



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

**FACULTAD DE DERECHO**

**TRABAJO A DISTANCIA, ¿ESPEJISMO O REALIDAD?**

**Análisis práctico del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de  
trabajo a distancia.**

Autor: Sara Sánchez Ramos

5 ° E3 C

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tutor: María José López Álvarez

**Madrid**

**Abril, 2021**

## RESUMEN.

El trabajo a distancia está ganando cada vez más importancia como modalidad de trabajo. Por ello, es imprescindible que se le dote de una adecuada regulación en aras de garantizar y proteger tanto los derechos como las obligaciones de ambas partes, trabajador y empleador.

En este Trabajo de Fin de Grado se realizará, desde un punto de vista práctico, un análisis valorativo del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Se incidirá en los efectos de la norma objeto de estudio determinando si el Real Decreto consigue la eficacia normativa que se le presume.

**PALABRAS CLAVE:** Real Decreto-ley 28/2020, Trabajo a distancia, Teletrabajo, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derechos individuales, Derechos colectivos, Acuerdo de Trabajo a Distancia.

## ABSTRACT.

Distance work is gaining increasing importance as a working modality. It is therefore essential that it is adequately regulated in order to guarantee and protect the rights and obligations of both parties, worker and employer.

This Final Degree Project will carry out, from a practical point of view, an evaluative analysis of Royal Decree-Law 28/2020, of 22 September, on remote work. It will focus on the effects of the regulation under study, determining whether the Royal Decree achieves the regulatory effectiveness it is presumed to have.

**KEY WORDS:** Royal Decree-Law 28/2020, Remote work, Telework, Labour and Social Security Law, Individual rights, Collective rights, Remote work agreement.

## ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	8
1.1 Justificación e interés del tema.....	8
1.1 Objetivo del trabajo.....	9
1.2 Estructura y metodología.....	9
2. MARCO CONCEPTUAL.....	11
2.1 Conceptos y definiciones de trabajo presencial, teletrabajo y diferencia con trabajo a distancia.....	11
2.2 Marco legislativo.....	11
2.2.1 Análisis marco jurídico anterior.....	11
2.2.2 Normativa interna española: Estatuto de los trabajadores, art 13.....	12
2.2.3 Normativa comunitaria: Acuerdo Marco Europeo.....	13
2.2.4 Normativa internacional: Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	15
2.3 Aspectos normativos laborales de la regulación legal del trabajador a distancia..	15
2.3.1 Finalidad, objetivo y fundamento.....	15
2.3.2 Exposición de motivos: necesidad de una nueva regulación. Su justificación como medida de contención sanitaria derivada de la Covid-19.....	17
2.3.3 Evolución económica global y su justificación.....	19
3. REAL DECRETO-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA.....	21
3.1 Introducción.....	21
3.2 Ámbito de aplicación.....	22
3.2.1 Relaciones de trabajo descritas en el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores RDL 2/2015, de 23 de octubre.....	22
3.2.2 Exclusiones generales, relaciones laborales de carácter especial y Personal Laboral al servicio de las Administraciones públicas.....	25

3.2.3	Limitaciones en el trabajo a distancia.....	26
3.3	El acuerdo de trabajo a distancia (ATD). .....	28
3.3.1	Acuerdo individual: voluntariedad y garantía de reversibilidad. ....	28
3.3.2	Obligaciones formales de ATD. ....	29
3.3.3	Contenido del ATD. ....	30
4.	DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A DISTANCIA.....	33
4.1	Derechos individuales del trabajador a distancia. ....	33
4.1.1	Derecho a la carrera profesional: promoción profesional y formación del trabajador.....	33
4.1.2	Derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipo y herramientas y el derecho al abono y compensación de gastos: estudio en su conjunto, tratamiento fiscal y cotizaciones a la seguridad social. ....	34
4.1.3	Derecho a la no discriminación: salario y retribución, dificultades técnicas, discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y profesional.	37
4.1.4	Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo: Derecho al horario flexible y derecho al registro horario adecuado.....	40
4.1.5	Derecho a la prevención de riesgos laborales.....	41
4.1.6	Derechos relacionados con el uso de medios digitales: derecho a la intimidad y a la protección de datos y derecho a la desconexión digital.....	44
4.2	Derechos colectivos y negociación colectiva en el trabajo a distancia. ....	46
4.2.1	Espacio a la negociación colectiva en el trabajo a distancia. ....	46
4.2.2	Principio de igualdad y el derecho de información, comunicación y participación de los trabajadores. ....	48
5.	FACULTADES DE ORGANIZACIÓN, DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL EN EL TRABAJO A DISTANCIA.....	50
5.1	Uso de medios y dispositivos electrónicos y limitaciones. ....	50
5.2	Cumplimiento del trabajador a distancia de las instrucciones en materia de protección de datos y sobre la seguridad de la información en el marco del ATD y sus limitaciones.....	51

6. VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y VIRTUDES DEL RDL 28/2020. ....	53
6.1 Beneficios de la norma. ....	53
6.2 Inconvenientes de la norma. ....	55
6.3 Controversias y conflictos que plantea la norma. ....	56
7. CONCLUSIONES. ....	63
8. BIBLIOGRAFÍA. ....	65
8.1 Legislación. ....	65
8.2 Jurisprudencia. ....	67
8.3 Obras doctrinales. ....	67
8.4 Recursos de internet. ....	67
8.5 Otros. ....	69

## LISTADO DE ABREVIATURAS.

ATD: Acuerdo de Trabajo a Distancia.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

CECA: Confederación Española de Cajas de Ahorros.

CES: Confederación Europea de Sindicatos.

CCOO: Comisiones Obreras.

DGT: Dirección General de Tributos.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

LOPD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

LIRPF: Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

RDLeg 2/2015: 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.

RDLeg 5/2015: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

RDL 8/2019: Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

RDL 8/2020: Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

RDL 28/2020: Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

RDL 29/2020: Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

PIB: Producto Interior Bruto.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TICs: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

UGT: Unión General de Trabajadores.

UNICE: Unión de Confederaciones de la Industria

VPN: Red privada virtual.

## 1. INTRODUCCIÓN.

### **1.1 Justificación e interés del tema.**

El progreso de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) ha supuesto una gran transformación del mercado laboral. Gracias a internet y a los distintos dispositivos electrónicos y programas disponibles, la mayoría de los trabajos se pueden realizar desde casi cualquier parte. Es en este marco en el que se ha visto un incremento gradual de personas que teletrabajan, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, favoreciendo la flexibilidad en la ordenación del trabajo.

La crisis sanitaria y económica iniciada en 2020 a causa de la pandemia mundial y sus consiguientes cambios coyunturales han supuesto un antes y un después en los modos de organización del trabajo. Con el objetivo de frenar el avance de la enfermedad, las organizaciones gubernamentales de todo el mundo han establecido una serie de medidas, entre ellas el confinamiento de muchos países y, por ende, el trabajo a distancia cuando fuera posible. Esta situación sin precedentes ha llevado a empresas a implementar esta modalidad de trabajo entre sus trabajadores, impidiendo de esta forma que se paralizara por completo la actividad empresarial (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

Así, tanto las entidades que han puesto en práctica el trabajo a distancia como aquellas que ya estaban familiarizadas con este modo de trabajo, han podido comprobar sus ventajas e inconvenientes respecto del trabajo presencial. Como beneficios, entre otros, el trabajo a distancia favorece la conciliación de la vida personal, familiar y profesional; posibilita una organización empresarial más flexible; mitiga los gastos de los empleadores y trabajadores o contribuye a la disminución diaria de emisiones de CO<sub>2</sub>. Por otro lado, a su vez, el trabajo a distancia puede propiciar el aislamiento social, favorecer una pérdida de garantías laborales y sociales o dificultar el ejercicio del derecho a la desconexión digital (De la Fuente, 2020).



En este contexto de grave crisis sanitaria y de trabajo a distancia como modalidad de trabajo ya normalizada, nace el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre (en adelante, RDL 28/2020), norma objeto de estudio en este trabajo. Mediante este Real Decreto, tal y como expone su propia exposición de motivos, se trata de proporcionar un marco regulador que establezca las garantías necesarias para que no se altere el marco de las relaciones laborales actual, de acuerdo con el régimen legal y constitucional español (RDL 28/2020). Pero en tanto que norma jurídica, ¿consigue la eficacia jurídica real que se le presume, o es un mero espejismo jurídico carente de efectividad práctica, que condena a los actores que no verán garantizados sus derechos?

### **1.1 Objetivo del trabajo.**

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis valorativo del Real Decreto-ley 28/2020, desde un punto de vista eminentemente práctico, concretamente de los efectos de la norma. Además, se tratará de determinar si este Real Decreto consigue dotar de un marco jurídico real a empresas y trabajadores o si, por el contrario, es una mera declaración de intenciones, carente de efectividad práctica, precipitada y legislativamente vacía de contenido.

### **1.2 Estructura y metodología.**

Para alcanzar el objetivo se desarrollará, en primer lugar, el marco conceptual del trabajo a distancia, definiendo este concepto, exponiendo su evolución legislativa y la finalidad, objetivo y fundamento de la norma.

En segundo lugar, se procederá al análisis práctico del RDL 28/2020. A este respecto, se determinará el ámbito de aplicación del mismo, se tratará el Acuerdo individual de trabajo a distancia y se expondrán los derechos de los trabajadores, así como las facultades de organización, dirección y control empresarial bajo esta modalidad de trabajo.

Por último, se valorarán los efectos prácticos de la norma, y se tratará de determinar si el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia ha conseguido su objetivo de proporcionar un marco legal adecuado para esta modalidad de trabajo, estableciendo las garantías necesarias para ello.

Para el desarrollo del presente trabajo se ha realizado un análisis deductivo basado en el Real Decreto-ley 28/2020. Se ha llevado a cabo fundamentalmente una revisión de la legislación, jurisprudencia y obras doctrinales existentes. Además, se han recogido opiniones de diversos académicos, así como informes de distintas organizaciones.

## 2. MARCO CONCEPTUAL.

### **2.1 Conceptos y definiciones de trabajo presencial, teletrabajo y diferencia con trabajo a distancia.**

El trabajo a distancia debe ser considerado una modalidad diferente del trabajo presencial en el centro de trabajo, dado que el trabajo se presta a distancia en el lugar elegido por el trabajador. La diferencia radica tanto en el lugar elegido para llevar a cabo la prestación del servicio como en la persona que elige donde se prestará el mismo.

A su vez, dentro del trabajo a distancia nos encontramos con una modalidad específica denominada teletrabajo, cuya especialidad estriba en que el trabajo a distancia se presta usando nuevas tecnologías, empleándose exclusivamente, o de forma dominante, medios o sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (TIC's).

Por lo tanto, se puede establecer que el trabajo a distancia constituye una especie diferente de trabajo más amplia y diferenciada del trabajo presencial en el que se engloba el teletrabajo por ser este una subespecie o modalidad de trabajo a distancia que implica el uso de nuevas tecnologías.

El propio RDL 28/2020, en su artículo 2, y a los efectos de lo establecido en el mismo, preceptúa las definiciones de trabajo presencial, a distancia y teletrabajo incidiendo en las diferencias anteriormente señaladas.

### **2.2 Marco legislativo.**

#### *2.2.1 Análisis marco jurídico anterior.*

Nuestra legislación anterior no desarrollaba los contenidos del Acuerdo Marco Europeo suscrito en 2002. Además, el 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 (en adelante RDLeg 2/2015 o ET) en su artículo 13, regulaba someramente determinados aspectos del trabajo a distancia que, a todas luces, la

actual crisis sanitaria ha revelado insuficiente (Europa Press, 2020). Por ello, con el fin de solucionar esa necesidad normativa, el RDL 28/2020, busca normalizar esta modalidad de trabajo y dotar al mismo de las herramientas necesarias para que, en aras de una seguridad jurídica, tanto empresas como trabajadores cuenten con una protección global que garantice el uso adecuado del mismo (RDL 28/2020, Exposición de motivos).

### *2.2.2 Normativa interna española: Estatuto de los trabajadores, art 13.*

A nivel interno, el trabajo a distancia quedaba fundamentalmente regulado en el RDLeg 2/2015, concretamente en su artículo 13 ET, posteriormente modificado mediante la disposición final tercera del RDL 28/2020, remitiendo la regulación del trabajo a distancia a la citada norma.

Este artículo, recientemente derogado, establecía que el acuerdo de trabajo a distancia se debía formalizar por escrito, pudiendo celebrarse al inicio de la prestación de servicios o con posterioridad, resultando de aplicación las reglas que el artículo 8.4 ET establece para la copia básica del contrato de trabajo (RDLeg 2/2015).

En cumplimiento de lo dispuesto en la normativa europea sobre teletrabajo y en los convenios internacionales en esta materia, el artículo 13.3 del ET confiere los mismos derechos a estos trabajadores que los reconocidos para los trabajadores que prestan sus servicios de modo presencial. El texto legal, redundante en la igualdad retributiva entre estos trabajadores y garantiza, entre otros, el derecho a la adecuada protección en materia de seguridad y salud, resultando de aplicación lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) y su normativa de desarrollo (Iberley, 2020).

Por otro lado, el RDL 28/2020 en su disposición final tercera también modifica el artículo 23.1 a) relativo a permisos del trabajador y el artículo 37.8 relativo a víctimas de género y víctimas del terrorismo, ambos del Estatuto de los Trabajadores, que quedarán adaptados a lo dispuesto en la nueva norma.

Un escaso marco legal anterior, aparentemente, y según la propia exposición de motivos, se ha visto superado por la realidad de un nuevo marco de relaciones

laborales marcado por un fuerte impacto de las nuevas tecnologías (RDL 28/2020).

En este sentido, el legislador ha considerado insuficiente lo dispuesto en el derogado artículo 13 al entender que la extensión y normalización del trabajo a distancia se estaba realizando sin un marco legal suficiente que permita establecer las certezas y garantías necesarias, pudiendo así distorsionarse las relaciones laborales en esta materia. Del mismo modo, considera se puede afectar a las condiciones que tienen la consideración de esenciales tanto en el marco constitucional y legislativo como en las normas internacionales y comunitarias por cuanto establecen “un suelo social mínimo” (III Exposición de Motivos RDL 28/2020).

### *2.2.3 Normativa comunitaria: Acuerdo Marco Europeo.*

En julio del año 2002 en el ámbito comunitario, se firmó el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo que fue posteriormente revisado en 2009. Su objeto fue normalizar y garantizar a los trabajadores a distancia unas condiciones laborales y una protección global similar al resto de trabajadores y compaginarlas con las necesidades de flexibilidad y seguridad propias del mercado de trabajo (Eur-Lex, 2005).

El Acuerdo Marco Europeo es especialmente importante por ser el primer acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales, como la Confederación Europea de Sindicatos (CES) o la Unión de Confederaciones de la Industria (UNICE), entre otros (Eur-Lex, 2005).

Este acuerdo da una definición más amplia que podría cubrir otras formas distintas de trabajo a distancia regular y que excedería por lo tanto la exclusividad del teletrabajo.

Además, en él se establecen unos principios rectores que las normas de desarrollo posteriores recogerán en sus articulados (Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 2020), estos son:

- i. El carácter voluntario bilateral para trabajador y empresa, que puede formalizarse por escrito *ab initio* de la relación laboral o puede ser adoptado posteriormente.

- ii. Se otorga una protección global a los trabajadores a distancia por cuanto iguala sus derechos con aquellos trabajadores que prestan sus servicios presencialmente.
- iii. Por lo general, el empresario proporcionará, instalará y mantendrá los equipos necesarios para la actividad, estableciendo la excepción de que el personal trabajador aporte su propio equipo. Esta posibilidad, como se analizará más adelante, no es permitida por el legislador español que expresamente la prohíbe en el artículo 17.2 del RDL 28/2020.
- iv. Corresponderá al empresario la protección de los datos utilizados por el trabajador con las medidas que estime adecuadas para garantizar la protección de los mismos, debiendo además respetar la privacidad de los trabajadores a distancia y la inviolabilidad del domicilio. Anexo a estos derechos regulará el derecho que tiene el trabajador a distancia de una formación adecuada y el derecho a la promoción profesional en los mismos términos que los trabajadores presenciales.
- v. La empresa debe proteger la salud y la seguridad de los trabajadores a distancia con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 89/391/CEE y las directivas específicas, legislaciones nacionales y convenios colectivos. Se procede a regular esta materia de forma genérica siendo un aspecto muy delicado al realizarse la prestación de servicios, normalmente en el domicilio. Serán las legislaciones nacionales de los países miembros las que, en coherencia con lo dispuesto en la normativa interna, regulen aspectos relativos al acceso al domicilio. No obstante, este acuerdo establece que se requeriría una notificación previa y el consentimiento del teletrabajador.
- vi. El trabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo cumpliendo con lo establecido legislativamente y ofreciendo unos resultados equivalentes a los de los trabajadores que prestan su servicio en los locales del empresario. Por otra parte, la empresa facilitará una forma de organización similar a aquella que habría podido realizarse en sus locales.

El Acuerdo Marco Europeo, fruto del consenso entre los interlocutores sociales, dibujará el escenario general de una modalidad de trabajo que las nuevas

tecnologías van a favorecer y que facilita la flexibilización de la prestación de trabajo al amparo de un articulado que garantice una protección global de estos trabajadores.

#### *2.2.4 Normativa internacional: Organización Internacional del Trabajo (OIT).*

Brevemente reseñar que la OIT regula en su convenio número 177 y en la recomendación número 184 el trabajo a domicilio.

Este convenio considera las condiciones particulares que caracterizan el trabajo a distancia e incita a mejorar la aplicación del mismo, dotando de una determinada protección a los trabajadores a distancia.

Además, establece que el trabajo a distancia se prestará bajo la condición de trabajador asalariado exigiendo un carácter regular en la prestación del servicio y excluyendo del mismo los realizados ocasionalmente en el domicilio (OIT, C177).

Finalmente se debe indicar, que este convenio determina que el empleador deberá informar a la autoridad competente nacional cuando se inicie el trabajo a distancia y deberá llevar un registro con todos los trabajadores afectados indicando extremos como el plazo o duración, la tasa de remuneración, los costos asumidos por el trabajador y el reembolso de los mismos, etc (OIT, C177).

### **2.3 Aspectos normativos laborales de la regulación legal del trabajador a distancia.**

#### *2.3.1 Finalidad, objetivo y fundamento.*

En la extensa exposición de motivos del RDL 28/2020, el legislador concibe la modalidad de trabajo a distancia como un instrumento adecuado para modernizar la organización del trabajo tanto en empresas como en el sector público, otorgando una mayor autonomía a los trabajadores en la prestación de servicios.

Así, la finalidad de la norma es dotar de una regulación idónea que, incorporada en una norma sustantiva única, equipare las nuevas modalidades de trabajo por cuenta ajena, solucionando a su vez las necesidades existentes en relación con esta materia (RDL 28/2020).

El legislador expone por tanto que debe llenar un vacío legislativo existente y considera a la negociación colectiva como una herramienta imprescindible que vendrá a completar esta norma. Esta intención del legislador provoca un evidente exceso regulatorio aportando, en muchos casos, pocos aspectos novedosos a la prestación de trabajo bajo esta modalidad. Como se analizará más adelante, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia son la misma modalidad y confluyen en las mismas características, con la única particularidad instrumental dado que se presta con una aplicación intensiva de las nuevas tecnologías TIC's.

Una teórica exposición de motivos establece que la regulación se desarrollará sobre tres pilares básicos:

- i. En primer lugar, su definición, que supera la que aporta el artículo 13 ET introduciendo un mayor grado de especificación (RDL 28/2020, Exposición de motivos). El legislador pretende dotar a la norma de una mayor protección y poca rigidez apelando al carácter regular de esta forma de prestación de trabajo. Es cuanto menos cuestionable, que el legislador cumpla con este objetivo dado que el artículo 1 RDL 28/2020 al delimitar qué se considera trabajo regular encorseta, desde el punto de vista práctico, ese concepto de flexibilidad que predica la norma y parece que deja innecesariamente, fuera del amparo de esta norma muchas prestaciones de trabajo “híbridas”. Sin embargo, este tipo de prestación de trabajo mixta entre trabajo presencial y no, bien podría suponer una herramienta que abrace las ventajas del trabajo a distancia y evite muchos de sus inconvenientes, como el autismo social.
- ii. En segundo lugar, la norma regulará su carácter voluntario bilateral adoptado de común acuerdo entre las partes y redactado por escrito previamente al inicio de esta modalidad de prestación de servicios. El Acuerdo de Trabajo a Distancia recogerá un contenido mínimo que puede ser ampliado recogiendo con claridad y transparencia el contenido de los elementos esenciales para esta prestación de servicios.



En este aspecto, se observa una clara incoherencia con el procedimiento dispuesto en la disposición final segunda por cuanto se otorga al trabajador exclusivamente la legitimación activa para reclamar en sede judicial aspectos relativos al acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia. Esta unilateralidad, choca de lleno con lo dispuesto en la exposición de motivos, en las normas que la anteceden y en el desarrollo que el legislador acometerá en el articulado de la norma.

Además, la norma vendrá a establecer una serie de limitaciones relacionadas con el trabajo de los menores y los contratos formativos y todas aquellas relacionadas con una prestación de trabajo al amparo de lo dispuesto en la normativa de prevención de riesgos laborales.

- iii. En tercer lugar, el legislador otorgará a estos trabajadores las mismas condiciones de trabajo que tienen los trabajadores que prestan su servicio en el centro de trabajo sin que los trabajadores puedan verse perjudicados en su formación o promoción profesional por el hecho de trabajar fuera de los locales de la empresa. Para garantizar que estos trabajadores no son perjudicados, legislará la obligación por parte de las empresas de entregar e instalar equipos y los medios necesarios para la adecuada prestación de servicios asumiendo los costes asociados a su uso y mantenimiento. Por otra parte, garantizará el derecho a la intimidad, a la protección de datos y a la desconexión digital dentro de un marco flexible en la organización del tiempo de trabajo.

### *2.3.2 Exposición de motivos: necesidad de una nueva regulación. Su justificación como medida de contención sanitaria derivada de la Covid-19.*

El trabajo a distancia es una realidad común a muchas formas de trabajo autónomo. La prestación de trabajo en el domicilio ha sido una realidad que ha flexibilizado la prestación de servicios y en muchos casos permitido una adecuada conciliación de la vida personal y profesional (La Vanguardia, 2020).

Ya en el año 1995, nuestra normativa interna española modificó la ordenación del tradicional trabajo a domicilio. Sin embargo, ¿resultaba esa regulación

obsoleta? Ciertamente, el uso de las TICs en la empresa debe garantizar el derecho a la intimidad y a la protección de datos que no se daba en la legislación anterior y el legislador, en esta materia, debe evitar un uso inadecuado de estos avances tecnológicos por parte de las empresas.

Por otra parte, la actualidad ha evidenciado que estos avances suponen una herramienta clave para reducir el impacto económico-laboral que ha supuesto la crisis sanitaria y pandemia a nivel mundial, además se ha constatado que el trabajo a distancia resulta una medida de contención eficaz frente a la Covid-19 (Iberley, 2020).

En el marco de la Unión Europea, la normativa interna de España no había avanzado, en esta materia, a la misma velocidad de los países de nuestro entorno y los agentes sociales pedían por ello esta regulación. En este sentido, UGT, en su publicación “El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y Propuestas” revela que, con relación a otros países europeos, España presenta una diferencia porcentual del 91,6% de trabajadores que nunca habían teletrabajado. Este porcentaje baja hasta el 85,4% porcentual en el resto de los países europeos (Hermoso et al., 2020). Además, la propia Exposición de Motivos del RDL 28/2020 señala que Finlandia alcanzó el 70% de trabajadores teletrabajadores durante la pandemia, siendo sólo de un 30% los trabajadores finlandeses que no han trabajado a distancia nunca (RDL 28/2020). En España, los datos se mantienen a la inversa, siendo durante la pandemia trabajadores a distancia solamente un 34% (Lapuente, 2020), si bien es cierto que nuestro país presenta una estructura económica diferente y quizás no facilite esa prestación tan generalizada ni con una ley específica que regule la prestación de trabajo a distancia ni sin ella.

La exposición de motivos enumera sistemáticamente estos principios pudiendo parecer una regulación novedosa del trabajo a distancia, pero en realidad resulta carente de efectividad.

### *2.3.3 Evolución económica global y su justificación.*

La actual pandemia y las necesidades de contención de la misma han trastornado significativamente la realidad macroeconómica a nivel mundial. La alteración abrupta de la evolución económica global, con caídas pronunciadas en la actividad y en el empleo provocada por la irrupción de la Covid-19 justifica la adopción de nuevas medidas legislativas que regulen esta nueva realidad laboral (II Exposición de motivos RDL 28/2020).

El PIB de la economía española ha sufrido la mayor contracción inter trimestral de su historia, siendo el impacto de esta crisis especialmente acusado sobre el empleo, con una reducción significativa de las afiliaciones a la Seguridad Social (Banco de España, 2020). No hemos de olvidar que están acogidos, según nota de prensa de La Moncloa de 05/01/2021, a expedientes de regulación de empleo 755.000 trabajadores y que la evolución de la pandemia determinará el impacto total sobre el tejido productivo y el potencial de crecimiento (La Moncloa, 2021).

La exposición de motivos del RDL 28/2002 afirma que el hecho de que el trabajo se realice en nuevos entornos deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y de un tiempo concreto y favorece la flexibilización en la prestación de servicios. Así, el legislador considera que la nueva regulación tiene efectos positivos sobre las relaciones laborales, por cuanto la flexibilización del tiempo de trabajo favorece la conciliación de la vida laboral y personal y supone una reducción de costes en las oficinas y ahorro de costes en los desplazamientos. También considera que la figura del teletrabajo supone una mejora de la formación y empleabilidad de las personas trabajadoras y estimula cambios organizativos en la empresa. Por otra parte, disminuye la contaminación al reducir el número de desplazamientos en las ciudades y supone un ahorro energético para las empresas (RDL 28/2020).

Además, asegura el legislador, la ley pretende paliar aquellos efectos negativos del trabajo a distancia como pueden ser, el tecnoestrés, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral, etc.

Finalmente, las autoridades sanitarias han considerado que el trabajo a distancia contribuye a la contención de la pandemia provocada por la Covid-19 pero que

la ausencia normativa en esta materia, en palabras del legislador, se ha traducido en una suerte de desequilibrio de derechos y obligaciones entre empresas y personas trabajadoras (RDL 28/2020).

### 3. REAL DECRETO-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA.

#### **3.1 Introducción.**

El trabajo a distancia se asienta sobre tres principios rectores que la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2020 establece: la definición de trabajo a distancia, la voluntariedad y el reconocimiento expreso de derechos a los trabajadores que opten por esta modalidad de trabajo.

La nueva regulación que hace el RDL 28/2020 recoge los contenidos del Acuerdo Marco Europeo en esta materia, y los desarrolla a lo largo de 22 artículos partiendo del carácter voluntario de esta modalidad de trabajo.

En el estudio de esta norma encontramos dos ejes vertebradores de la modalidad de trabajo a distancia. El primer eje será el Acuerdo de Trabajo a Distancia (ATD) al que el legislador confiere un contenido mínimo dejando en manos de la negociación colectiva determinados aspectos susceptibles de modificación. El ATD, fruto del consenso con los agentes sociales antes de su aprobación, adquiere una importancia dominante en el texto normativo que se complementará con la negociación colectiva como un instrumento que, en el ejercicio de los derechos colectivos del trabajador, acote vacíos e inconcreciones que el texto regulador contiene. El segundo eje establecido por el legislador será el reconocimiento de derechos individuales y colectivos a estos trabajadores a distancia. El desarrollo legislativo de los derechos individuales se basa en una igualdad de derechos entre personas trabajadoras a distancia y aquellas que prestan sus servicios en el centro de trabajo e incide en el derecho a una dotación de medios y equipos por parte del empresario, regulando explícitamente la compensación de gastos. La flexibilización de la jornada de trabajo que impera en el texto normativo constituye un derecho de los trabajadores a distancia y como tal es regulada. Para ello se analizarán todos los aspectos prácticos derivados de su aplicación y las limitaciones que la voluntad del legislador impone en el texto. El uso intensivo de las nuevas tecnologías en el domicilio del trabajador no debe desvirtuar el derecho que ampara a estos trabajadores de una

adecuada protección en materia de seguridad y salud en su trabajo. Todos estos aspectos serán analizados teniendo en cuenta el derecho que asiste al trabajador y el derecho que tiene el empleador a organizar, dirigir y controlar los medios de producción dentro de unos límites y con las garantías establecidas en el propio texto legal y demás normas que le son de aplicación.

### **3.2 Ámbito de aplicación.**

#### *3.2.1 Relaciones de trabajo descritas en el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores RDL 2/2015, de 23 de octubre.*

El propio texto normativo establece el ámbito de aplicación concreto de la norma, esto es, las relaciones de trabajo en las que se den las condiciones descritas en el ET art.1.1 que se desarrollen con carácter regular.

En este sentido, el hecho de que la prestación de servicios se lleve a cabo a distancia no desvirtúa el carácter laboral del vínculo, que no queda desmentido por la amplitud del grado de autonomía de que disponga el trabajador para ejecutar la prestación.

En el trabajo a distancia, la relación debe subsumirse en el marco de una relación laboral por cuanto debe realizarse dentro del ámbito de organización y dirección del empleador. La dependencia unida a la prestación personal retribuida del trabajo y a la ajenidad, se deben mantener en la prestación del trabajo a distancia como elementos vertebradores de la relación laboral.

De ello se deriva que el ámbito de aplicación del trabajo a distancia abarcará a todas las personas trabajadoras que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, que le emplea.

En segundo lugar, se exige la regularidad en dicha modalidad, entendiéndose para ello, que el trabajo a distancia en un periodo de referencia de tres meses alcance un mínimo del 30% de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato, prestado bajo esta modalidad.

Para que esta delimitación sea efectiva debe referirse al cómputo de la jornada laboral del convenio colectivo, habitualmente en términos anuales, y en su caso a la duración temporal del contrato.

La expresión “porcentaje proporcional equivalente” es controvertida. En este sentido, el profesor Durán López se ha referido de forma crítica a esta cuestión opinando que no queda claro si esta “equivalencia” que indica la norma se refiere al 30% de la jornada o al periodo de tres meses (Durán, 2020).

Además, el cómputo de esta regularidad, en palabras del inspector de Trabajo y Seguridad Social Antonio Benavides Vico puede conllevar en supuestos de jornada irregular a un difícil cálculo de aplicación, y una dificultad interpretativa en los contratos a tiempo parcial si en el porcentaje hay que incluir las horas complementarias. (Benavides, 2020).

Por otra parte, la disposición final tercera del Real Decreto- ley de 28/2020 dispone que el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores quedará redactado del siguiente modo: “Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia” (RDL 28/2020). El nuevo texto del artículo 13 deja sin validez jurídica lo dispuesto en el anterior artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores en el que no se establecía la necesidad de un carácter regular, no exigiendo un mínimo horario para ser incluido dentro del ámbito de aplicación del nuevo trabajo a distancia, siendo el anterior criterio que se realizase preponderantemente en el domicilio. De ello se debe deducir que todo el trabajo a distancia que se establezca con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto analizado en este trabajo deberá respetar ese carácter regular y esa limitación de un mínimo del 30% o del porcentaje que la negociación colectiva disponga.

Una vez establecida esta deducción cabe preguntarse, ¿qué ocurrirá con los trabajadores a distancia que realizaban de forma no presencial su trabajo?

Nos encontramos ante distintos escenarios (RDL 28/2020, disp.trans.primer), si estos trabajadores cumplían con el umbral porcentual de prestación de servicios establecidos en la nueva ley y su trabajo a distancia estaba regulado en contrato individual deben adaptarse al nuevo contenido antes del 14 de enero del 2021. Por otra parte, si su contrato de trabajo tiene una cláusula de prestación de

servicios a distancia establecida en virtud de lo dispuesto en un acuerdo colectivo o convenio, dependerá de que el convenio tenga una vigencia expresa, en cuyo caso debería adaptarse al nuevo texto a los tres meses siguientes al fin de su vigencia, o, en el caso de no tener una vigencia expresa antes del 14 de octubre del 2021. En cualquier caso, si se prorroga la vigencia del convenio se establecerá un plazo máximo de tres años. Pero ¿qué ocurrirá con los trabajadores que no llegan a ese umbral porcentual establecido en la nueva regulación?

Si ya estuvieran trabajando a distancia por debajo del mínimo exigido, continuarán con la prestación de servicios en los términos establecidos en el escenario anterior, pero, cuando se cumplan las vigencias, deberán abandonar esta forma de trabajo al quedarse fuera del ámbito de aplicación de esta normativa. Quedarían, del mismo modo excluidos, los trabajadores que no cumplieren *ab initio* con este umbral porcentual mínimo exigido en la ley.

La propia disposición adicional primera del RDL 28/2020 otorga a la negociación colectiva el reconocimiento como instrumento idóneo para cuantificar este porcentaje o periodo de referencia en términos inferiores a los fijados en real decreto-ley, a los efectos de calificar como “regular” esta modalidad de trabajo permitiendo, incluso, “un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad” y garantizando el derecho a la desconexión digital.

En este sentido, el Convenio Colectivo de la Confederación Española de Cajas y Entidades Financieras de ahorro (CECA) establece en su Disposición Adicional duodécima en referencia al trabajo no presencial inferior al 30% de la jornada de trabajo que a aquellos trabajadores que no alcancen el umbral porcentual establecido en el RDL 28/2020 se le dotaran de ciertos medios técnicos necesarios para el desarrollo de la actividad profesional pero no les será de aplicación lo dispuesto en el citado Real Decreto ni lo establecido en el artículo 14 del propio convenio (CECA, 2020).



### *3.2.2 Exclusiones generales, relaciones laborales de carácter especial y Personal Laboral al servicio de las Administraciones públicas.*

Del artículo 1 del Real Decreto Ley 28/2020 acorde a lo dispuesto en el artículo 1 del ET se deduce que los colectivos incluidos en el artículo 1.3 del mismo quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la norma del trabajo a distancia, por cuanto ya fueron excluidos del ámbito de aplicación del estatuto de los trabajadores de manera natural.

Además, la legislación laboral en el artículo 2 del ET considera que determinadas relaciones laborales deben ser objeto de una legislación especial que reconozca sus diferencias al amparo de los derechos básicos reconocidos por la constitución y que quedarán también excluidas del ámbito de aplicación del nuevo texto normativo (RDLeg 2/2015).

Todos estos colectivos deberán ser objeto de su propia regulación legal específica en materia de trabajo a distancia y teletrabajo como ya ha ocurrido con el Personal Laboral al servicio de las Administraciones públicas y lo dispuesto en el Real Decreto – ley 29/2020, de 29 de septiembre (en adelante RDL 29/2020) en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y el trabajo a distancia del funcionario público.

El RDL 29/2020 regula con carácter básico la prestación del servicio a distancia mediante el teletrabajo, adaptándola a la administración digital. En ella se considera el teletrabajo como una modalidad de trabajo a distancia que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la Administración para la prestación de servicios mediante el uso de nuevas tecnologías (RDL 29/2020).

Al tratarse de administraciones públicas al servicio del ciudadano ha de tenerse en cuenta que la digitalización pretendida no es real ni igual en todas las edades poblacionales y puede considerarse una brecha social en el ejercicio de los derechos de muchos ciudadanos, de ahí que será cada ámbito y cada

administración competente la que determine el porcentaje de la prestación de servicios que pueda desarrollarse bajo esta fórmula. Así, debe garantizarse la atención directa presencial a la ciudadanía, garantía que en muchos casos se está incumpliendo como podría ser en el caso de la Tesorería General de la Seguridad Social que sigue sin dar citas presenciales a los ciudadanos (Cia, 2020).

El Estatuto Básico del Empleado Público ya establecía en el capítulo V del título III relativo a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones que la prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial, voluntaria, reversible y será la negociación colectiva la que determine el acceso a esta modalidad (Real Decreto Legislativo 5/2015).

### *3.2.3 Limitaciones en el trabajo a distancia.*

Bajo esta rúbrica se establecen en realidad reservas o limitaciones a la celebración de esta modalidad de trabajo a distancia dado que se excluyen expresamente de la norma, a los trabajadores menores de edad.

En cambio, en los contratos formativos, los contratos en prácticas y los contratos para la formación y el aprendizaje, sí se establece una verdadera limitación dado que solamente es posible acogerse a esta modalidad cuando se garantice, como mínimo, un porcentaje del 50 % de prestación de servicios presencial, sin computar en ese porcentaje la formación en modalidad telemática de la formación teórica vinculada a estos últimos (Iberley, 2020). Por lo tanto, se establece un mínimo de presencia produciéndose una realidad mixta entre trabajo presencial y no presencial que puede ser modificada ampliando el modo presencial por los convenios o acuerdos colectivos siempre que estos contratos formativos no se celebren con menores de edad.

En relación a ello, se entiende que la norma justifica esta limitación en el caso del trabajo de los menores por su mayor vulnerabilidad, necesidad formativa y

descanso y la mayor posibilidad de que estos sean afectados por los riesgos inherentes a esta modalidad de trabajo tales como la fatiga física y mental, el aislamiento social, etc. considerando más apropiada la modalidad de trabajo presencial para ellos.

En general, aunque no se establecen en el artículo 3 del RDL 28/2020, la disposición transitoria tercera del mismo establece que cuando el trabajo a distancia se haya implantado excepcionalmente en la empresa con carácter prioritario como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19 ( art.5 del Real Decreto-ley 8/2020) y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria, lo que excluye en esos supuestos, la aplicación de la nueva normativa regulada de trabajo a distancia.

No se debe olvidar que fue declarado el carácter preferente del trabajo a distancia (RDL 8/2020) para garantizar que la actividad empresarial se reanudase con normalidad tras la crisis sanitaria y para mantener la actividad adoptando las medidas oportunas, técnica y razonablemente posibles, siempre que el esfuerzo de adaptación fuese proporcionado y situaba el trabajo a distancia como prioritario frente al cese temporal o reducción de la actividad.

Por lo tanto, aquellas empresas que hubieran optado por el trabajo a distancia o el teletrabajo en las primeras fases de la pandemia quedarán excluidas del ámbito de aplicación del RDL 28/2020 y se mantendrán al amparo de la legislación ordinaria pareciendo que la compensación de los gastos soportados durante el trabajo a distancia por el trabajador serán objeto de negociación colectiva como se ha indicado.

Esa legislación ordinaria solamente fue modificada en el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al determinar la obligatoriedad de que el puesto de trabajo fuese debidamente evaluado, estableciendo de manera poco seria que sería el propio trabajador el que realizase la autoevaluación voluntaria de su puesto de trabajo.

En este sentido, parece que carece de coherencia el regular una norma específica para el trabajo a distancia y dejar excluida de ella precisamente a las empresas durante la pandemia hicieron las adaptaciones necesarias para mantener el trabajo bajo la modalidad de trabajo a distancia.

### **3.3 El acuerdo de trabajo a distancia (ATD).**

#### *3.3.1 Acuerdo individual: voluntariedad y garantía de reversibilidad.*

En el artículo 5.1 de la Sección 1ª del Capítulo II del RDL 28/2020 se establece la voluntariedad como uno de los principios rectores del trabajo a distancia.

El carácter voluntario del trabajo a distancia es tanto para el trabajador como para la empresa y no se puede imponer a ninguno de las partes: para ello, será necesario la firma de un acuerdo entre las partes. En consecuencia, no puede ser impuesta como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

El trabajo a distancia implica una transformación del régimen contractual ya que afecta a la esfera personal del trabajador siendo imposible la imposición del mismo al exceder el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41. En esta línea, el TS social de 11 de abril del 2005 se pronunció avalando la tesis consensual y recordando el carácter voluntario del trabajo a distancia, no pudiendo imponerse el teletrabajo al empleado (STS 143/2004). Esta voluntariedad nace de la aplicación del Código Civil y de su artículo 1091 por el que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y del artículo 1256 que delimita la imposibilidad de dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato.

Además, el artículo 5.2 del RDL 28/2020 establece que la negativa del trabajador a trabajar a distancia y el ejercicio de la reversibilidad al trabajo

presencial no podrán ser causas justificativas de la extinción de la relación laboral.

La garantía de reversibilidad sí constituye un derecho subjetivo tanto para empresa como para trabajador y como tal lo establece el propio artículo 5.3 del texto normativo objeto de análisis. Esta garantía de reversibilidad está limitada por lo que la negociación colectiva disponga o en su defecto por lo estipulado por las partes en el acuerdo de trabajo a distancia (ATD).

Conforme a lo dispuesto en el RDL 28/2020 el derecho a la reversibilidad no resultaría de aplicación a los contratos realizados desde el inicio para prestar servicios a distancia durante la totalidad de la jornada.

En este sentido, el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro ha sido el primero en incorporar la nueva regulación del trabajo a distancia delimitando aspectos generales y dando una mayor importancia al ATD como verdadero protagonista de la regulación del trabajo a distancia (CECA 2020).

### *3.3.2 Obligaciones formales de ATD.*

La formalización de un acuerdo de trabajo a distancia entre las partes que detalle las condiciones en las que se prestará el trabajo a distancia adquiere una importancia singular.

Es por ello por lo que el artículo 6 del RDL 28/2020 regula detallando las tres obligaciones formales que deben imperar en el trabajo a distancia.

- i. En primer lugar y conforme a lo dispuesto en los artículos 5.1 y 6.1 del texto normativo objeto de análisis, el acuerdo debe realizarse por escrito dotándolo de validez jurídica y debe ser formalizado previamente al inicio de la prestación de servicios bajo esta modalidad, no siendo posible una firma a posteriori.
- ii. En segundo lugar, el acuerdo puede ser incorporado al contrato de trabajo inicialmente o realizarse en un momento posterior.

- iii. En tercer lugar, la empresa entregará a la representación legal de los trabajadores, si la hubiere, copia del documento ATD en un plazo no superior a diez días. En ausencia de representación legal de los trabajadores, la copia básica aludida anteriormente será remitida a la oficina de empleo.

El incumplimiento de estas obligaciones se tipifica como infracción grave en la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (en adelante LISOS), sancionable con multa de 626 euros hasta 6.250 euros conforme al artículo 40.1 LISOS en relación con el artículo 7.1 LISOS, que ha sido modificado por la disposición final 1ª del RDL 28/2020.

### *3.3.3 Contenido del ATD.*

El acuerdo de trabajo a distancia constituye un documento contractual que debe respetar un contenido mínimo obligatorio que predetermina el RDL 28/2020. Se trata en todos los casos, de un contenido mínimo pudiendo las partes ampliar el contenido del ATD adaptándolo a la casuística concreta del puesto de trabajo, pudiendo también, la negociación colectiva completar y desarrollar su contenido (RDL 28/2020).

El artículo 7 del RDL 28/2020 establecerá de forma detallada el contenido mínimo obligatorio del ATD regulando exhaustivamente aquellos extremos que el mismo debe contener en aras de proporcionar una mayor seguridad jurídica. Sin embargo, este artículo viene a reiterar el contenido que constituirán los derechos de las personas trabajadoras a distancia y que el capítulo III desarrollará legislativamente.

El ATD deberá contener, como mínimo, determinados aspectos (RDL 28/2020):

- i. El inventario de medios materiales facilitados por la empresa y la compensación de gastos a efectuar. Se incluirían tanto los equipos propiamente dichos como los consumibles y muebles necesarios para la

prestación del servicio. El acuerdo debe determinar cuáles son, la vida útil de los mismos y el periodo máximo para su renovación.

- ii. El horario de trabajo, aunque la prestación de servicios se produzca a distancia no se desvirtúa el hecho de que la duración de la jornada sea igual al resto de trabajadores.
- iii. Las reglas de disponibilidad, ya que el trabajador deberá garantizar su correcta localización y disponibilidad para cualquier tipo de comunicaciones y contactos con la empresa y las franjas horarias en las que el trabajador deberá estar prestando sus servicios.
- iv. El porcentaje y distribución entre el trabajo presencial, que no podrá ser modificado unilateralmente.
- v. El centro de trabajo al que el trabajador quedará adscrito y el lugar de trabajo elegido por el trabajador. Solamente si considera la empresa que el lugar elegido no cumple lo dispuesto en la normativa de seguridad y salud de los trabajadores se puede oponer al lugar establecido por el propio trabajador.
- vi. Medios de control empresarial de la actividad, instrucciones dadas por la empresa en materia de protección de datos y seguridad de la información. La empresa podrá adoptar cuantas medidas de control estime oportunas para verificar el correcto uso de los medios puestos a disposición del trabajador y el cumplimiento de sus obligaciones laborales con el único límite de garantizar adecuadamente el derecho a la intimidad del trabajador. La empresa es responsable de adoptar las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos y el acuerdo contendrá instrucciones precisas sobre la seguridad de la información estando el trabajador obligado al cumplimiento de las mismas.

- vii. Procedimiento a seguir en caso de dificultades técnicas que impidan el trabajo a distancia, siendo la empresa la titular de los bienes de producción y estando obligada a mantener, reparar o sustituir los mismos, el acuerdo debe detallar los cauces para que la empresa cumpla con esta disposición. Se deben establecer los tiempos de aviso para el acceso al domicilio, consentimientos y procedimientos a seguir por ambas partes en aras de evitar una dilación innecesaria en la reanudación de la prestación del trabajo a distancia.
  
- viii. Duración del acuerdo y plazos de preaviso para el ejercicio de la reversibilidad. Las partes pueden pactar libremente la duración del acuerdo a distancia pudiendo ser indefinido o limitado en el tiempo pudiendo, incluso, quedar condicionado al cumplimiento de determinados aspectos por parte del trabajador o de la empresa.

La modificación de las condiciones establecidas en el ATD deberá realizarse siempre por escrito con carácter previo a su aplicación y ser notificadas a los representantes legales conforme a lo dispuesto en la propia normativa que lo desarrolla (RDL 28/2020, art 8).

Así, dada la importancia que tiene el acuerdo de trabajo a distancia y que será la documental sobre la que a nivel práctico se sustente el ejercicio del trabajo a distancia, es de vital importancia que este contenga los mínimos dispuestos en la ley con la mayor de las precisiones posibles para evitar que la prestación de servicios a distancia se convierta en un foco de litigiosidad entre empresa y trabajadores. De igual modo, en el ATD se pueden incluir las cláusulas adicionales que las partes consideren necesarias para salvar aquellos escollos que la normativa que actualmente analizamos pueda plantear tales como, el autismo social, la conciliación efectiva de la vida personal y profesional, la garantía efectiva a una desconexión digital o aspectos en materia de prevención y salud laboral que el RDL 28/2020 deja completamente en el aire.



#### 4. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A DISTANCIA.

##### **4.1 Derechos individuales del trabajador a distancia.**

###### *4.1.1 Derecho a la carrera profesional: promoción profesional y formación del trabajador.*

La sección primera del RDL 28/2020 objeto de análisis regula de forma detallada el derecho a la carrera profesional, insertando dentro de esta sección el derecho a la promoción profesional y a la formación del trabajador.

El derecho a la formación nace del propio artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores y del contenido adaptado que el artículo 9 del RDL 28/2020 realiza. En este sentido, la persona trabajadora tiene derecho a la formación profesional continua, dado que esto le permitirá avanzar de forma similar a sus compañeros que trabajan de forma presencial y tener las mismas oportunidades. No debe olvidarse que la formación será a cargo de la empresa, se considerará tiempo de trabajo efectivo, como tal será retribuido y en lo posible debe adaptarse a las características del trabajo a distancia.

La nueva regulación incide en que se debe garantizar la participación real en las actividades formativas de la empresa de los trabajadores a distancia. Con este derecho, a todas luces, se pretende paliar uno de los efectos negativos del trabajo a distancia dado que el aislamiento físico del trabajador a distancia puede traducirse en que el mismo se quede obsoleto profesionalmente perdiendo parte de sus habilidades y competencias. Así, estas jornadas de formación y las iniciales que deben facilitarse por parte de la empresa para adaptarse a la tecnología propia del trabajo a distancia deberían realizarse de forma presencial en aras de una efectiva integración en el equipo de trabajo. Además, la precisión legislativa del artículo 9.2 del RDL 28/2020 vendría a evitar que el trabajador sufriese un despido disciplinario por falta de adaptación a las nuevas tecnologías

o que fuese despedido por una bajada en el rendimiento normal de su puesto de trabajo por una falta de utilización adecuada de los medios tecnológicos dispuestos para el trabajo a distancia.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 del ET, el trabajador a distancia tiene derechos como el disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes y la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para asistir a cursos de formación. El modo específico de disfrute de estos permisos conforme a lo dispuesto en el artículo 23. 3 del ET se fijará de mutuo acuerdo entre las partes (RDLeg 2/2015).

Finalmente, el artículo 10 del texto objeto de estudio considera a la promoción profesional como un derecho de los trabajadores a distancia estableciendo que la empresa deberá informar de forma expresa y por escrito de las posibilidades de ascenso que se vayan produciendo, tanto en puestos de trabajo presenciales como a distancia. De esta forma se trata de garantizar la ausencia de discriminación del trabajador a distancia que puede ver truncadas sus expectativas de futuro por el hecho de trabajar de forma no presencial.

En este sentido, el derecho a la promoción profesional es un derecho tradicionalmente recogido en la normativa laboral que supone la facultad de acceder a un trabajo más cualificado o mejor remunerado que para el trabajador pueda suponer mejores expectativas en su futuro laboral (RDLeg 5/2015).

*4.1.2 Derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipo y herramientas y el derecho al abono y compensación de gastos: estudio en su conjunto, tratamiento fiscal y cotizaciones a la seguridad social.*

Con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley de trabajo a distancia, la empresa Repsol ha sido un ejemplo de implantación del teletrabajo, destacando su libro llamado “el libro blanco del teletrabajo en Repsol”. En él se regula, entre otras cosas, como la empresa dotará técnicamente al trabajador de los medios necesarios para la prestación de servicios. Entre ellos se menciona un

teléfono móvil, ordenador portátil, conexión ADSL o subvención para contratarla, entre otros. (Repsol, 2013).

En cualquier caso, se deduce de la interpretación de la norma reguladora de esta materia (RDL 28/2020 art. 12.1 y art. 12.2) que estos gastos derivados del trabajo a distancia corren siempre a cargo del empresario y que no podrá suponer por parte de la persona trabajadora la asunción de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de la actividad laboral. El punto de partida radica en que la modalidad del trabajo a distancia no puede suponer un mayor coste para el trabajador en sus comunicaciones, por lo que, si ha cambiado su forma personal de acceso a internet, contratado más datos o llevado a cabo mejoras técnicas que posibiliten el trabajo a distancia, estas deben ser cubiertas por la empresa. Por otra parte, la empresa no puede obligar al trabajador a usar sus propios dispositivos ni a instalar programas o aplicaciones de la empresa en ellos (RDL 28/2020).

Por ello, en aras de una seguridad jurídica tendente a evitar una excesiva litigiosidad debe ser la negociación colectiva la que, en cumplimiento de los dispuesto en el artículo 7.b) del RDL 28/2020 sobre el contenido mínimo del ATD, concrete y delimite estos gastos.

En esta línea, y tras la aprobación del RDL 28/2020, el Convenio Colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de ahorro (CECA) reconoce en su artículo 14 la importancia del trabajo a distancia y teletrabajo derivada del avance de las nuevas tecnologías. En su apartado 6 delimitará la dotación de medios y compensación de gastos derivados del trabajo a distancia en virtud de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 RDL 28/2020. En particular, se establece que la empresa deberá proporcionar a las personas que teletrabajen los medios necesarios para el desarrollo de la actividad profesional. Entre ellos se mencionan dispositivos como un teléfono móvil con línea y acceso a internet, un ordenador o elementos como una silla ergonómica si así lo solicita el trabajador. Por otro lado, el artículo 14.6 del citado convenio establece la opción de la empresa de dotar al trabajador de una compensación de hasta 130 euros por medios como la pantalla o el ratón. Además, se preceptúa el abono al trabajador

de hasta la cantidad de 55 euros mensuales por los gastos restantes que este pueda tener por su prestación de servicios a distancia (CECA, 2020).

Se trata de un ejemplo de una regulación detallada por parte de la negociación colectiva de la dotación y mantenimiento de medios y la compensación de los gastos. En este caso, se determina a modo de inventario los bienes necesarios para trabajar a distancia y se regula la compensación económica del gasto en el que, en este sentido, incurra el trabajador.

En relación con los gastos fijos incurridos por el trabajador y que a todas luces deberán ser soportados por la empresa, es evidente que se abre otro aspecto controvertido que se irá delimitando por los juzgados de lo social. Son habituales las discrepancias de la Agencia Tributaria en otros colectivos como profesionales autónomos que realizan su actividad en el domicilio del sujeto pasivo. En este sentido, la Dirección General de Tributos en consulta vinculante V2310/2018 ha venido a determinar que el uso compartido de suministros para fines profesionales y personales debe ser aplicado en primer lugar, bajo el criterio de la proporcionalidad de los metros o del espacio afecto a la actividad y en segundo lugar, bajo un criterio temporal estableciendo la regla de la exclusividad de 8 horas diarias durante 5 días a la semana, esto es la compensación del gasto de un 30% sobre los metros afectos a la actividad profesional (DGT, 2018). Del mismo modo, la Consulta Vinculante V3461-20, de 30 de noviembre de 2020 resuelta por la Dirección General de Tributos considera que la realización esporádica de la actividad profesional desde el domicilio durante la pandemia no permite la deducibilidad de los gastos en suministros por el trabajador autónomo soportados (DGT, 2020).

Es evidente que la cuantificación de ese gasto es difícil máxime cuando depende de factores externos como la climatología, el tamaño y la orientación de la vivienda y otra serie de condicionantes que varían de un trabajador a otro y que pueden ser origen de continuos conflictos judiciales.

Por otra parte, esta compensación no es salario, tampoco debe considerarse como complemento salarial, por el contrario, se trata de un complemento

indemnizatorio coincidente con un complemento extrasalarial, con una función claramente resarcitoria y reparadora del gasto ocasionado.

Si analizamos el tratamiento fiscal y su cotización a la Seguridad Social debemos partir de la base de que nada regula o nada se intuye en esta materia en el RDL 28/2020. En principio, y según lo dispuesto en los artículos 6 y artículo 7 de la Ley 35/2006 del impuesto de la Renta de las personas físicas (en adelante LIRPF), la compensación de este gasto dada su naturaleza extrasalarial debe considerarse precisamente por ese carácter indemnizatorio, exento de tributación (LIRPF). Esta ausencia de regulación específica en esta materia lleva a analizar qué consideración fiscal se les daría a aquellas cantidades abonadas por encima del gasto real soportado tendentes a compensar al trabajador a distancia. En este supuesto, la cantidad excedida perdería su condición resarcitoria y, por lo tanto, sí sería objeto de tributación conforme a lo dispuesto en la normativa del impuesto.

Una segunda cuestión es, ¿qué ocurriría fiscalmente con los equipos y medios entregados para desarrollar el trabajo a distancia? ¿debe ser considerado rendimiento de trabajo en especie?

Conforme a la norma citada anteriormente y a su artículo 42.1 LIRPF sólo cabría que estos bienes tributasen en como rendimiento en especie, si la empresa permite el uso compartido para fines profesionales y fines personales, en cuyo caso, debería la empresa como retenedor fiscal cuantificar el importe considerado como rendimiento del trabajo en especie.

*4.1.3 Derecho a la no discriminación: salario y retribución, dificultades técnicas, discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y profesional.*

El capítulo II del RDL 28/2020 que regula el trabajo a distancia no contiene el derecho a la no discriminación entendido como tal. Serán las Disposiciones generales contenidas en el Capítulo I del citado real decreto las que en su

artículo 4 vengán a regular la igualdad de trato y de oportunidades y la no discriminación.

Esta regulación no es innovadora puesto que el artículo 13 del texto derogado del Estatuto de los Trabajadores ya lo establecía y el derecho a la no discriminación nace del artículo 14 de la Constitución Española por el que no puede prevalecer ninguna discriminación por razón de sexo o cualquier otra circunstancia personal o social, entre otros.

A todas luces es evidente que los trabajadores a distancia deben tener reconocidos los mismos derechos establecidos en la normativa para los trabajadores que presten sus servicios en el centro de trabajo. No obstante, el citado artículo 4 de la ley explícitamente señala que estos trabajadores a distancia, tanto en una modalidad parcial como total, tendrán derecho a recibir como mínimo, la retribución total establecida para su grupo profesional, nivel, puesto y funciones (RDL 28/2020).

En este sentido, la norma aporta una regulación exhaustiva y reiterativa tendente a proteger al trabajador de una discriminación que le perjudique económicamente y para ello deberá percibir las mismas retribuciones que los trabajadores presenciales, tanto fijas como variables, no pudiendo el hecho de que la prestación de trabajo se realice a distancia desvirtuar este principio (RDL 28/2020).

El artículo 4.2 del RDL 28/2020 avanza un paso más y establece que los trabajadores a distancia no pueden verse en ningún caso perjudicados, ni se podrán modificar sus condiciones de trabajo, por los imprevistos técnicos no imputables a este que puedan producirse.

No solo el RDL 28/2020 establece que este tema tan importante debe formar parte del contenido mínimo del ATD, sino que establece que la imposibilidad de conexión o dificultades técnicas en la prestación del servicio no pueden suponer ningún tipo de perjuicio, legislando un verdadero derecho en esta materia.

A nivel práctico, la empresa no puede pedir al trabajador que trabaje en otro momento las horas de trabajo no prestadas debido a un problema técnico y mucho menos aún, descontar de su salario las horas que no han sido efectivamente trabajadas. Como se ha comentado anteriormente, al formar parte este contenido del ATD, el procedimiento a seguir en caso de dificultades técnicas debe estar perfectamente delimitados estando, por otra parte, el trabajador obligado a colaborar de buena fe y a no demorar intencionadamente la reparación o solución del problema al tener reconocido el derecho a no verse perjudicado por unas dificultades técnicas en los términos expresados anteriormente.

Los trabajadores a distancia tienen derecho no ser discriminados por razón de sexo como tal recogido tanto en la Constitución como en el Estatuto de los Trabajadores. A tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por discriminación directa se entendería que la empresa de un trato diferente o desventajoso a un trabajador por razón de su sexo y por discriminación indirecta deberíamos entender que partiendo de una situación no discriminatoria determinadas situaciones de hecho que se dan entre trabajadores de uno o de otro sexo conlleven un efecto negativo sobre los miembros de un determinado sexo (STC 145/1991).

Expresamente se establece que los planes de igualdad que establezcan en las empresas deben procurar una igualdad efectiva por razón de sexo (RDL 28/2020, art.4.3).

Finalmente, el artículo 4.5 del texto objeto de estudio viene a reconocer “los mismos derechos que los trabajadores en materia de conciliación y corresponsabilidad” citando expresamente el derecho a que la jornada de trabajo sea adaptada conforme a lo dispuesto en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores con el objetivo que “el trabajo no interfiera con la vida personal y familiar”.

En este último sentido, no debe olvidarse que la regulación del trabajo a distancia también establece fórmulas de flexibilización del horario y de la

jornada de trabajo que, una vez recogidas en el Acuerdo de Trabajo a Distancia, pueden ser una herramienta eficaz para la conciliación de la prestación laboral y la vida personal y familiar.

#### *4.1.4 Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo: Derecho al horario flexible y derecho al registro horario adecuado.*

La nueva normativa en la sección 3ª del Real Decreto-ley 28/2020 confiere al trabajador derechos con repercusión en el tiempo de trabajo, es decir, les otorga el derecho a un horario flexible y el derecho al registro horario adecuado.

Una de las grandes novedades que presenta el Real Decreto-ley 28/2020 es, sin lugar a duda, la posibilidad que se le otorga al trabajador de gestionar su tiempo de trabajo. El trabajador tiene derecho a un horario flexible en los términos que se recojan en el Acuerdo de Trabajo a Distancia y en la negociación colectiva. Evidentemente el ATD para que reconozca al trabajador un ejercicio efectivo del derecho a un horario flexible debe respetar el contenido legislativo contenido en el resto de normativa laboral y debe contemplar los tiempos de disponibilidad obligatoria.

El hecho de que el trabajador a distancia tenga autonomía y libertad para adaptar su jornada laboral no supone que nos encontremos ante una ausencia de límites. El ATD debería contener una regulación minuciosa tanto del registro horario, como de la jornada de trabajo, de los excesos sobre la jornada u horas extras y, sobre todo, sobre los tiempos de puesta a disposición del trabajador garantizando en todo caso la desconexión digital.

El registro horario se debe aplicar del mismo modo a los trabajadores presenciales que a los no presenciales. Además, desde la publicación del Real Decreto- ley 8/2019 de 8 de marzo, las empresas están obligadas a registrar fehacientemente las jornadas de sus trabajadores (RDL 8/2019). En este sentido, el 10 de mayo de 2019 la Confederación sindical de comisiones obreras (CCOO) publicó un dossier explicativo del Registro de la Jornada de Trabajo en el que se



señala en relación con las jornadas especiales de trabajo y registro de jornada que, en virtud de la modificación del art. 34 del ET en materia de registro de jornada, el Gobierno está facultado para determinar especialidades en este ámbito para aquellos trabajos que, debido a sus peculiaridades, así lo requieran. Se concluye, por lo tanto, que mientras el Gobierno no establezca esta especialización en relación con el registro de la jornada, la norma se aplicará por igual a todos los trabajos (CCOO, 2019).

Por lo tanto, se puede concluir que conforme a lo dispuesto en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 14 del RDL 28/2020 cumple con la facultad para la que el Gobierno ha sido habilitado y regula que la jornada de trabajo de los trabajadores a distancia también debe ser también registrada.

#### *4.1.5 Derecho a la prevención de riesgos laborales.*

En materia de prevención de riesgos laborales la sección 4ª del RDL 28/2020 remite expresamente a la normativa laboral establecida para proteger la seguridad y salud en el trabajo (RDL 28/2020, art. 15).

Se debe tener presente que la empresa tiene que garantizar la seguridad y salud de los trabajadores conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 y para ello, debe adoptar cuantas medias de prevención sean necesarias (Hermoso et al., 2020). Esta obligación empresarial constituye un verdadero derecho de los trabajadores.

Así, para proteger su seguridad laboral y salud las empresas deberán evaluar los riesgos inherentes al puesto de trabajo, planificar y facilitar los equipos de trabajo y los medios de protección individual (art. 16, art. 23. 1 a) y c), art. 17 y art. 23. 1.b) LPRL).

Por otra parte, los trabajadores deben estar informados y formados en relación con los riesgos existentes en su puesto de trabajo y vigilar adecuadamente su salud. (LPRL, art.22 y art. 23).

Acorde al artículo 16 del RDL 28/2020, se adaptará la normativa general de obligado cumplimiento a las condiciones de trabajo diferentes en las que se presta el trabajo a distancia.

a. Plan de prevención de riesgos laborales.

Uno de los ejes vertebradores de la protección de la salud de los trabajadores es la prevención entendida con el objetivo de evitar o aminorar los riesgos derivados del trabajo (LPRL, art.4).

En este sentido el trabajo a distancia debe ser también contemplado en el plan de prevención de riesgos laborales de la empresa, evaluando los riesgos que conlleva y planificando la actividad preventiva que se considere necesaria (Luque, 2016).

No debemos obviar el hecho de que la prestación de servicios se realizará normalmente en la vivienda del trabajador y condicionará, dado su carácter inviolable, las tareas a abordar por la empresa para proteger la salud del trabajador a distancia. La inviolabilidad del domicilio establecida en la constitución supone que el trabajador debe autorizar el acceso para este fin a su domicilio. La evaluación de riesgos únicamente se realizará en la zona habilitada para el trabajo, no pudiendo ampliarse, en ningún caso, al resto de zonas del domicilio (RDL 28/2020, art.16).

Al no ser obligatoria la inspección física del lugar de trabajo si no se cuenta con la autorización del trabajador, las empresas deben de dar instrucciones precisas para que el trabajador proceda a la correspondiente evaluación y para ello, deberá haber formado previamente al trabajador. Posteriormente la empresa determinará los riesgos y emitirá un informe para prevenir o reducir los riesgos detectados (CCOO, 2007).

b. Riesgos más frecuentes asociados al teletrabajo. Vigilancia de la salud del trabajador a distancia.

Los riesgos que frecuentemente se detectan en el teletrabajo son aquellos que se derivan del hecho que la prestación de trabajo se realiza desde el domicilio en solitario. Uno de los inconvenientes del trabajo a distancia, como se ha comentado anteriormente, radica en el aislamiento que sufre el trabajador (Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 1996). Otros riesgos que

sobrevienen con el teletrabajo es la dificultad de proceder a una desconexión digital efectiva (UGT,2016) y el sedentarismo dada la falta de actividad física (OIT, 2020).

El resto de los riesgos detectados comúnmente en los trabajadores a distancia son inherentes al espacio en el que se presta el trabajo. No hemos de olvidar que los teletrabajadores prestan sus servicios desde su domicilio y a veces, es difícil habilitar espacios en un entorno tradicionalmente contrario a ello como es el hogar familiar. El trabajador, en la medida de sus posibilidades, debería designar como zona de trabajo un espacio independiente y cómodo, con condiciones óptimas de luz, ventilación o temperatura, entre otros (CCOO, 2007). En este sentido, no hemos de olvidar como se ha indicado, que el empresario deberá compensar el gasto ocasionado con motivo del teletrabajo.

Los teletrabajadores compartirían además muchos de los riesgos comunes a los trabajadores que prestan sus servicios mediante soportes digitales en especial, siendo comunes todos los riesgos ergonómicos que comportan daños musculoesqueléticos. También serían comunes los riesgos derivados del uso de dispositivos electrónicos como la fatiga visual, el síndrome del ojo seco y otros que habitualmente son detectados por los servicios de prevención de riesgos laborales (Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2020).

Todos estos riesgos comunes derivados de un determinado puesto de trabajo, ya sea presencial o no, deben ser abordados por los servicios de prevención. Son regulados de forma orientativa, entre otras, por la DIR 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con pantallas (DIR 90/270/CEE).

Por último, se debe señalar que nos encontramos ante posible un vacío legal por el derecho que tienen los trabajadores a que el empresario les garantice la vigilancia periódica de su estado de salud. Aunque no existe regulación comunitaria al respecto que extienda este derecho a los trabajadores a distancia, el hecho de que el artículo 15 del RDL 28/2020 extienda todo el contenido dispuesto para los trabajadores presenciales en la LPRL a los trabajadores a distancia debería ser suficiente para considerar que el derecho a una vigilancia periódica de la salud debe ser extendido también a los trabajadores a distancia (LPRL, art.22). De ello se deduce que los reconocimientos médicos de empresa,

en los términos y condiciones legales reguladas en la normativa de aplicación a los trabajadores presenciales, también sería de aplicación a los trabajadores a distancia.

#### *4.1.6 Derechos relacionados con el uso de medios digitales: derecho a la intimidad y a la protección de datos y derecho a la desconexión digital.*

La sección 5ª del RDL 28/2020 concluirá el bloque dedicado a los derechos individuales de los trabajadores a distancia regulando una serie de derechos derivados del ineludible uso de medios digitales.

En este sentido, artículo 18 de la Constitución Española reconoce a todos los ciudadanos, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de estos derechos (CE, art.18). Del mismo modo establece la inviolabilidad del domicilio (CE, art.18.2).

Además, la Ley Orgánica de Protección de datos y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018, en adelante LOPD) reconoce que el derecho de los trabajadores a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador (LOPD, art.87.1) también se produce en entornos digitales (LOPD, art. 79).

El artículo 17 del RDL 28/2020 establece que el ejercicio de este derecho viene limitado por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados.

En esta materia se perfila una delgadísima línea entre el derecho que tiene el trabajador a la intimidad y a la protección de datos, y el ejercicio del poder de dirección empresarial sobre trabajo a distancia, máxime cuando, en el caso de teletrabajadores, el uso de programas informáticos puede dar registro con posibilidades casi infinitas que cuantifiquen el desempeño o rendimiento de la actividad laboral. El uso legítimo de este poder de dirección empresarial puede invadir el derecho a la intimidad del trabajador a distancia dado que la esencia innata asociada a este tipo de trabajo así lo facilita.

Este tema suscita enorme preocupación en los agentes sociales como así lo refleja la publicación del sindicato UGT El teletrabajo en la encrucijada, al

manifestar que el uso de los programas informáticos destinados a la vigilancia de la actividad laboral en los casos de trabajo a distancia puede llegar a ser más incisivo que en el trabajo presencial, con su consecuente violación de derechos fundamentales del trabajador (Hermoso et al., 2020).

Como se ha comentado anteriormente, las empresas no podrán exigir la instalación de programas o aplicaciones de ningún tipo en los dispositivos móviles que sean propiedad de los trabajadores y tampoco podrán exigir al trabajador el uso de estos en su trabajo a distancia, dado que es obligación de la empresa facilitar los medios y equipos necesarios para que el trabajador pueda llevar a cabo su prestación de servicios (RDL 28/2020).

Es indiscutible que el uso de la tecnología de forma continuada en nuestra vida cotidiana supone un mayor acceso al trabajo siendo difícil ejecutar, desde un punto de vista real, la teórica separación entre el trabajo y la vida personal y familiar. Es habitual la conexión a través del teléfono móvil personal a los requerimientos o a las comunicaciones emitidas por la empresa fuera de la jornada de trabajo.

En este sentido, el artículo 18 del RDL 28/2020 establece que las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo según lo dispuesto en la LOPD. Este artículo no solo confiere el derecho a los trabajadores a distancia a la desconexión digital, sino que impone a las empresas la obligación de limitar el uso de las comunicaciones por medios tecnológicos con el trabajador durante los periodos de descanso y respetar la duración máxima de la jornada pactada (RDL 28/2020, art.18.1).

En su apartado segundo este artículo recogerá casi de modo literal lo dispuesto en el artículo 88 de la LOPD, imponiendo a la empresa la obligación de elaborar una política interna tendente a definir en términos prácticos el ejercicio del derecho a la desconexión. Para ello, llevará acciones formativas y de sensibilización de la plantilla para el uso razonable de las nuevas tecnologías, una vez se haya concluido la jornada laboral.

La nueva norma insiste en garantizar el derecho a la desconexión digital dado el evidente riesgo supone en general para todos los trabajadores a distancia, más aún, cuando la prestación de servicios se lleva a cabo en el domicilio del trabajador.

Es sumamente importante garantizar este derecho dotándolo de las medidas necesarias para que sea efectivo su cumplimiento, de lo contrario, los trabajadores a distancia creerían, erróneamente, que están siempre a disposición de la empresa. En este sentido, la negociación colectiva puede regular los medios necesarios para garantizar el efectivo cumplimiento de este derecho (RDL 28/2020), regulando por ejemplo tiempos en los que las plataformas digitales de las empresas o VPNs pueden estar activas y disponibles para su uso, o si mediante el registro horario de la jornada de trabajo se imposibilita el acceso a comunicaciones de la empresa una vez finalizada la jornada de trabajo.

Finalmente debe matizarse que, en este sentido, si la flexibilización de la jornada de trabajo no está intrínsecamente conectada con la garantía de una desconexión digital, lejos de ser un beneficio puede convertirse en una desventaja, al incidir continuamente el trabajo en la vida personal y familiar de los trabajadores a distancia.

#### **4.2 Derechos colectivos y negociación colectiva en el trabajo a distancia.**

El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre da un papel protagonista en la regulación de trabajo a distancia a la negociación colectiva. La propia exposición de motivos de la ley señala que es necesario llenar el vacío normativo existente igualando el tratamiento jurídico en los aspectos más importantes del trabajo a distancia, acudiendo cuando se necesite a la negociación colectiva, considerándola así “un instrumento imprescindible para completar la normativa” (RDL 28/2020).

##### *4.2.1 Espacio a la negociación colectiva en el trabajo a distancia.*

La norma objeto de estudio es fruto del acuerdo con los agentes sociales que, tras más de tres meses de reflexión y debate, han conseguido consensuar aspectos tan importantes de la ley como el Acuerdo de Trabajo a Distancia (ATD). No debemos olvidar que los textos normativos que afectan al ámbito laboral que han sido consensuados por los agentes sociales previamente, tienen una mayor perdurabilidad en el tiempo y que la negociación colectiva en el mismo se

considera como la herramienta que vendrá a concretar muchos de los aspectos que se han incluido de forma más general.

Artículos entre otros, tan importantes como los referidos al umbral porcentual sobre el que se sustenta el concepto “regular” del trabajo, pueden verse alterados por la negociación colectiva y preceptos que regulan la voluntariedad y la reversibilidad pueden ser también objeto de un acuerdo colectivo. El convenio colectivo de Telefónica Móviles España SAU, que dedica su artículo 63 al teletrabajo reconoce el trabajo a distancia como una forma innovadora de organización del trabajo estableciendo la necesidad de determinar un marco de acuerdo entre empresa y representación de trabajadores. Para ello se remite al acuerdo marco de teletrabajo pactado en 2010 que se recoge como Anexo V “Nuevas formas de trabajo: Teletrabajo y Flexwork” del propio convenio colectivo. En este convenio, al amparo de lo dispuesto en el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo, se regula su carácter voluntario y reversible y se detallan, incluso documentalmente, procedimientos, plazo y modelos a utilizar en el ejercicio del trabajo a distancia (II Convenio de Empresas Vinculadas).

Por otro lado, los convenios colectivos en los que se ha tenido presente, antes de la entrada en vigor de esta norma, la modalidad de trabajo a distancia, reconocen de forma clara que las personas teletrabajadoras ostentarán los mismos derechos colectivos de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores. Este es el caso, entre otros, del Convenio Colectivo de Repsol Petróleo SA que, en su artículo 85, especifica que en el acuerdo individual que deberán firmar las partes se indicará expresamente que los trabajadores mantienen sus derechos y obligaciones laborales tanto a nivel individual como colectivo (XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA).

En este sentido el artículo 8.3 del RDL 28/2020 establece que la negociación colectiva podrá establecer criterios tanto de acceso como de reversibilidad a la modalidad de trabajo a distancia, criterios vinculados a determinados aspectos como los formativos, la promoción y la estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos y criterios de ordenación de prioridades ante la existencia de pluriempleo, o ante determinadas circunstancias personales o familiares (RDL 28/2020). También como se ha indicado anteriormente, se deja espacio a la negociación colectiva para regular los medios materiales que se deben proporcionar al trabajador para el desarrollo de trabajo a

distancia y el desarrollo concreto de cómo se procederá a la compensación de gastos en el ejercicio de esta modalidad de trabajo. Otro de los aspectos en los que la negociación colectiva tiene cabida es en toda aquella regulación relativa al tiempo de trabajo y la desconexión digital y finalmente, en aquellos derechos a la intimidad y a la protección de datos.

En definitiva, a lo largo del RDL 28/2020 son numerosas las menciones expresas que apelan a la negociación colectiva y que han sido ya analizadas anteriormente como parte de derechos individuales estudiados y como parte del marco regulador del ATD, por ello, no se reiterarán aquellos aspectos que ya han sido tratados.

#### *4.2.2 Principio de igualdad y el derecho de información, comunicación y participación de los trabajadores.*

Este principio de igualdad que contiene el artículo 19 del RDL 28/2020, ha sido requerido por el Tribunal Supremo que destaca la importancia de la negociación colectiva en materia de teletrabajo, exigiéndose por el Tribunal que la persona tenga los mismos derechos colectivos que el resto de plantilla de la empresa (STS 379/2017). Por lo tanto, tendrán las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones en cualquier instancia representativa de los trabajadores (Charro, s.f.) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 y 71 del convenio colectivo Hibu Connect SAU.

En base a este principio de igualdad de trato y de oportunidades, la negociación colectiva podrá establecer condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, poniendo especial atención a las singularidades de su prestación.

Además, el contenido mínimo del Acuerdo de Trabajo a Distancia regulado en el artículo 7 del RDL28/2020 en su apartado e) indica que el ATD debe contener la adscripción del trabajador a distancia a un determinado centro de trabajo. Esta adscripción es importante para el ejercicio efectivo de los derechos colectivos de los trabajadores. El artículo 62 y el artículo 63 del ET se circunscribe al centro de trabajo para la elección de órganos de representación en la empresa.



Finalmente, el artículo 19 del RDL 28/2020 viene a imponer una serie de obligaciones a las empresas respecto a las personas trabajadoras a distancia y a sus representantes legales. La empresa deberá facilitar a la representación legal de los trabajadores los elementos que sean necesarios para llevar a cabo la actividad representativa. Para ello, deberán asegurarse de que no existe ningún tipo de obstáculos para la comunicación entre los representantes legales de la empresa y sus representados (RDL 28/2020).

La norma impone a la empresa la obligación de asegurar a todo el personal teletrabajador los derechos de información, comunicación y participación de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas, tanto por la representación legal como por el resto de los compañeros, para la defensa de sus intereses laborales en la empresa. El texto normativo dice expresamente que se garantizará la participación del trabajador a distancia, precisión innecesaria al estar contenido este derecho en el artículo 69 del ET con relación a la elección de los trabajadores (RDLeg 2/2015). A todas luces es innecesaria esta reiteración dado que el derecho al voto del trabajador a distancia está amparado por el principio de igualdad regulado por el primer punto del mismo artículo.

No ha de olvidarse que no solo son trabajadores a distancia aquellos que teletrabajan, muchas otras actividades con los auxilios técnicos necesarios pueden prestarse a distancia como, por ejemplo, tareas artesanales o manuales básicas prestadas por departamentos anexos a grandes empresas, citando a título de ejemplo en el sector textil, tareas de confección, personalizaciones y bordados, entre otras.

## 5. FACULTADES DE ORGANIZACIÓN, DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL EN EL TRABAJO A DISTANCIA.

El Real Decreto-ley 28/2020 dedica el capítulo IV, los últimos artículos dispositivos del texto normativo, a regular las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia.

Estos artículos vienen a reiterar muchos de los contenidos y limitaciones analizados anteriormente relativos a la puesta a disposición de medios o equipos y el derecho que tienen los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos y a una desconexión digital.

### **5.1 Uso de medios y dispositivos electrónicos y limitaciones.**

La empresa debe dotar al trabajador a distancia de los medios digitales necesarios para el adecuado desempeño de su trabajo no pudiendo requerir al trabajador que aporte sus dispositivos personales no pudiendo tampoco solicitar la instalación de Apps o programas en los mismos (RDL 28/2020).

De su análisis se puede deducir que el legislador no ha tenido la intención de equiparar legislativamente el derecho a la dotación de medios y el derecho a la compensación de gastos. En la compensación de gastos se deja abierta la posibilidad a que la empresa y trabajador pacten y, sin embargo, en el derecho a la dotación de medios se legisla imponiendo al empleador esta obligación. En este sentido, no se abre posibilidad a ningún tipo de pacto, es más, expresamente se prohíbe la descarga de Apps o de programas en los mismos por indicación de la empresa (RDL 28/2020).

Por ello, el trabajador tampoco podrá aportar voluntariamente sus dispositivos personales en aras de un buen funcionamiento del trabajo a distancia, debe ser el empleador el que taxativamente aporte dispositivos, programas o Apps necesarios para un correcto desempeño de esta modalidad de trabajo (RDL 28/2020).

## **5.2 Cumplimiento del trabajador a distancia de las instrucciones en materia de protección de datos y sobre la seguridad de la información en el marco del ATD y sus limitaciones.**

Al amparo del artículo 18 de la CE y de la LOPD el legislador impone a los trabajadores la obligación de cumplir con las instrucciones que la empresa haya establecido sobre protección de datos y sobre seguridad de la información (RDL 28/2020, art.20).

Por otra parte, incluido dentro del poder de organización, dirección y control empresarial, el legislador impone al trabajador una obligación más, deberá cumplir con las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación a los equipos o útiles informáticos facilitados con las limitaciones que establezca la negociación colectiva (RDL 28/2020, art.21).

Para llevar a cabo esta obligación impuesta, los trabajadores han debido ser adecuadamente formados, como se ha indicado anteriormente. No ha de olvidarse que, en el caso de teletrabajadores, estos tienen acceso a los datos de la empresa y de terceros y conforme a lo dispuesto en la LOPD, deben ser correctamente custodiados.

Estas obligaciones adquieren una relevancia significativa para el legislador que, en aras de evitar conflictos continuos entre trabajadores y empresarios, impone a ambos la obligación de que estas instrucciones sean contenidas en el contenido mínimo del Acuerdo de Trabajo a Distancia.

El último artículo dispositivo del texto normativo objeto de estudio será dedicado a dotar a la empresa de la capacidad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para comprobar que las personas que trabajan a distancia cumplen con sus obligaciones y deberes. Estas medidas se extenderán a la utilización de medios telemáticos (RDL 28/2020, art.22).

En definitiva, la empresa puede controlar la actividad laboral de los trabajadores a distancia en los términos establecidos en el ATD previa información al

trabajador de los criterios de utilización de los dispositivos electrónicos facilitados. La empresa podrá acceder a los contenidos exclusivamente para verificar que el trabajador cumple con sus obligaciones laborales. Si para controlar esta actividad laboral, el empresario optase por la utilización de dispositivos automáticos, se garantizará el derecho a la intimidad y a la protección de datos conforme a la LOPD debiendo respetarse en todos los casos, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios usados.

## 6. VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y VIRTUDES DEL RDL 28/2020.

La actual pandemia y la necesidad de continuar prestando trabajo en otra forma diferente, ha revelado que las tecnologías actuales pueden suplir, en parte, la presencialidad en muchas de nuestras obligaciones laborales y cotidianas.

La norma ha pretendido ser una regulación suficiente que de forma integrada suponga una herramienta útil a empresas y trabajadores, permitiendo el acceso a esta modalidad de trabajo, bajo una serie de principios y obligaciones que garanticen sus derechos y obligaciones específicas.

### **6.1 Beneficios de la norma.**

La pandemia ha obligado a las empresas a proteger la actividad y avanzar tecnológicamente, sobre todo en aquellos sectores en los que la naturaleza del trabajo así lo permitía, implantando la modalidad de trabajo a distancia. En estos meses, el teletrabajo ha evidenciado ser una herramienta eficaz que ayuda a la continuidad del servicio y facilita la contención del Coronavirus.

El improvisado uso de las TIC's en el trabajo a distancia ha vencido reticencias entre empresa y trabajadores contribuyendo a la normalización de la conectividad informática, favoreciendo la inversión tecnológica de las empresas y la modernización de las tecnologías usadas como medio de producción de bienes y servicios.

Está ampliamente consensuado que uno de los beneficios que la norma supone en el marco de las relaciones laborales es que posibilita una organización más flexible de la producción de determinados bienes y servicios. Sin embargo, el hecho de que el trabajador a distancia tenga libertad para adaptar su jornada laboral no implica que nos encontremos ante la ausencia de límites para ambas partes, de ahí su inclusión como contenido mínimo del ATD.

Desde el punto de vista práctico, esta flexibilidad de la jornada debe, en parte, ser garantizada por el derecho a una desconexión digital efectiva. El poder de organización y dirección empresarial debería garantizar desde el punto de vista tecnológico, que el trabajador cumpla con su jornada laboral y que una vez concluida la misma, se produzca una desconexión digital real.

Por desgracia, la realidad viene a contradecir esta intención del legislador que, siendo loable como principio, es carente de efectividad práctica dado que se puede traducir en una mera declaración de intenciones que lejos de ser un beneficio sea un inconveniente. Lamentablemente la realidad vendrá a demostrar que esa flexibilidad horaria fácilmente se traducirá en excesos continuos sobre la jornada de trabajo y unos tiempos de puesta a disposición interminables. Para que este principio de flexibilización de las relaciones laborales fuese efectivo tendría que ir acompañado, entre otras cosas, de mecanismos reales de control sobre la jornada y la norma objeto de estudio en este aspecto contiene un evidente vacío legislativo.

En esta misma línea, la posibilidad bien regulada de trabajar a distancia podría constituir un mecanismo que ayude a solventar problemas coyunturales o estructurales de empleo, abriendo una posibilidad real a la conciliación de la vida familiar y laboral. Por otra parte, son evidentes los beneficios para las empresas al suponer una reducción de costes asociado al espacio físico, sobre todo en las grandes ciudades. Una regulación efectiva favorecería la creación de nuevos escenarios para la prestación de servicios y contribuiría a resolver muchos de los problemas de las grandes ciudades, como la contaminación que genera el tiempo invertido en los desplazamientos al centro de trabajo y la emisión de gases contaminantes. También puede suponer alternativas a la evidente despoblación rural dado que la deslocalización en la prestación de servicios genera alternativas que pueden implicar una mejora de su calidad de vida siempre y cuando se produzca un equilibrio real entre derechos y obligaciones.

El futuro dirá sí el uso real de ATD, inmerso en el marco de la negociación colectiva, supone una herramienta útil que garantice los derechos de las partes y

convierte en una realidad, la predicada creencia de que el trabajo a distancia ha venido para quedarse.

## **6.2 Inconvenientes de la norma.**

Desde el primer artículo del articulado se evidencia un exceso regulatorio en muchos aspectos y a la vez, un vacío normativo en muchos otros. Es aún más grave que, siendo una norma escueta, incurra en contradicciones dentro de su propio articulado.

Tempranamente al establecer su ámbito de aplicación, se obvia ese concepto de flexibilidad predicado en la exposición de motivos. La definición de “regular” comprime desde el punto de vista práctico ese concepto de flexibilidad, formulando una concepción rígida del mismo y, considero, dejando innecesariamente fuera del amparo de esta norma muchas prestaciones de trabajo “híbridas”. Este tipo de prestación de trabajo mixta entre trabajo presencial y no, bien podría suponer una herramienta que abrace las ventajas del trabajo a distancia y evite muchos de sus inconvenientes, como el autismo laboral.

Además, la norma vendrá a establecer una serie de limitaciones relacionadas con el trabajo de los menores y los contratos formativos. No se entiende dada la incidencia de la pandemia en determinado rango de edad de la población sujeta, normalmente, a este tipo de contratos al dar por supuesto que el trabajo en modo presencial favorece la supervisión de la empresa y es más seguro desde el punto de vista de la salud de los trabajadores.

Por otro lado, aunque el legislador no lo regula como una verdadera limitación, establece que aquellas empresas que hayan implantado el trabajo a distancia como medida de contención sanitaria durante la actual pandemia quedaran sujetas a la legislación ordinaria y, por tanto, excluidas de la norma. Supone una mera declaración de intenciones establecer que estas empresas deberán dotar a los trabajadores de los dispositivos necesarios dejando en manos de la negociación colectiva el tema más delicado que es la compensación de gastos.

Considero prioritario, que la ley les hubiese sido de aplicación desde su entrada en vigor adaptando legislativamente una realidad en la que ya estaban inmersas.

Otro de los inconvenientes del trabajo a distancia, radica en el aislamiento que sufre el trabajador a distancia al trabajar en el domicilio en solitario sin la comunicación y contacto social que se asocian tradicionalmente a la forma de trabajo presencial. En este sentido sería recomendable para prevenirlo, la programación de reuniones periódicas con fines formativos o colaborativos que facilitan la interacción social entre los trabajadores. También el sedentarismo propio de determinadas actividades idóneas para el teletrabajo se ve agravado por una mayor falta de actividad física, al evitarse los desplazamientos el trabajador llevará, consecuentemente, un estilo de vida más sedentario.

Por último, la regulación de aquellos aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales se produce de forma general condicionada por el hecho de que la prestación de trabajo se realiza en el domicilio, quedando, por lo tanto, también esta regulación en una mera declaración de intenciones carente de efectividad. El carácter inviolable del domicilio precisado por matices como la voluntariedad y preaviso en el acceso es un escollo que en esta materia el legislador no consigue salvar y que suscita una serie de temas controvertidos relacionados con la negativa del trabajador.

### **6.3 Controversias y conflictos que plantea la norma.**

El primer aspecto conflictivo de la norma en el que se produce un llamativo vacío legal es en materia de Accidente de Trabajo. El RDL 28/2020 no hace ninguna referencia específica a la calificación de Accidente de Trabajo en el trabajo a distancia.

No ha de obviarse que el trabajo normalmente se va a prestar en el domicilio del trabajador y al acudir a la normativa general donde se regula esta materia, en concreto el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad



Social, deduciremos que se presumirá accidente de trabajo aquel se produce en el lugar de trabajo y en el horario de trabajo.

El principal escollo se presenta ante la calificación del accidente como laboral o no y conllevará ineludiblemente el cuestionamiento sobre las medidas de prevención de riesgos previamente adoptadas. Presumiblemente, se producirá en el domicilio del trabajador y este es inviolable. Si lamentablemente el resultado del accidente es muy grave, la Inspección de Trabajo, en tanto que autoridad laboral, deberá acceder al lugar de trabajo. Son numerosas las cuestiones que se plantean relacionadas con esta materia que se une indisolublemente a los derechos de prevención de riesgos laborales sobre el lugar de trabajo y sobre el horario de trabajo.

Las dificultades reales que plantea la evaluación de riesgos en el domicilio se trasladan al Accidente de Trabajo. La ambigüedad legislativa en esta materia comentada anteriormente puede resultar vital en caso de que sobrevenga un accidente. El ATD debería facilitar la máxima información posible relativa al lugar de trabajo y al control empresarial sobre la jornada del trabajador. De nuevo, la flexibilidad pretendida en la exposición de motivos se torna ineficiente, dado que es necesario garantizar documentalmente determinados aspectos que finalmente resultarían relevantes en caso de producirse un accidente. En la práctica, muchos trabajadores serían reacios a facilitar esta información sobre su domicilio y ésta sería necesaria para calificar jurídicamente el accidente de trabajo.

Ya se ha expuesto anteriormente, que el inexplicable vacío normativo en materia de prevención de riesgos laborales es controvertido dado que conforme a la normativa jurídica que le es de aplicación, si la empresa tolera la prestación de servicios en zonas no evaluadas, puede incurrir en responsabilidades administrativas, civiles o penales.

El legislador que pretende hacer una ley exhaustiva que regule el trabajo a distancia incurre en un exceso regulatorio, a pesar del cual, deja fuera de la norma aspectos que relevantes y cuya trascendencia es importante. Aspectos

como los límites de la jornada y los tiempos de descanso deberían contar, como venimos advirtiendo, de una protección jurídica efectiva. El ATD debería incluir el inicio y la finalización de la jornada para que, si se produce un accidente se sepa con certeza si es un Accidente de Trabajo o no. Así mismo, la empresa por su propia seguridad jurídica debería contar con procedimientos fiables para registrar cualquier desconexión durante la jornada laboral.

En definitiva, en materia de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nos encontramos con un vacío legislativo evidente y de consecuencias graves tanto para trabajadores como para empresarios y esto es, cuanto menos cuestionable.

Otro aspecto reseñable, es la indeterminación jurídica y la naturaleza de los costes asumidos por el trabajador con motivo del trabajo a distancia, que aboca a la norma a ser objeto de una gran litigiosidad. La negociación colectiva, como es evidente, no podrá determinar casuística y exhaustivamente tales extremos por lo que la ley deja a la voluntad de las partes, *ab initio*, su establecimiento en el ATD.

La norma es clara al establecer que los dispositivos necesarios para la prestación del servicio deben ser aportados por la empresa. Serán las partes las que, según la naturaleza del trabajo, determinen los mismos regulando la norma un procedimiento judicial fallido para el caso de desacuerdo en este aspecto.

La efectividad de las leyes está condicionada al conocimiento por parte del legislador de la realidad en la que van a ser aplicadas. Muchas de las ventajas que ofrece para los trabajadores el trabajo a distancia hacen que estos abracen con entusiasmo esta opción haciendo disponibles derechos laborales que, por su naturaleza, debería serles indisponibles. Son muchos los trabajadores que han aportado y siguen aportando voluntariamente todo tipo de medios y dispositivos personales para el desarrollo del trabajo. Esta práctica debería ser erradicada con la entrada en vigor de esta norma. En este sentido, esta voluntariedad, ¿tiene cabida jurídica en el RDL 28/2022?

Cuando un trabajador aporta de buena fe dispositivos, más allá de la cuestión económica, se plantean cuestiones controvertidas relacionadas con el uso de los mismos y la responsabilidad asumida. Aspectos como, la custodia de datos, la pérdida de la información, el acceso malintencionado a los mismos por terceros, entre otros, son aspectos controvertidos en el caso de uso híbrido agravado cuando el dispositivo es propiedad del trabajador

Es la intención formal del legislador regular esta materia y acabar con estas malas prácticas empresariales, consensuadas o no, legislando expresamente que el trabajador no podrá instalarse programas o aplicaciones de la empresa en sus dispositivos personales. Este aspecto suscita preocupación en los agentes sociales y en las mutuas de trabajo que ven, por una parte, que el uso indiscriminado de la tecnología pueda suponer una invasión ilegítima de los derechos fundamentales de los trabajadores y por otra, que la conexión a través de nuestro teléfono móvil personal a los requerimientos o a las comunicaciones emitidas por la empresa impide la desconexión digital.

Como hemos expuesto, si no se produce una desconexión digital efectiva el beneficio de la flexibilización de las relaciones laborales perderá sus virtudes y la ley, desde el punto de vista práctico, se convertirá en una mera declaración de derechos o de intenciones y se producirán elevados grados de estrés, cuadros de adicción al trabajo y una dependencia emocional continua de los contenidos manejados en el trabajo.

Si controvertida es desde el punto de vista práctico la aportación de dispositivos electrónicos, más polémica resulta aún la cuantificación de gastos asumidos por el trabajador. Como se ha venido exponiendo, la indeterminación jurídica de estos aspectos que el legislador dirige a la negociación colectiva va a ser foco de litigio entre las partes por ser muchos los condicionantes externos que inciden en su correcta aplicación. Por ejemplo, si hipotéticamente se hiciese una correcta evaluación de riesgos del puesto de trabajo en el domicilio, el trabajador tendría que adaptar espacios destinados al trabajo en un entorno tradicionalmente contrario a ello como es el hogar familiar. Los gastos asumidos y las posibilidades reales de adecuación normativamente son difíciles de precisar al

tratarse del domicilio y quizás por ello el legislador no aborda rigurosamente estos aspectos y serán los tribunales los que vengán delimitando casuística y doctrinalmente esta materia.

Considero también que es importante resaltar que nos encontramos ante derechos indisponibles por parte de los trabajadores a los que este no puede renunciar. Para garantizar un cumplimiento real por parte de los actores de la relación laboral de estos derechos, deberían ser tratados como derechos indisponibles y su control efectivo debería haber sido encomendado a la Inspección de Trabajo en la propia norma y sus modificaciones en la LISOS. Como no podrá ser de otra forma, esta vaguedad legislativa condena a la norma desde su inicio y su correcta utilización dependerá de las partes, algo poco recomendable en derecho laboral.

En tercer lugar, una norma carece de efectividad jurídica si no está dotada de los mecanismos de control efectivo necesarios que garanticen el cumplimiento de la misma. La modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en adelante LISOS, que introduce el RDL 28/2020 en la disposición final primera deja abiertas una serie de interrogantes sobre las consecuencias en caso de incumplimiento del contenido articulado en el mismo, al ceñirse exclusivamente a la obligación de formalizar el ATD.

El texto vendrá a modificar el artículo 7.1 de la LISOS, equiparando explícitamente el tipo sancionable al de no formalizar por escrito el contrato de trabajo, estableciendo que será objeto de sanción el no formalizar el ATD en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos.

Esta vaguedad legislativa a todas luces supone un problema al tratarse de un precepto sancionador por cuanto no define qué otras conductas pueden ser objeto de sanción bajo esta redacción. Evidentemente se produce un vacío legal en esta materia al no incluirse en el marco sancionador el incumplimiento de las limitaciones contenidas en el art.3 del RDL 28/20220 que protegen a trabajadores especialmente vulnerables como son menores de edad, contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje.

Del mismo modo, inexplicablemente, deja excluidos de este régimen sancionador los específicos incumplimientos en materia de registro horario (art.14 RDL 28/2020), el derecho a la desconexión digital previsto en el artículo 18 del mismo y las peculiaridades en materia de prevención de riesgos laborales del art.16.

Este vacío legal, considero, supone una merma desde el punto de vista práctico que dificulta el cumplimiento efectivo de la norma pudiendo abocar a la misma una vez más, a una mera declaración de intenciones.

Por último, la disposición final 2ª del RDL 28/2020 crea una nueva modalidad procesal introduciendo un nuevo artículo, el 138.bis de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS), aplicable a las reclamaciones relacionadas con el derecho de acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia (Ley 36/2011).

Uno de los pilares básicos de esta regulación es sin duda el carácter voluntario bilateral del trabajo a distancia. La propia exposición de motivos presentará esta modalidad de trabajo como el fruto del acuerdo por escrito entre las partes y consensuado al inicio del trabajo a distancia (RDL 28/2020).

Sorpresivamente, el legislador en las últimas disposiciones del RDL 28/2020 entra en contradicción con lo dispuesto en la norma anterior por cuanto se otorga al trabajador exclusivamente la legitimación activa para reclamar en sede judicial aspectos relativos al acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia.

Parece de la interpretación literal de este precepto, que ante la propuesta del trabajador del ATD, la empresa podrá decidir si acepta esta propuesta o la rechaza. En caso de rechazo, el trabajador podrá pedir amparo al Juzgado de lo Social que terminaría imponiendo al empresario una condición no deseada. Este aspecto plantea una importante controversia jurídica máxime cuando la

jurisprudencia social ya en el año 2005 negó la posibilidad de imponer a las partes el trabajo a distancia (STS 143/2004).

Considero que, este exceso normativo produce una colisión frontal con uno de los pilares inspiradores de la norma, la voluntariedad de ambas partes. Además, este procedimiento sólo es aplicable a los supuestos determinados en el punto 1º del texto legal: acceso, reversión y modificación por lo que, cualquier otra reclamación judicial en otra materia relacionada con este texto normativo deberá seguir el procedimiento ordinario o especial, según corresponda.

A todas luces, la precipitación y falta de meditación del legislador regula un extraño procedimiento discordante con la propia norma y con el resto de los preceptos legales que la acompañan, no dando lugar a la mínima la seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones laborales.

La norma confiere a este procedimiento especial un carácter urgente y preferente reconociendo plazos similares a los dispuestos para la tutela de derechos fundamentales, algo a mi juicio excesivo. En él se otorga una legitimación activa exclusivamente al trabajador que, en el plazo de 20 días, debe presentar demanda sin intento de conciliación previa ante los servicios de mediación arbitraje y conciliación habilitados al efecto (art. 63 y 64.1 LRJS). Este punto resulta también controvertido porque el legislador debería haber modificado también el art. 64.1 de la LRJS que recoge las excepciones a la obligación de intento de conciliación previo e incluir en esa enumeración el supuesto que nos ocupa. Este procedimiento extraño obliga al juez a recabar informe urgente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el tema *sub iúdice*. El informe versará sobre la negativa de la empresa relativa a la propuesta presentada por el trabajador revelando, de nuevo, una falta de coherencia con el principio de voluntariedad del propio texto legal.

## 7. CONCLUSIONES.

En definitiva, a pesar de la intención del legislador de elaborar una norma que regule específicamente esta realidad, se evidencia una regulación demasiado abierta en unos aspectos y un exceso regulatorio injustificado en otros, dando en todos los casos un amplio margen a la negociación colectiva.

La negociación colectiva puede revelarse como un instrumento ineficaz para cubrir determinados vacíos legislativos que contiene la norma por cuanto al establecer un marco regulador general puede dejar, en última instancia, la regulación de su contenido en manos de los actores. Por el contrario, si establece una regulación demasiado exhaustiva se puede limitar de tal manera el trabajo a distancia que éste pierda una de sus funciones: dotar de flexibilidad a las relaciones laborales.

Además, el RDL 28/2020 deja en el aire aspectos muy importantes como todo tipo de plazos para el acceso y el retorno al trabajo presencial, plazos de preaviso del ejercicio del derecho, situaciones de reversibilidad temporal provocada por determinadas circunstancias organizativas, técnicas, personales o de otra índole.

Así, considero que nos encontramos, pese al consenso previo entre los agentes sociales, con una ley precipitada y poco madura legislativamente. La ausencia coercitiva de la norma al no modificar la LISOS merma su eficacia jurídica real por limitar las funciones de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social que garantizarían el cumplimiento de la normativa.

La realidad práctica es que determinados aspectos controvertidos del trabajo a distancia no han sido resueltos por la ley. Aspectos esenciales como la puesta a disposición de los dispositivos necesarios y la compensación de los gastos, son regulados superficialmente y pueden ser el origen de una litigiosidad excesiva del Real Decreto. En él se pretende flexibilizar las relaciones laborales pero la laxitud legislativa en aspectos relacionados con la jornada bien puede suponer que esta flexibilidad pierda su carácter beneficioso y se traduzca en excesos horarios y en una puesta a disposición del trabajador interminable, no

garantizándose la desconexión digital. La realidad es que la omnipresente digitalización que vivimos podría suponer la extensión de unas malas prácticas laborales, cada vez más frecuentes en el trabajo presencial, a un trabajo en el que, dada su naturaleza específica, es más favorable a que se produzca una sobredimensión de este problema.

Además, como se viene repitiendo, el hecho de que la prestación de servicios se realice en el domicilio siendo este inviolable, supone un escollo que la actual normativa no ha conseguido salvar, quizás por falta de madurez legislativa. En este sentido, muchos aspectos relacionados como la prevención de riesgos laborales y por defecto, la calificación de un accidente sobrevenido como accidente de trabajo quedan en el aire con la inseguridad jurídica que esto conlleva.

Por último, el principio de voluntariedad bilateral queda cuestionado por la propia norma, al regular un extraño procedimiento especial ante el Juzgado de lo Social.

Una buena regulación del trabajo a distancia daría cobertura a una modalidad de trabajo beneficiosa que en absoluto se cuestiona. Los innegables avances tecnológicos facilitan que el teletrabajo sea una realidad siempre que la normativa que lo regula abrace sus beneficios y palie sus inconvenientes. Para que el trabajo a distancia suponga una realidad, debe legislarse el marco adecuado que garantice derechos y obligaciones y sería recomendable una ley íntegra que abordase el trabajo a distancia como parte de una realidad que ha irrumpido con fuerza en las empresas.

Una norma reguladora del trabajo a distancia que no garantice derechos y obligaciones a las partes aleja la posibilidad de que esta modalidad de trabajo se convierta en una realidad y se convierte así en un mero espejismo legislativo basado en una vacía declaración de intenciones.



## 8. BIBLIOGRAFÍA.

### 8.1 Legislación.

Constitución Española. (BOE 29 de julio de 1978).

Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. (DO L 156 de 21 de junio de 1990, p. 14)

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. (BOE 10 de noviembre de 1995).

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. (BOE 29 de noviembre de 2006).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (BOE 11 de octubre de 2011).

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE 6 de diciembre de 2018).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid 25 de julio de 1889).

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. (8 de agosto de 2000).

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. (BOE 13 de noviembre de 2015).

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (BOE 31 de octubre de 2015).

Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. (BOE 12 de marzo de 2019).

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. (BOE 18 de marzo de 2020).

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. (BOE 23 de septiembre de 2020).

Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. (BOE 30 de septiembre de 2020).

Resolución de 28 de mayo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XII Convenio colectivo de Hibu Connect, SAU. (BOE 12 de junio de 2013).

Resolución de 4 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA. (BOE 16 de mayo de 2018).

Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU. (BOE 13 de noviembre de 2019).

Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. (BOE 3 de diciembre 2020).

Organización Internacional del Trabajo, Convenio (N. 177) sobre el trabajo a domicilio. (22 junio de 1996).

## **8.2 Jurisprudencia.**

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 145/1991, de 1 de julio de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 143/2004, de 11 de abril de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 379/2017, de 28 abril de 2017.

## **8.3 Obras doctrinales.**

Benavides, A. (2020). Todo sobre la Ley de Trabajo a Distancia. Colegios Oficiales de Graduados Sociales.

Charro, P. (s.f.). *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Ministerio de empleo y seguridad social.

Durán, F. (2020). *Trabajo a distancia: vino nuevo en odres viejos*. Garrigues. Obtenido el 20/03/2021 de [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/trabajo-distancia-vino-nuevo-odres-viejos](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/trabajo-distancia-vino-nuevo-odres-viejos).

Hermoso, M et al. (2020). *El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y Propuestas*. UGT. (Estudios, nº 5).

Luque, M. (2016). *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*. CEOE.

## **8.4 Recursos de internet.**

Banco de España. (2020). *Escenarios macroeconómicos de referencia para la economía española tras el Covid-19*. Obtenido de <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/COVID-19/be2002-art1.pdf>

Cia, B. (2020, 3 de octubre). Los usuarios claman contra el colapso en los trámites administrativos. *El País*. Obtenido el 05/03/2021 de

<https://elpais.com/espana/catalunya/2020-10-03/los-usuarios-claman-contra-el-colapso-en-los-tramites-administrativos.html>

De la Fuente, A. (2021, 24 de marzo). Los retos del teletrabajo óptimo y seguro más allá de la pandemia. *Público*. Obtenido el 03/04/2021 de <https://www.publico.es/economia/retos-teletrabajo-optimo-seguro-alla-pandemia.html>.

Eur-Lex. (2020). *El Teletrabajo*. “Summaries of EU legislation”. Obtenido el 03/04/2021 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>.

Europa Press. (2020, 6 de junio). El Gobierno regulará el teletrabajo para que no suponga una merma de salarios o de derechos. *El Economista*. Obtenido el 25/03/2021 de <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/10590070/06/20/El-Gobierno-regulara-el-teletrabajo-para-que-no-suponga-ni-merma-de-salario-ni-de-derechos.html>.

Iberley. (2021). *Trabajo a distancia y Teletrabajo*. Colex. Obtenido el 30/03/2021 de <https://www.iberley.es/temas/trabajo-distancia-teletrabajo-6151>

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. (1996). *Teletrabajo: criterios para su implantación*. (Notas técnicas de prevención: 142). Obtenido el 05/02/2021 de [https://www.insst.es/documents/94886/326853/ntp\\_412.pdf/420efc83-3075-4dd7-a571-07627688d416?version=1.0&t=161469834123](https://www.insst.es/documents/94886/326853/ntp_412.pdf/420efc83-3075-4dd7-a571-07627688d416?version=1.0&t=161469834123)

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. (2020). *Riesgos ergonómicos en el uso de las nuevas tecnologías con pantallas de visualización*. (Notas técnicas de prevención: 1.150). Obtenido el 05/02/2021 de <https://www.insst.es/documents/94886/706209/NTP+1150+Riesgos+ergon%C3%B3micos+en+el+uso+de+las+nuevas+tecnolog%C3%ADas+con+pantallas+de+visualizaci%C3%B3n+-+A%C3%B1o+2020.pdf/0ce76d93-5654-ae2f-2951-1918026c5133?version=1.0&t=1609344399238>

La Moncloa. (2021, 5 de enero). El número de personas en ERTE se sitúa en 755.000 a 31 de diciembre. *La Moncloa*. Obtenido el 25/03/2021 de

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/050120-erte.aspx>

La Vanguardia. (2020, 26 de marzo). Teletrabajo: conciliación familiar y productividad laboral. *La Vanguardia*. Obtenido el 12/04/2021 de <https://www.lavanguardia.com/economia/20200326/4884624690/teletrabajo-conciliacion-familiar-productividad-laboral-sabadell-brl.html>

Lapuente, B. (2020, 6 de mayo). La incidencia del teletrabajo en España pasa del 5% al 34% durante la pandemia. *Cinco Días*. Obtenido el 05/04/2021 de [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/05/economia/1588694657\\_002760.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/05/economia/1588694657_002760.html)

## **8.5 Otros.**

Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. (16 de Julio de 2002).

Comisiones Obreras. (2007). La prevención de riesgos en los lugares de trabajo. *ISTAS*. Madrid.

Comisiones Obreras. (2019). Registro de la Jornada de Trabajo. *Gabinete Jurídico de CCOO*. Madrid.

Dirección General de Tributos. Consulta vinculante núm. V2310-18 de 7 agosto de 2018.

Dirección General de Tributos. Consulta vinculante núm. V3461-20 de 30 de noviembre de 2020.

Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella*. Ginebra: OIT.

Repsol. (2013). *El libro blanco del Teletrabajo en Repsol*. Repsol.

UGT. (2016). *Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo*. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC. Madrid.