantalla, la mesa y el asiento de trabajo. En cuanto a los riesgos vinculados a los factores psicosociales, si bien son reconocidos por el RD 488/1997 como «carga mental» y mencionados por el artículo 16.1 RDL 28/2020, no existe regulación expresa debiendo acudir a la literatura jurídica. En ese sentido, la NTP 443 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) define el concepto de factores psicosociales como las condiciones «[...] que tienen capacidad de afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo», siendo las principales consecuencias perjudiciales «el estrés (con toda la problemática que lleva asociada), la insatisfacción laboral, los problemas de relación, la desmotivación laboral, etc.».

Por lo que respecta a la organización del trabajo, la catedrática Lourdes Mella considera que debe examinarse desde dos perspectivas: como distribución de la jornada entre trabajo a distancia y trabajo presencial, y como distribución de la jornada en cuanto a los tiempos de disponibilidad y los tiempos de descanso. La primera de las perspectivas resultará fundamental para delimitar los riesgos asociados al aislamiento físico y psicológico del trabajador, el cual puede llegar a desencadenar una pérdida de interés por los objetivos organizativos, desmotivación e incluso una sensación de soledad respecto al resto del equipo; mientras que la segunda perspectiva servirá para evitar o disminuir los riesgos derivados de la fatiga mental y física por agotamiento —ausencia de desconexión digital—, que pueden provocar *burnout* y adicción al trabajo.

Para llevar a cabo la evaluación de riesgos y la planificación de la acción preventiva, el artículo 16.2 RDL 28/2020 indica que «la empresa deberá obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia». A tal efecto, el legislador habilita dos vías a través de las cuales obtener dicha información, que son: la visita, por parte de los técnicos de prevención, al espacio delimitado como lugar de trabajo —previo consentimiento del trabajador afectado—, o bien, la realización de una autoevaluación por el propio trabajador. En cualquier caso, conviene resaltar que el legislador indica que procederá la visita cuando la obtención de dicha información así lo exigiera, lo que parece evidenciar una preferencia por la

autoevaluación de riesgos al resultar menos invasiva en cuanto a los derechos fundamentales contenidos en el artículo 18 CE —como el derecho a la intimidad personal y familiar o el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Esta inclinación no se encuentra libre de riesgos en tanto que la falta de calidad y/o rigor en la evaluación podría actuar en detrimento del derecho a una adecuada protección de la seguridad y la salud. En ese sentido, sería recomendable que la empresa —y los servicios de prevención— como responsables de la evaluación de riesgos realizaran un seguimiento exhaustivo del proceso, asegurándose de que el trabajador posee la formación necesaria para llevarla a cabo. No obstante, debe tenerse en cuenta que la normativa no regula el alcance de esta responsabilidad, lo que deja abierta dicha controversia.

Si bien esta nueva regulación aporta un mayor contenido, continúan existiendo silencios que, a efectos prácticos, generan problemáticas que en un futuro deberán ser resueltas por los convenios colectivos o la jurisdicción.

2.7.7 Derecho a la intimidad y a la protección de datos (art. 17)

La nueva regulación del trabajo a distancia recoge el derecho a la intimidad y a la protección de datos dentro de su artículo 17, fijando los límites al control de la actividad laboral mediante dispositivos automáticos en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Al aludir a la LO 3/2018 el legislador está equiparando el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los trabajadores presenciales a los trabajadores a distancia, pues en ambos regímenes será de aplicación la misma regulación.

A través del apartado 2 del citado artículo, la norma restringe la facultad de control empresarial sobre la actividad del teletrabajador cuando este utiliza equipos propios, así, «la empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia». Esta apreciación expresa dentro de la normativa no resulta jurídicamente novedosa, dado que la Audiencia Nacional (SAN 136/2019, de 6 de febrero de 2019, Rec. 318/2018) ya se había pronunciado en tales términos al declarar la nulidad de la normativa Proyecto Tracker, a través de la cual Telepizza obligaba a sus trabajadores a instalar un geolocalizador en sus dispositivos móviles personales. Al respecto, la Audiencia Nacional determinó que la implantación de dicha medida no superada el juicio de proporcionalidad en tanto que «la misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados como pudieran ser la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas», al tiempo que para su implantación se prescindió de informar a los empleados sobre los referido en los arts. 11 y 90 de la LO 3/2018. Considerándose, además, que la exigencia de la aportación del teléfono móvil personal supone «un manifiesto abuso de derecho empresarial» al quebrar con la ajenidad en los medios y responsabilizar al trabajador ante cualquier impedimento en la activación del sistema de geolocalización. En consecuencia, la sentencia

establece un precedente a la normativa al entender que la instalación de aplicaciones de control empresarial en dispositivos propiedad del trabajador vulnera el derecho a la privacidad.

En todo caso, como subraya el apartado 3 de la norma, «las empresas deberán establecer los criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando [...] los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente», aspecto estrechamente relacionado con el artículo 7.h RDL 28/2020 a través del cual se exige como contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia la especificación de los medios de control empresarial de la actividad. Parece que el legislador se ha encargado de concretar la obligación de informar al trabajador tanto acerca de los medios de control empresarial de la actividad como de los criterios de uso de esos medios, consideraciones ya presentes en el artículo 87 de la LO 3/2018, pero que se ratifican respecto de los trabajadores a distancia.

2.7.8 Derecho a la desconexión digital (art. 18)

El derecho a la desconexión digital que se configura en el artículo 18 nace de la preocupación por la injerencia de la vida profesional en la vida personal del trabajador, coyuntura que se ve agravada en el caso de los teletrabajadores como consecuencia de la fluidez entre las fronteras que delimitan el espacio de descanso y el espacio de trabajo, al situarse en un mismo lugar físico.

Si bien el derecho a la desconexión digital de los trabajadores a distancia se ha situado en los mismos términos que el de los trabajadores presenciales remitiéndose en el apartado 1 al artículo 88 de la LO 3/2018, ha existido una preocupación por la introducción de algunos matices. De ahí a que, por ejemplo, en el citado apartado 1 se haya incorporado el deber empresarial de garantizar la desconexión, el cual conlleva una «limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada»; aún no especificándose parece deducirse una especie de prohibición implícita respecto al uso de medios tecnológicos de comunicación por parte de la empresa, elemento que configura el derecho como una limitación al poder de control del empresario durante los referidos periodos. Respecto al derecho a la desconexión, resulta importante mencionar que ni el artículo 18 del RDL 28/2020, ni el artículo 88 de la LPDPGDD establecen una definición formal del mismo. Con todo, como examina el profesor Ignasi Beltrán de Heredia¹⁷, puede ser concebido desde una doble dimensión, como un «derecho a no ser “molestado” o “contactado” por parte de la empresa (derecho de abstención)» y como un «derecho a no responder las comunicaciones (derecho a desatender) o no contactar con cliente o terceros vinculados al puesto de trabajo (“no conexión”)». En cuanto al derecho a la desconexión digital referido a las personas que trabajan a distancia, cabe recordar que el artículo 7.c RDL 28/2020

¹⁷ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2019). El derecho a la desconexión digital [Mensaje en un blog]. Una mirada crítica a las relaciones laborales.

establece la obligatoriedad de incluir el horario de trabajo y la disponibilidad de la persona trabajadora en el acuerdo de trabajo a distancia, al ser aspectos que ayudarán a determinar el tiempo de descanso del trabajador.

No obstante, como examina el profesor Adrián Todolí¹⁸, en los supuestos en los que el trabajador disfruta de flexibilidad horaria el derecho a la desconexión puede plantearse como problemático en el sentido de que, si un trabajador tiene potestad para decidir unilateralmente su horario diario, la empresa puede mostrar dificultades para determinar el tiempo de descanso ante el desconocimiento de la franja horaria decidida por el empleado. En todo caso, siguiendo las directrices de Adrián, ante la existencia de flexibilidad horaria en favor del trabajador «deberá garantizarse el derecho a la desconexión probablemente fijando un horario mínimo y máximo de comunicación con la empresa», es decir, pactando unas franjas horarias que habiliten a la empresa para comunicarse con el trabajador al tiempo que garanticen, fuera de ellas, el derecho a la desconexión —elemento que debería incluirse dentro del acuerdo de trabajo a distancia.

El derecho a la desconexión lleva aparejado, de conformidad con el apartado 2 del artículo 18 RDL 28/2020, la elaboración de una política interna en la que se definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, así como las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. La importancia que el legislador otorga a la formación, la sensibilización y la política como herramientas para garantizar el derecho a la desconexión también se ha trasladado al artículo 16 RDL 28/2020 en la medida en que la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva deberán tener en cuenta la distribución de la jornada, la disponibilidad del trabajador, así la garantía de los descansos. Ambas previsiones parecen relacionarse en tanto que salvaguardan el derecho a la desconexión digital de los trabajadores a distancia y, aunque no se especifica formalmente, una transgresión de cualquiera de ellas podría comportar sanciones graves; en el primero de los casos podría hablarse de una vulneración de los límites legales o pactados en materia de jornada y/o descansos (art. 7.5 LISOS), mientras que en el segundo podríamos encontrarnos ante un incumplimiento del deber de llevar a cabo la evaluación de riesgos (art. 12 LISOS) —al no incluir el contenido mínimo que obliga la ley.

2.7.9 Derechos de naturaleza colectiva (art. 19)

El artículo 19 de la normativa garantiza a las personas que trabajan a distancia el efectivo ejercicio de los derechos de naturaleza colectiva «con el mismo contenido y alcance que el resto de personas trabajadoras del centro al que están adscritas». La introducción de esta previsión viene a recalcar que la ausencia o minoración de la presencia física del trabajador a distancia respecto del centro de trabajo de la empresa

¹⁸ Todolí Signes, Adrián (2020). Derecho a la Intimidad y a la desconexión digital en el teletrabajo. *Congreso sobre la Regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo*. Cátedra en Economía Colaborativa y Transformación Digital. Universitat de València.

no puede obstaculizar el ejercicio de sus derechos colectivos —tales como el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva o el derecho de reunión. En todo caso, cabe recordar que el Tribunal Supremo (STS 379/2017, 28 de abril de 2017, Rec. 124/2016) ya se había pronunciado en esta línea al declarar que a los teletrabajadores no se les puede negar el ejercicio de los derechos de representación colectiva y otros derechos colectivos de ejercicio individual.

Aspecto destacable —y novedoso— es el que se incorpora a través del apartado 2 del citado artículo al especificarse que «la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso de la empresa y la implantación del tablón virtual [...]». Hasta la redacción de esta nueva regulación, la jurisprudencia (STC 281/2005, 7 de noviembre 2005) había considerado que debía ser la negociación colectiva la que configurase el uso de los medios informáticos de comunicación, pero tras su publicación se traslada la responsabilidad hacia la empresa, haciendo posible que la representación legal pueda reclamar a la organización la implantación de un sistema electrónico de comunicación para el desarrollo de la actividad representativa, al tiempo que posibilite el acceso a la información a los trabajadores a distancia. En cuanto al envío de información sindical por correo electrónico a los trabajadores, por parte de la representación legal, la AEPD se ha pronunciado (AEPD ref. 210070/2018, de 15 de marzo de 2018) indicando que no requerirá de previo consentimiento durante el proceso electoral, al entenderse que debe prevalecer el derecho a la actividad sindical, pero que fuera de él los trabajadores podrán oponerse siempre que concurren motivos justificados y legítimos que actúen sobre su esfera personal.

Por su parte, el apartado 3 determina que «deberá garantizarse que las personas trabajadoras a distancia puedan participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por la representación legal [...]» y, en particular, «su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales». Previsión que, como señala la profesora Patricia Nieto¹⁹, se ha desmarcado de la dirección tomada por el Juzgado de lo Social de Madrid (SJSO M 58/2015, 21 de septiembre de 2015) quien «validó un sistema de elección telemática en el proceso electoral al entender que la ley no prevé ni prohíbe este sistema de votación; razón que justificó su admisibilidad, siempre que se cumplieran con las condiciones de voto libre, secreto y personal». Parece, pues, evidenciarse un paso hacia atrás en materia de reconocimiento de sistemas de elección electoral telemáticos al exigirse la presencialidad del trabajador a distancia para el ejercicio del derecho a voto.

¹⁹ Nieto Rojas, Patricia (2020). Derechos colectivos de los trabajadores a distancia: ¿Pueden enviarme información sindical? ¿Puedo negarme? ¿Cómo y dónde voto? [Mensaje en un blog]. El Foro de Labos.

Por último, que añadir que, como en otras ocasiones, el legislador remite a la negociación colectiva para el establecimiento de las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia.

2.8 Poder de control del empresario

Las facultades de organización, dirección y control empresarial que se configuran a través del artículo 20 ET, encuentran su homólogo en el capítulo IV del RDL 28/2020. La configuración del poder de control del empresario que realiza la nueva regulación parece limitarse a detallar algunos aspectos específicos relacionados con las especiales condiciones en que se desarrolla esta modalidad de prestación laboral, como son la protección de datos y la seguridad de la información, las condiciones de uso de los equipos informáticos y las medidas de control y vigilancia de la actividad laboral.

En ese sentido, el artículo 20 de la normativa habilita a la empresa para exigir tanto el cumplimiento de las instrucciones establecidas en el marco de la legislación sobre protección de datos, como el cumplimiento de las instrucciones sobre seguridad de la información que particularmente hayan sido fijadas por la empresa. Por tanto, cabe tener en cuenta que, ante la ausencia de una regulación específica sobre protección de datos y comunicación telemática, la empresa deberá regirse por el contenido establecido en la LOPDGDD y el RGPD. El empresario deberá informar a los trabajadores sobre la normativa de protección de datos y, como responsable del tratamiento, podrá exigirles tanto su cumplimiento, como la adopción de los protocolos de seguridad que resulten adecuados. El trabajador, por su parte, tendrá la obligación de mantener la confidencialidad de los datos y guardar secreto sobre las informaciones que conozca.

Así mismo, a través del artículo 21, se establece el deber correlativo de los trabajadores a cumplir con las condiciones e instrucciones de uso y conservación de los medios o útiles informáticos que la empresa pone a su disposición. Debe entenderse que, para hacer posible este deber correlativo, el empresario deberá informar al trabajador, previa puesta a disposición de los medios informáticos, sobre las condiciones que regirán su utilización —especificando el alcance y los límites de uso—, así como sobre las sanciones que resulten aplicables en caso de incumplimiento. A tal efecto, cabe señalar que el Tribunal Supremo (STS, de 6 de octubre de 2011, Rec. 4053/2010) ha admitido la posibilidad de que el empresario restrinja el uso de los equipos informáticos titularidad de la empresa, permitiendo una prohibición expresa de su uso con fines personales. En tales casos, el Tribunal considera que la prohibición lleva implícita la advertencia sobre posibles medios de control o monitorización de la actividad, cumpliéndose con el requisito de transparencia informativa, y no pudiendo, el trabajador, acogerse al derecho a la intimidad. Bajo esta misma línea se ha expresado el Tribunal Constitucional (STS 170/2013, de 7 de octubre de 2013, Rec. 2013/170) al considerar que la tipificación,

dentro del convenio colectivo, como infracción del uso extralaboral de los equipos informáticos supone una prohibición expresa, la cual comporta la posibilidad del empleo de medios de control empresarial sin necesidad de informar previamente a los trabajadores. De la doctrina anterior parece desprenderse que cuando el dispositivo sea titularidad de la empresa y no exista el derecho a su uso particular, tampoco existirá el derecho a la intimidad en la medida en que el uso personal respondería a un ejercicio ilícito —expresamente prohibido—, compatible con el uso de medios de control empresarial. Por lo demás, cuando el uso personal de los dispositivos de la empresa se encuentre reconocido o no se encuentre prohibido de forma absoluta, deberá respetarse el derecho a la intimidad, siendo solo sancionable el uso personal dentro del horario laboral. En cualquier caso, debe tenerse en consideración que — como se ha examinado en apartados anteriores— cuando la persona trabajadora utilice dispositivos propios la facultad de control empresarial quedará restringida, no pudiendo exigirse la instalación de programas ni de aplicaciones de ningún tipo (art. 17.2 del RDL 28/2020), en tanto que supondría poner en riesgo la información personal y privada del trabajador.

Finalmente, y en consonancia con el párrafo anterior, el artículo 22 faculta al empresario para que adopte las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones, incluyéndose el uso de medios telemáticos. Resulta conveniente recordar que, como insiste el artículo 17.3 RDL 28/2020, el uso de medios telemáticos como medida de control del rendimiento deberá respetar los estándares mínimos de protección de la intimidad del trabajador, así como el principio de proporcionalidad, debiendo informarse en el acuerdo de trabajo a distancia tanto del tipo de medios como del criterio de uso de estos (art. 7.h RDL 28/2020). Como se observa, si bien la implementación de medidas de vigilancia requiere del preaviso al trabajador, este deber de informar encuentra su límite en la ya analizada prohibición expresa del uso de los equipos titularidad de la empresa para fines personales del trabajador. De ahí a que la empresa deba, de acuerdo con la buena fe contractual, informar previamente al trabajador acerca de las condiciones de uso de los medios informáticos y de las posibles medidas de control aplicables.

Debe hacerse hincapié en el hecho de que la ausencia o minoración de la presencialidad en el trabajo a distancia, no determina la pérdida del poder de dirección del empresario respecto del trabajo presencial. Como se desprende de los artículos examinados, el empresario posee el mismo poder de dirección sea cual sea la modalidad de trabajo, lo que se traslada es la forma de control, que pasa de ser de naturaleza física a telemática, haciendo que la vigilancia pase a darse a través de medios informáticos. El peligro de estos mecanismos de vigilancia telemáticos radica en que habitualmente resultan más invasivos que los tradicionales al irrumpir sobre derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la dignidad y el derecho a la propia imagen. Este aspecto se encuentra íntimamente ligado al hecho de que la prestación de la actividad laboral del trabajador a distancia se efectúa, de forma general, en el propio domicilio, haciendo que aspectos de la vida laboral y personal del trabajador puedan entrecruzarse. Por esa razón, el ordenamiento jurídico a previsto normas —la LOPDGDD y el RGPD—

que restringen el ejercicio del poder de control empresarial a través de medios informáticos en un intento por salvaguardar derechos fundamentales de los trabajadores. En ese sentido, la doctrina jurisprudencial también juega —y jugará— un papel trascendental para la fijación de límites, así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (STC 186/2000, de 10 de julio de 2000) ha manifestado que la utilización de cualquier medio de control de la actividad del trabajador debe regirse por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Como se observa, con estas disposiciones el legislador ha querido asegurarse de que el empresario pueda hacer uso de su poder de dirección y su facultad de control sobre los trabajadores a distancia, trasladando el control presencial a un plano telemático. No obstante, este movimiento no se encuentra exento de problemáticas en tanto que el desplazamiento hacia el domicilio del trabajador implica, en numerosas ocasiones, el uso de medios de control que pueden resultar más intrusivos —como la videovigilancia, el monitoreo del teclado o el rastreo GPS— y, con ello, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales. Dada la inexactitud de la normativa respecto los límites al poder empresarial, parece que resultará necesario acudir a otras normas, a la negociación colectiva y a la interpretación que realicen los tribunales como mecanismos para restringir su alcance.

2.9 La negociación colectiva

Tal y como se ha venido señalando a lo largo del análisis del texto jurídico, la negociación colectiva se presenta como un mecanismo indispensable para desarrollar en profundidad todas aquellas cuestiones sobre que se han dejado sin concreción.

La normativa presenta numerosas referencias a la negociación colectiva en cuestiones tan diversas como:

- Identificación de puestos y funciones susceptible de realizarse a distancia (DA 1^a.1)
- Condiciones de acceso y desarrollo de la actividad a distancia (DA 1^a.1)
- La duración máxima del trabajo a distancia (DA 1^a.1)
- El porcentaje mínimo de presencialidad (DA 1^a.2)
- El porcentaje o periodo de referencia inferior al 30% (DA 1^a.2)
- La reversibilidad al trabajo presencial (DA 1^a.2 y art. 8.3)
- Las circunstancias que modelan el derecho a la desconexión (DA 1^a.2)
- La dotación de medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad (art. 11.1)
- La condiciones e instrucciones de uso de los equipos informáticos (art. 21)
- Los mecanismos para la determinación y compensación de gastos (art. 12)

Resulta evidente que el legislador ha querido reforzar y potenciar el papel de la negociación colectiva como instrumento para regular el trabajo a distancia y amoldarlo a las casuísticas particulares de los sectores productivos o empresas. No obstante,

como detalla la catedrática Ana de la Puebla²⁰ «A lo largo de la norma son continuas las llamadas a la negociación colectiva para completar, concretar o limitar la existencia, alcance o límites de los derechos, hasta el punto de convertir al convenio o al acuerdo colectivo en complemento indispensable para una completa regulación del trabajo a distancia, al menos si se quiere evitar dejar en manos del acuerdo individual y, en última instancia, de la decisión empresarial, las condiciones de desarrollo del trabajo a distancia». La excesiva llamada a la negociación colectiva en la determinación de cuestiones de envergadura sobre el teletrabajo implica que, de no concretarse en los convenios, su configuración recaería sobre el acuerdo individual y, con ello, sobre la empresa que es quien lo vehicula en mayor medida, rompiendo el equilibrio entre las partes.

En cualquier caso, siguiendo las consideraciones del catedrático José M^a Goerlich²¹ en el blog *El foro de Labos*, dentro de este marco cabe preguntarse sobre la efectiva asunción por parte de la negociación colectiva del papel que el legislador le ha asignado. En palabras del catedrático: «la bibliografía anterior a la reforma insiste en que no ha existido un grandísimo interés de los convenios colectivos en el trabajo a distancia. ¿Ha cambiado esta situación [...]? Tras analizar una muestra de unos cuarenta convenios colectivos de diferentes ámbitos, publicados entre marzo de 2020 y marzo de 2021 me atrevo a decir que no». Conviene destacar que de entre los 6.000 resultados que arroja el buscador del BOE de convenios negociados entre las citadas fechas solo 40 contienen los términos “teletrabajo” o “trabajo a distancia”, lo que evidencia el precario interés en la regulación de esta modalidad de trabajo. Esta deficiencia a nivel cuantitativo también se traslada a la esfera cualitativa ya que como indica José M^a Goerlich «una parte sustancial de la muestra atiende al trabajo a distancia de una forma meramente testimonial. La mayoría de los convenios consultados nada aportan a su efectiva regulación». De la muestra examinada, un primer grupo²² de convenios se limita a remitirse a las previsiones legales que conciben el trabajo a distancia como medida de conciliación o en relación con el derecho a la desconexión digital —lo que no aporta valor añadido—, un segundo grupo²³ establece un compromiso de estudio durante su vigencia a través de la creación de un comité u órgano específico —lo que en ocasiones se combina con remisiones a la normativa legal— pero no llegan a regularlo, lo que deja al trabajo a distancia en manos del acuerdo individual e, incluso, de la «política de la compañía», y un tercer grupo²⁴, bastante escueto, realiza un esfuerzo por regularlo con mayor o

²⁰ Pinilla Puebla, Ana (2020). Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género. *Revista Labos*. Vol. 1, Núm. 3, pp 4-11.

²¹ Goerlich Peset, José (2021). El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras el RDL 28/2020. [Mensaje en un blog]. *El Foro de Labos*.

²² El artículo 21 del VIII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 2 de marzo 2021) podría encuadrarse en esta tipología. Enlace al texto <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-3284>

²³ A modo de ejemplo, el artículo 44 del II Convenio colectivo de Bureau Veritas Inspección y Testing, SLU, Bureau Veritas Solutions, SA, e Instituto de la Calidad, SAU (BOE 10 marzo de 2021) formaría parte de este segundo grupo. Enlace al texto <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-3748>

²⁴ Una regulación expresa del teletrabajo, que pertenecería al tercer grupo, es la efectuada en el Acuerdo Trabajo a Distancia AXA. Enlace al texto <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/axa/ACUERDO%20TRABAJO%20A%20DISTANCIA%20AXA.pdf>

menor extensión. Se destaca así «la falta de interés que continúa manifestando la negociación colectiva a pesar de la importancia cuantitativa que ha adquirido el trabajo a distancia como consecuencia de la pandemia y de su reforma. [...] En un contexto de escasa penetración real de esta modalidad de trabajo, podría ser considerado algo marginal, que quedaría solo al alcance de una minoría de trabajadores que probablemente no están entre la “clientela” normal de las organizaciones representativas». En todo caso, como concluye el catedrático, el RDL 28/2020 «ha reconocido determinadas expectativas que pueden ser impuestas a la empresa; y, por otro lado, la mayor extensión temática del tratamiento legal abre, cuando menos, un espacio de inseguridad jurídica en relación a las soluciones pactadas a nivel individual» lo que convierte a la negociación colectiva en un instrumento efectivo para equilibrar la necesidad de flexibilidad empresarial y las expectativas de los trabajadores. Es en este punto intermedio en el cual el legislador la ha querido situar, no obstante, el reto será determinar si será o no capaz de alcanzarlo.

3 IMPLICACIONES ÉTICAS Y/O SOCIALES

La digitalización de gran parte de la actividad de las empresas, así como la implementación de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, han generado una profunda transformación en la organización del trabajo que ha tenido como consecuencia la irrupción de una nueva forma de prestación de servicios, el teletrabajo. Esta emergente modalidad ha reconfigurado los elementos que caracterizan el clásico trabajo presencial para dotarlo de una suerte de flexibilidad — espacial, temporal y organizativa—, así como de una interconexión casi indisoluble con las TICs.

Resulta innegable el hecho de que la innovación tecnológica dentro del mundo laboral ha supuesto numerosas ventajas. De un lado, al empresario le ha permitido articular nuevos modelos de negocio, introducir mejoras en la productividad y la competitividad, así como reducir costes; de otro lado, al trabajador le ha otorgado una mayor capacidad de organización, le ha permitido flexibilizar el tiempo de trabajo, le ha supuesto un ahorro económico y temporal en desplazamientos y le ha facilitado la conciliación de la vida laboral y familiar. No obstante, esta modalidad laboral tiene luces y sombras. La alteración tanto del lugar de trabajo como del tiempo de dedicación, sumado a la permanente conectividad, ha logrado diluir y adulterar la frontera entre la vida laboral y profesional, generando importantes controversias a nivel ético y social.

Aspecto conflictivo es el relativo al despliegue de la facultad de control empresarial frente al derecho a la protección de la intimidad del trabajador en remoto, así como respecto al derecho a la desconexión digital durante los tiempos de descanso y fuera del horario de trabajo. Así, ante la potencial lesividad de los sistemas de vigilancia y control del personal teletrabajador y como maniobra para articular un mecanismo de protección, el ordenamiento jurídico ha integrado la LPDPGDD introduciendo

formalmente los denominados derechos digitales que, indudablemente, deben reconocerse en todos los casos, pero resultan especialmente significativos para el teletrabajo, dada la naturaleza misma de esta forma de prestación de servicios. Pese a que el RDL 28/2020 ha recogido esta necesidad al contextualizar el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, así como el derecho a la desconexión digital, no ha acabado de solventar todas las problemáticas que se derivan.

Respecto al derecho a la desconexión digital de los trabajadores a distancia, es importante señalar que la normativa no ha configurado una definición o delimitación del término, lo que ha hecho que acabe constituyéndose como una forma de limitación del poder de control empresarial; ni tampoco ha informado acerca de cómo debe hacerse efectivo el ejercicio de este derecho —más allá de establecer un registro horario, fijar las condiciones de uso de los medios tecnológicos y elaborar una política interna en la que se detallen las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital y las acciones de formación necesarias para el uso razonable de los dispositivos— lo que acaba dejando su concreción, principalmente, en manos de la negociación colectiva. De igual forma, la regulación no hace mención alguna a las posibles sanciones que puedan derivarse de un incumplimiento empresarial —a excepción de las relaciones que pueden establecerse respecto a las infracciones tipificadas en la LISOS— y, a nivel preventivo —entendiéndose que el derecho a la desconexión se configura como una medida para evitar la sobrecarga mental— no se establecen medidas específicas que permitan evitar o reducir los riesgos asociados a la hiperconectividad en el ámbito del teletrabajo. Así, resulta comprensible considerar que, si bien la inclusión de este derecho digital resulta ser un hito reseñable, sobre el terreno acaba quedándose a medio camino en tanto que su contenido resulta poco garantista e inespecífico. Al final, la articulación del derecho acaba configurándose como una tarea propia de la negociación colectiva, el acuerdo de trabajo a distancia y la elaboración de políticas internas y códigos deontológicos por parte de la propia empresa. Como señala la experta Concepción Campos²⁵, «en la práctica depende en gran medida del voluntarismo de cada organización», de lo que se desprende una responsabilidad empresarial, «no solo en garantizar el derecho a la desconexión digital y el cumplimiento de la ley, sino en fomentar un entorno de confianza, dar autonomía a los empleados, ayudar a la flexibilidad, marcar pautas organizativas y preocuparse por el bienestar con planes de salud». Más allá del cumplimiento de la genérica normativa, resulta necesario reclamar una responsabilidad ética y social por parte de la empresa pues, el efectivo ejercicio de este derecho dependerá de la creación de un entorno seguro y del reconocimiento de las necesidades de conciliación de la vida laboral y personal que las personas trabajadoras puedan tener, lo que exige un cambio cultural que permita entender que el teletrabajo no debe ser una invasión de la vida personal y familiar.

²⁵ Fernández, Carmen (2021). Derecho a la desconexión digital: qué es y por qué es tan difícil respetarlo en tiempos de la COVID-19. La Vanguardia. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/economia/20210325/6605207/derecho-desconexion-digital-dificil-tiempos-covid19-brl.html>

De otro lado, el derecho a intimidad también parece entrar en colisión con la esfera privada de la persona teletrabajadora, en el sentido en que el ejercicio del poder de control y vigilancia empresarial a través de dispositivos digitales puede menoscabar la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones e, incluso, la inviolabilidad del domicilio; derechos fundamentales recogidos por el artículo 18 CE. Ante la utilización de equipos propiedad del trabajador la normativa es clara, el empresario no podrá obligar al trabajador a que instale programas o aplicaciones de control de la actividad; el problema surge cuando se pone a disposición del trabajador equipos cuya titularidad es de la empresa, en cuyo caso el empleador podrá tomar medidas para supervisar la actividad del trabajador a través de la instalación de programas de control y vigilancia que, con carácter general, requerirán de la previa notificación al trabajador. Debe tenerse en cuenta que la normativa no ha concretado qué tipos de sistemas de control resultan apropiados, limitándose a presentar pautas para su evaluación, de ahí a que la heterogeneidad de medios existentes —como la geolocalización, el monitoreo del dispositivo, la videograbación, etc.—, cada uno con sus propias características y alcance, puedan suponer un verdadero desafío a nivel jurídico. En particular, resulta evidente la problemática inherente al empleo de sistemas de captura de imágenes o voz, los cuales poseen una alta capacidad invasiva al irrumpir directamente sobre la esfera privada del trabajador —el hogar—, pudiendo llegar a lesionar el derecho a la intimidad o a la propia imagen del trabajador. Dada la imprecisión normativa, se ha trasladado la responsabilidad sobre el establecimiento de criterios de legitimidad de los sistemas de control, así como la regulación de su alcance, a los tribunales, los cuales han ido acogiendo los litigios que se han ido planteando. Paulatinamente, se ha ido estableciendo una doctrina jurisprudencial para determinar qué sistemas son adecuados y cuáles vulneran derechos fundamentales; así, el Tribunal Supremo ha determinado que una medida de control será legítima cuando supere los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En todo caso, lo que se exige la normativa es el establecimiento de pautas de utilización de los dispositivos electrónicos, respetando los estándares mínimos de protección de su derecho a la intimidad y demás derechos reconocidos legalmente; lo que se traduciría en el deber de establecer una especie de guía de buenas prácticas. En paralelo con el derecho a la desconexión, el legislador parece querer apelar a la buena voluntad de la empresa —y al diálogo social— como herramientas para establecer protocolos de control y vigilancia socialmente responsables.

Parece incuestionable pues, como la injerencia de los dispositivos digitales sobre las personas teletrabajadoras alcanza controversias éticas y sociales generadas por la exigencia de conectividad permanente, así como por el exceso de control empresarial. La articulación del derecho a la desconexión y del derecho a la intimidad exige medidas legales adecuadas, que eviten la dilatación de la jornada laboral, la hiperconectividad, la sobrecarga mental, conflictos familiares derivados de la falta de conciliación o, entre otros, ataques a la intimidad personal. Aunque la actual regulación deja numerosos interrogantes sin resolver, define límites y ofrece pautas a través de las cuales vehicular una mínima garantía, ahora bien, el legislador se ha encargado de puntualizar que la regulación debe enriquecerse a través de la negociación colectiva, el acuerdo de trabajo a distancia y el establecimiento de

políticas internas que regulen las condiciones y criterios no previstos pues, en caso contrario, se derivarían consecuencias negativas en materia de trabajo decente.

4 CONCLUSIONES

La aprobación del Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, representa un hito legislativo que ha logrado dar forma y cuerpo a las necesidades que se derivan de las relaciones laborales en entornos de trabajo a distancia. A gran escala, supone un enorme paso hacia delante respecto al parco marco normativo —o cuasi vacío legal— derivado del artículo 13 ET que, como se ha resuelto, había resultado insuficiente e impreciso.

La nueva regulación acoge los ambiguos preceptos del artículo 13 ET con la finalidad de reformularlos para lograr un mejor encaje respecto de las exigencias del actual mercado laboral; así, tanto la disposición del ET como el RDL 28/2020 recogen aspectos como la voluntariedad, el requerimiento de formalización escrita del acuerdo de trabajo a distancia, el derecho a la promoción y formación profesional o el derecho a la protección en materia de seguridad y salud. No obstante, más allá de la mera actualización, se constituye todo un nuevo marco normativo que modifica de manera sustancial el tratamiento jurídico de esta forma de trabajo al otorgarle una personalidad propia. La nueva Ley realiza una redefinición del objeto regulado con la finalidad de dar cabida a nuevas formas de trabajo a distancia —haciéndose, ahora sí, alusión directa al teletrabajo—, concreta el umbral mínimo necesario para considerar que la prestación de servicios se realiza bajo esta modalidad, establece límites respecto al Estatuto de los Trabajadores, acentúa la naturaleza voluntaria y reversible de esta modalidad, prescribe y regula la formalización del acuerdo de trabajo a distancia y sus modificaciones, reconoce derechos relativos a los trabajadores como el derecho a la desconexión, a la igualdad de trato, a la dotación de equipos de trabajo, al registro horario, al horario flexible, al ejercicio de derechos colectivos o a derechos en materia de prevención de riesgos, así como derechos relativos al empresario tales como las facultades de dirección, organización y control empresarial, y establece el carácter prioritario e imprescindible de la negociación colectiva como medio para completar la normativa de acuerdo con las necesidades de cada sector. Por ende, resulta evidente como la nueva regulación representa un salto cuantitativo y cualitativo, que aporta una mayor seguridad jurídica, un relativo equilibrio de derechos —entre trabajadores y empresarios, así como entre trabajadores presenciales y no presenciales— y un incremento de la flexibilidad organizativa que acaba repercutiendo —en cierto modo— en una mejora de la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los trabajadores.

Ahora bien, la extensa y detallada normativa reviste de un carácter urgente y, en numerosas ocasiones, genérico que ha impedido agotar múltiples cuestiones, dejando sin resolver aspectos tan controvertidos como el alcance de la compensación de gastos —o sus consecuencias fiscales—, los criterios para determinar los límites al poder de control empresarial ante posibles vulneraciones de derechos fundamentales,

la concreción de pautas para la prevención de los riesgos psicosociales que pudieran derivarse, el establecimiento de reglas para la elaboración de políticas internas garantantes del derecho a la desconexión o la articulación de mecanismos para la modificación del acuerdo de trabajo cuando existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción —como sucede con los trabajadores que prestan servicios presencialmente.

Pese a lo positivo, la regulación incurre en múltiples vaguedades de gran envergadura consecuencia —en cierta parte— de su vertiginosa aprobación dentro de un contexto pandémico en el que reinaba una incertidumbre jurídica sobre los trabajadores a distancia, que requería de una rápida respuesta. Como instrumento para dar solución a la imprecisión normativa, el legislador ha subrayado —en no pocas ocasiones— el papel protagonista de la negociación colectiva, que deberá concretar los criterios que regirán esta modalidad laboral en los distintos sectores. Con todo, las incesantes llamadas hacia los convenios colectivos para completar, detallar o limitar el alcance de los derechos, acaba generando la sensación de hallarnos ante una norma inconclusa, un modelo que debe acabar de construirse a través de la negociación colectiva — aspecto que, como se ha analizado, parece no haber cuajado aún en la realidad social. En ese sentido, el emplazamiento al convenio colectivo como complemento para completar la regulación es un aspecto cuanto menos problemático pues, en defecto de dialogo social, la responsabilidad sobre la articulación de esta forma de prestación de servicios recaería íntegramente sobre el acuerdo individual y —en cierto modo— sobre la decisión empresarial.

Con carácter general, puede afirmarse que la nueva normativa sobre trabajo a distancia ha sido capaz de configurar un régimen jurídico propio, ordenado y extenso, que ha permitido llenar el vacío legal existente y dotar a esta modalidad laboral de seguridad jurídica. No obstante, aún cuando su trascendencia es significativa, continúa resultando un tanto genérica, imprecisa e inefectiva —como consecuencia de la ausencia de mecanismos reales que garanticen su cumplimiento— lo que, en última instancia, acaba repercutiendo y sobrecargando a jueces y tribunales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andrés Borgonovo, Pablo (2020). El Tribunal Supremo Federal de Suiza falla sobre la compensación de alquiler por el teletrabajo [entrada de blog]. *Juris Ab Initio*. <https://www.jurisabinitio.com//la-tribunal-supremo-federal-de-suiza-falla-sobre-la-compensacion-de-alquiler-por-el-teletrabajo/>
- Aragón Gómez, Cristina (2020). A la luz del RD-Ley 28/2020, ¿hay que cotizar y tributar por el portátil o el móvil de empresa? [entrada de blog]. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/09/a-la-luz-del-rd-ley-2820202-hay-que.html>
- Arnal Maqueda, Jaume (2006). *El trabajo a domicilio*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. ISBN: 8423410595
- Belenguer Hernández, Sofía (2015). El régimen jurídico del trabajo a distancia. *Revista IUSLabor*, 1, 1-13. <http://app.vlex.com/vid/567057846>
- Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2020). RD Ley 28/2020: comentario de urgencia al trabajo a distancia [entrada de blog]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2020/09/23/rdley-28-2020-comentario-de-urgencia-al-trabajo-a-distancia/>
- Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2019). Derecho a la desconexión digital [entrada de blog]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2019/11/20/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ponencia/>
- Cañadas Sánchez, Francisco Javier (2017). *Teletrabajo: revisión teórica y análisis jurídico-laboral*. [Tesis doctoral]. Universidad de Granada. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=125466>
- Forteza Lahera, Jesús (2020). El acuerdo del trabajo a distancia. *Congreso sobre la Regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo*. Cátedra en Economía Colaborativa y Transformación Digital. Universitat de València. <https://www.uv.es/catedra-economia-colaborativa-transformacion-digital/es/novedades-1286057015758/Novetat.html?id=1286157681610>
- Goerlich Peset, José (2021). El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras el RDL 28/2020 [entrada de blog]. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2021/04/el-trabajo-distancia-en-la-negociacion.html>
- Henar Álvarez, Cuesta (2020). Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, 43. <http://app.vlex.com/vid/852080009>
- Jean Braulio Thibault Aranda, Xavier (2020). Modificaciones en el trabajo a distancia. *Congreso sobre la Regulación del Trabajo a Distancia y Teletrabajo*. Cátedra en Economía Colaborativa y Transformación Digital. Universitat de València. <https://www.uv.es/catedra-economia-colaborativa-transformacion-digital/es/novedades-1286057015758/Novetat.html?id=1286157681610>

Jurado Segovia, Ángel (2020). Algunos aspectos relevantes y/o críticos de la nueva regulación del trabajo a distancia desde la perspectiva empresarial (RD-ley 28/2020). *Revista de Derecho vLex*, 197. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/vid/aspectos-relevantes-criticos-nueva-850303945>

Losada Crespo, Beatriz (2020). Trabajo a distancia: negociación colectiva y diálogo social. *Revista de Derecho Laboral vLex*, 1, 178-182. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/vid/trabajo-distancia-negociacion-colectiva-852995856>

Martín Rodríguez, Olaya (2020). El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, 4, 164-183. <http://app.vlex.com/vid/864999562>

Pérez Capitán, Luis et al (2020). *La nueva regulación del teletrabajo: el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de Trabajo a distancia*. Servicio de estudios de la confederación de UGT. <https://servicioestudiosugt.com/la-nueva-regulacion-del-teletrabajo-rdl-28-2020/>

Pinilla Puebla, Ana (2020). Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género. *Revista Labos*, 1(3), 4-11. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5547/4115>

Puebla Pinilla, Ana (2020). Teletrabajo: ámbito de aplicación del RDL 28/2020 y fuentes reguladoras del trabajo a distancia. *Revista de Derecho Laboral vLex*, 1, 19-27. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/vid/teletrabajo-ambito-aplicacion-rdl-852995834>

Thibault Aranda, Javier, & Jurado Segovia, Ángel (2003). Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 72, 35-68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=802063>

Torres Colmenares, Carmen (2020). Voluntariedad recíproca y límites. *Diario Expansión*. <https://app-vlex-com.biblioteca-uoc.idm.oclc.org/#WW/vid/849830158>

REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIA

Agencia Española de Protección de Datos. Resolución núm. 210070/2018, de 15 de marzo de 2018. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/2018-0181-tratamiento-datos-opiniones-politicas-por-partidos-politicos.pdf>

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia núm. 42/2004 de 31 de mayo de 2004. <http://app.vlex.com/vid/17476349>

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia núm. 136/2019 de 6 de febrero de 2019. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ed60e51766c4e3e/20190219>

España. Juzgado de lo Social de Madrid. Sentencia núm. 58/2015 de 21 de septiembre de 2015.

<https://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&referenc e=7505729&links=voto%20telematico&optimize=20151029&publicinterface=true>

España. Juzgado de lo Social de Madrid. Sentencia núm. 232/2020 de 29 de septiembre de 2021. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-232-2020-jso-madrid-sec-4-rec-143-2020-29-09-2020-48139895#.YJGinzzCEz8.link>

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 218/2005 de 7 de noviembre de 2005. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5541>

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 170/2013 de 7 de octubre de 2013. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23616>

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social). Sentencia núm. 281/2016 de 3 de febrero de 2016. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea15cd5fa4a7dbf3/20160218>

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 249/2021 de 22 de enero de 2021. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/30cd95be81b53c72/20210413>

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 14543/2009 de 24 de noviembre de 2009. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6880bfdc410ec8f2/20100225>

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 10055/2020 de 4 de noviembre de 2020. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/282f6806e10bae3a/20201223>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 2126/2005 de 11 de abril de 2005. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46f777486d302a0a/20051011>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 6 de octubre de 2011. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-ts-sala-social-sec-1-rec-4053-2010-06-10-2011-550671>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 379/2017 de 28 de abril de 2017. <http://app.vlex.com/vid/682468829>

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, 294, de 6 diciembre de 2018, 119788 a 119857. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 255, de 24 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>

Real Decreto Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. Boletín Oficial del Estado, 134, de 13 de mayo de 2020. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4959-consolidado.pdf>

Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Boletín Oficial del Estado, 253, de 23 de septiembre de 2020, 79929 a 79971. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/09/22/28/dof/spa/pdf>