



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL TIEMPO DE TELETRABAJO
EN EL MARCO
POST-COVID 19**

Autor: Álvaro Alarcón Lasarte

5º E3-Analytics

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tutora: Prof. Dña. Ana Matorras Díaz-Caneja

Madrid

Junio, 2022

RESUMEN

Esta investigación comienza por analizar la regulación aplicable al trabajo a distancia, tanto el considerado como ocasional, menor del 30% de la jornada laboral, como el trabajo a distancia que supera ese umbral. La distinción entre ambas modalidades genera desafíos normativos, estableciendo en el caso del trabajo ocasional una libertad de pactos entre empleador y trabajador, que no garantiza en todo caso el bienestar de ambas partes.

La variable de tiempo de trabajo en el teletrabajo pasa por analizar de forma minuciosa el concepto de flexibilidad del trabajador, que necesariamente debe quedar limitada por medidas de control de la jornada y control de la realización del trabajo efectivo. Es por ello, que la ley 10/2021, trae una regulación exhaustiva al cumplimiento estricto de la jornada laboral, y registro del trabajo efectivo realizado. Además, está complementado por la negociación colectiva y el acuerdo de trabajo a distancia, que establecerán de forma concreta los límites a la jornada.

En segundo lugar, cabe la necesidad de protección de los riesgos físicos y psicosociales que pueden surgir a raíz de un incorrecto teletrabajo. Por un lado, la ley 10/2021, así como la LOPD y la LPRL, establecen obligaciones al empresario de información y formación de los posibles riesgos laborales existentes. Por último, existe una regulación exhaustiva, promovida por el Derecho de la Unión Europea en torno a la protección del derecho a la desconexión digital del teletrabajador durante los descansos de la jornada.

Palabras Clave: teletrabajo, descansos, flexibilidad, conciliación, prevención de riesgos laborales, desconexión digital, COVID-19.

ABSTRACT

This research begins by analyzing the regulations applicable to home office, both those considered as occasional work, less than 30% of the working day, and telecommuting that exceeds this threshold. The distinction between both modalities generates regulatory challenges, establishing in the case of occasional work a freedom of pacts between employer and worker, which does not guarantee in any case the welfare of both parties.

The concept of working time in teleworking goes through a meticulous analysis of the concept of flexibility of the worker, which must necessarily be limited by measures of control of the workday and control of the realization of the actual work. It is for this reason, that the law 10/2021, brings an exhaustive regulation to the strict compliance of the working day, and registration of the effective work done. In addition, it is complemented by collective bargaining and the remote work agreement, which will concretely establish the limits to the workday.

Secondly, there is the need for protection from physical and psychosocial risks that may arise as a result of incorrect teleworking. On the one hand, the law 10/2021, as well as the LOPD and the LPRL, establish obligations to the employer of information and training of the possible existing labor risks. Finally, there is an exhaustive regulation, promoted by the European Union Law on the protection of the right to digital disconnection of the teleworker during rest in the workday.

Keywords: home office, rest, flexibility, conciliation, prevention of labor risks, digital disconnection, COVID-19.

ÍNDICE

<i>Listado de Siglas y Abreviaturas</i>	5
1. Introducción	6
1.1. <i>Teletrabajo</i>	7
1.2. <i>Pandemia COVID 19</i>	8
1.3. <i>Marco normativo, negociación colectiva, y pactos individuales.</i>	10
1.4. <i>Principio de Igualdad de Trato del Teletrabajador.</i>	16
2. Cuantificación del tiempo de trabajo, su distribución y control	17
2.1. <i>Flexibilidad y límites a la jornada</i>	17
2.2. <i>Vigilancia y control del empresario ante el trabajo a distancia. Privacidad e intimidad del trabajador</i>	21
2.3. <i>Conciliación en el teletrabajo, adaptación de jornada, y guarda legal</i>	28
2.4. <i>Horas extraordinarias y distribución irregular de la jornada</i>	31
2.5. <i>Interrupciones y retrasos involuntarios en la prestación de servicio</i>	34
3. Prevención de Riesgos Laborales en el teletrabajo	36
3.1. <i>Riesgos causados por la distancia. Estrés laboral, malas comunicaciones, tensión entre compañeros, dificultad en dar explicaciones. Dificultad de reconocimiento por parte del empleador</i>	38
3.2. <i>Garantía de formación del empleado.</i>	41
3.3. <i>Derecho a la Desconexión Digital</i>	44
3.4. <i>PRL respecto al lugar de teletrabajo</i>	47
4. Conclusiones	49
5. Bibliografía	53
<i>Legislación analizada</i>	53
<i>Convenios Colectivos</i>	54
<i>Jurisprudencia</i>	54
<i>Artículos</i>	56

Listado de Siglas y Abreviaturas

AN: Audiencia Nacional

ET: Ley del Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015)

CE: Constitución Española

RLT: Representación Legal de los Trabajadores

CC: Convenio Colectivo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

TS: Tribunal Supremo

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDL 5/2000)

LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos (LO 3/2018)

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995)

MSCT: Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo

UE: Unión Europea

TIC: Tecnologías de la Información y comunicación

LJS: Ley de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011)

TEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

PRL: Prevención de Riesgos Laborales

1. Introducción

“El trabajo viene a casa” y no al revés. El teletrabajo ya no es un concepto de difícil ejecución para muchas empresas. Trabajar a distancia puede generar un aumento de la productividad del empleado, mejorar en la protección sanitaria de los integrantes de la empresa, o incluso una posible reducción de los costes, pero especialmente crea un fuerte aumento en la flexibilidad de la jornada laboral del empleado. El teletrabajo creció en España un 74,2% entre inicios de 2020, y principios de 2021, influenciado principalmente por la crisis sanitaria de este año. Por este motivo, el crecimiento, no se ha prolongado al mismo nivel en 2022. No obstante, España no alcanza los niveles de teletrabajo de otros países de la UE, donde destacan Países Bajos, Bélgica, y sobre todo Finlandia, con más de ¼ de trabajadores que se encuentran a distancia¹.

Con el trabajo a distancia, aparecen las problemáticas existentes en torno a la jornada laboral que se presentan también en torno al trabajo físico. Además, surgen conflictos nuevos como el control de la jornada a distancia, las vías que puede tener el empresario para asegurarse de la correcta prestación de servicios del empleado, o la forma que tiene el empleado de compatibilizar la esfera profesional con la esfera privada de su vida. Además, se debe atender a cómo proteger al empleado de los posibles riesgos laborales que asume al estar localizado en su domicilio o en otro lugar, garantizando su desconexión digital fuera de su jornada laboral, así como su formación para prevenir contingencias tanto físicas como psicosociales.

El objetivo principal de este trabajo de investigación es el análisis del marco legal, convencional y jurisprudencial respecto al tiempo de trabajo, descansos y seguridad aplicable al teletrabajo, analizando los conflictos y soluciones que genera nuestro ordenamiento en torno a esta modalidad de trabajo.

Para ello será necesario acometer las siguientes tareas:

- Análisis respecto a la protección del teletrabajador. ¿Hasta dónde llega la flexibilidad otorgada al teletrabajador?
- Determinación del margen de flexibilidad laboral del teletrabajador.
- Mecanismos para la defensa del teletrabajador en situación de conflicto.

¹ (Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, 2021)

- Instrumentos de formación y protección del teletrabajador ante riesgos laborales.

Para elaborar este análisis, se comenzará por una búsqueda bibliográfica respecto al objeto de estudio. Inicialmente serán fuentes puramente oficiales y con efectos normativos, que afecten al desarrollo de la pregunta establecida, como legislación nacional española, negociación colectiva o jurisprudencia. Como suma a estas fuentes, se analizarán en detalle fuentes oficiales supranacionales y de otros estados de la Unión Europea.

Asimismo, será necesaria la obtención de fuentes de ámbito académico, publicaciones extranormativas, propuestas legales, y opiniones doctrinales de autores de alto prestigio en la materia de estudio. Estas fuentes complementan el marco normativo de referencia, y plantean cuestiones de análisis que van más allá de las fuentes legales.

1.1. Teletrabajo

Para definir el teletrabajo, se puede tomar la definición de Noel Hodson, Gil Gordon y Mike Gray de 1993²: *“El teletrabajo es una forma flexible de organización del trabajo, que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y siempre incluye el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa”*. Esta definición, que tiene 29 años, ya introducía los términos de “flexibilidad” y “uso permanente de medios de telecomunicación” en torno al teletrabajo. A día de hoy, se mantienen esos conceptos como características del teletrabajo. Asimismo, siguen existiendo numerosas problemáticas en torno a ellos, sin que la ley o la negociación colectiva haya podido recogerlos de forma óptima.

Atendiendo a la normativa española, la ley 10/2021 de trabajo a distancia define el trabajo a distancia como el *“trabajo que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa”*. En el artículo 2 de la propia ley, se considera el teletrabajo

² (Mike Gray & Gordon, 1993)

como una particularidad del trabajo a distancia cuando este se lleve a cabo “*mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*”. Se puede ver entonces que, pese a que no son conceptos legales coincidentes, en la práctica la inmensa mayoría de trabajadores a distancia son teletrabajadores.

1.2. Pandemia COVID 19

A raíz del desarrollo de la crisis sanitaria en 2020, se incrementó de manera global el teletrabajo con un único fin: evitar el contacto físico de los trabajadores para reducir los contagios en el ámbito laboral.

La precipitación por adaptar esta modalidad en el empleo provocó la creación de numerosos conflictos laborales, especialmente causado por la ausencia de regulación, o de jurisprudencia que pudiera servir de orientación para la determinación de los criterios de referencia para solventar los conflictos concretos que iban surgiendo durante esa situación, que por lo demás era absolutamente extraordinaria. Previamente a la pandemia, el teletrabajo únicamente quedaba regulado en el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 13, cuyo contenido ha sido absorbido por las disposiciones especiales posteriores. Asimismo, se debe añadir la importancia de la negociación colectiva en este ámbito, que ha venido regulando el trabajo a distancia durante los últimos años.

Respecto al Derecho de la Unión Europea, en directivas de protección de la salud del trabajador, se incluyen disposiciones dirigidas al teletrabajador. Destaca, asimismo, la directiva 2019/1158³ respecto a la conciliación de la vida familiar y profesional. En su artículo 9, se establece por primera vez a nivel europeo el trabajo a distancia como fórmula de trabajo flexible para lograr una mayor conciliación de las necesidades profesionales y personales del empleado, indicando a los empleadores el estudio y la posibilidad de adaptar la forma y la distribución de la jornada del trabajador. Indica que supone una alternativa a un cambio a jornada parcial por parte del empleado con la ventaja de la no reducción en cotizaciones a la seguridad social, o reducción de derechos.

³ Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo

Además, se debe dar importancia al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo suscrito en 2002 y modificado en 2006⁴. En él, además de incorporarse una definición muy concreta de “teletrabajo”, se expresa la base de este, la igualdad de derechos y oportunidades que los empleados del centro de trabajo ordinario. Además, se contemplan derechos, como el de privacidad y el de equipamiento necesario para el desarrollo de este, y se hace referencia a cuestiones concernientes a la seguridad y protección de la salud, incluyendo tanto la responsabilidad del empleador ante los posibles accidentes laborales, como la obligada formación e información del empleado respecto a los posibles riesgos laborales en este marco.

Respecto al ordenamiento jurídico nacional, se debe analizar el Real Decreto Legislativo 2/2015 del Estatuto de los Trabajadores, donde se ha de destacar el artículo 13, que hoy en día queda recogido en la ley 10/2021. Cabe destacar el punto 3 se declara la igualdad de derechos laborales de los trabajadores a distancia respecto de los trabajadores que prestan sus servicios de manera presencial en el centro de trabajo de la empresa. El artículo 34.8 de la misma ley, que obtuvo enorme importancia con los inicios de la pandemia, establece la posibilidad de todo trabajador de solicitar la realización del trabajo a distancia con el objetivo de conciliación laboral y familiar. En un contexto de riesgo máximo de contagio cabía la adaptación de jornada modificando su forma en un trabajo a distancia, siempre y cuando la actividad empresarial lo permitiese. Se entendió que las circunstancias eran claras para la solicitud por parte del trabajador (o el ofrecimiento por parte del empleador) de la realización del trabajo a distancia. Hoy en día, que el riesgo de infección es reducido y no existen restricciones legales en torno al contexto COVID-19, no supone un motivo de peso para solicitar la adaptación de jornada.

Esta disposición se remite al convenio colectivo y a las circunstancias del empleado y trabajo para poder ejercerse.

Además, se establece la protección del trabajador en materia de seguridad y salud, remitiéndose a la ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, ley que será analizada posteriormente en el punto 3 de este trabajo.

⁴ Acuerdo Marco de la Unión Europea sobre teletrabajo de 16 de julio de 2002

1.3. Marco normativo, negociación colectiva, y pactos individuales.

Además de la normativa indicada previa al año 2020, a consecuencia del crecimiento del teletrabajo, se aprueba la ley 10/2021 de trabajo a distancia. Únicamente aplicará esta ley para aquellos trabajos a distancia que, en un tiempo superior a 3 meses, se realice con distancia un mínimo del 30% de la jornada laboral. Delimitando este ámbito, se descarta como teletrabajo a vista de esta ley, situaciones de trabajo a distancia meramente temporales o coyunturales y, en definitiva, sin ninguna vocación de continuidad, como puede ser una lesión de 3 semanas (que no impida de ningún modo la realización del trabajo por parte del empleado), un viaje durante una semana al extranjero, o ejercer una cuarentena impuesta por motivos sanitarios durante 7 días.

Los artículos 6 y siguientes de la ley 10/2021 establecen mínimos en relación con las condiciones en que se debe prestar el trabajo a distancia, o el contenido que debe incluir el acuerdo con el teletrabajador.

Además de las leyes que abordan frontalmente la problemática del trabajo a distancia, existen numerosas normas laborales en torno al tiempo de trabajo y descansos que inciden en el ámbito del teletrabajo. La ley 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, otorga una protección máxima al teletrabajador de igual manera que la protección del trabajador físico. La ley 54/2003 de Prevención de Riesgos Laborales, pese a que no se particulariza en trabajo a distancia como si lo hace la ley 10/2021, establece las disposiciones de Protección de Seguridad y Salud del empleado de forma general, por lo que incumbe de igual manera al teletrabajador. Estas leyes expuestas no diferencian la forma de prestación del trabajo. Por esta razón se aplican de la misma forma para los trabajadores físicos, aquellos trabajadores a distancia que superan el umbral del 30% establecido por la ley 10/2021, pero también, se aplica al trabajo a distancia que no alcanza este nivel y no está cubierto por las disposiciones de la ley de trabajo a distancia.

Para la realización del análisis del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia se ha de partir de la ley 10/2021 de trabajo a distancia. Únicamente aplicará esta ley para aquellos teletrabajadores que, en un tiempo superior a 3 meses, se realice con distancia un mínimo del 30% de la jornada laboral.

A diferencia de la disposición estatal española, otros Estados como Italia, establecen una división entre teletrabajo estructural, y teletrabajo ocasional. De acuerdo con la ley 81/2017⁵ sobre flexibilidad laboral, se regula el “*smartworking*”, que se refiere a un trabajo a distancia donde existe flexibilidad horaria y espacial, mientras que el “*telelavoro*”, regulado en el Acuerdo Interconfederal 09 de 2004⁶, que se remite a la negociación colectiva, se trata de un modelo estructural de trabajo a distancia, con horario y espacio fijos. Se ve entonces, que mientras uno de los tipos (*smartworking*) está estrictamente regulado por ley, el otro, el más estructural, queda remitido a la negociación colectiva estableciendo ciertos mínimos por ley.

Atendiendo de forma concreta al 30% de la jornada laboral indicado en el artículo 1 de la Ley 10/2021, se plantea la problemática respecto a qué se computa como jornada laboral para que esta jornada quede inmersa en la disposición. En primer lugar, se podría atender directamente al 30% de trabajo efectivo del trabajador durante un tiempo determinado, como podría ser el último trimestre, o el último mes (si así lo establece el convenio colectivo aplicable); sin embargo, dentro de esta jornada pueden quedar integradas situaciones extraordinarias, como podrían ser las vacaciones, una incapacidad temporal u otras causas que provoquen la no realización de trabajo efectivo durante este tiempo de cómputo. ¿En estos casos, se entiende que es tiempo efectivo que el trabajador no está trabajando a distancia, o realmente se entiende que no debería computarse a efectos de este 30%? Debido a la reciente modificación, es realmente escasa la jurisprudencia relativa a este caso concreto; sin embargo, sí existe doctrina al respecto. Acudiendo a la opinión del profesor Gómez Abelleira⁷: *“Cabén varias interpretaciones del concepto de jornada sobre la que se debe realizar la medición. Puede ser la real del trabajador en el periodo de observación. Por tanto, si la jornada se distribuye irregularmente a lo largo del año, con semanas de más horas de trabajo y semanas de menos, la medición atenderá no a la “media” de horas semanales en el conjunto del año, sino a las horas realmente trabajadas en el periodo de observación. El problema de la jornada real como base del cálculo es que puede ofrecer una imagen poco fiel del peso de trabajo a distancia en la relación laboral. Por ejemplo, si se concentran varios días de vacaciones dentro del*

⁵ Legge 81/2017 del Senado de la República de Italia de 22 de mayo de 2017

⁶ Accordo Interconfederale per il recepimento dell'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002 tra unice/ueapme, ceep e ces de 9 de junio de 2004

⁷ (Gómez Abelleira, 2020)

periodo de observación, las horas reales trabajadas serán inferiores en dicho periodo, por lo que, si se mantienen los mismos días u horas de trabajo a distancia, el porcentaje de este se elevará.

Parece más razonable, por tanto, que el cálculo del porcentaje de trabajo a distancia en un periodo de tres meses se realice sobre la jornada semanal promediada en un cómputo anual. Otra ventaja de utilizar esta base de cálculo es evitar constantes entradas y salidas del umbral: en un periodo de observación el porcentaje podría irse al 35 por 100 y en el periodo siguiente podría descender al 25 por 100. Parece poco razonable y escasamente práctico que a una misma relación laboral se le aplique o no la regulación del trabajo a distancia en función de tales oscilaciones. Es aconsejable, en cualquier caso, evitar que las horas de trabajo a distancia se sitúen justo en el umbral del 30 por 100. Así, para una jornada de, por ejemplo, 36 horas semanales, entre 8 y 10 horas semanales de trabajo a distancia dará como resultado claro la no aplicación de la regulación; en cambio, trabajar 11 o 12 horas a distancia podría provocar que en un determinado periodo de observación en que el número total de horas trabajadas se redujera ligeramente, el porcentaje de trabajo a distancia sobrepasará claramente el umbral del 30 por 100 (...).” El autor añade, además, la ausencia de sentido de un cálculo proporcional a la duración del contrato, salvo que este contrato fuese menor a 3 meses, donde de forma lógica, se aplicaría el porcentaje proporcional de acuerdo con la duración de ese contrato. Por ello, para un contrato de duración determinada de 5 meses, también se realizará el cálculo de acuerdo con el período de observación de 3 meses, sin en ningún caso, realizarlo en porcentaje a una base anual.

Estas ideas llevan a concluir que, debido a la reciente regulación del trabajo a distancia, no existe una postura unánime en relación a los problemas que puede suscitar el cómputo del 30% de la jornada. En este sentido, existen dos posturas:

(i) La opción que considera que el 30% debe calcularse sobre la base de la jornada real de trabajo en el periodo de observación. En este caso, vicisitudes como vacaciones o bajas (el autor⁸ pone como ejemplo las primeras) no son tiempo que computar dentro del periodo de referencia, porque lo que computa son las horas reales de trabajo (y en vacaciones o bajas no se está prestando activamente un servicio). La consecuencia es que en ese periodo de tres meses que se tome como observación, los días trabajados serán menos y, por tanto, si se mantienen los mismos días de trabajo a distancia, se puede

⁸ (Gómez Abelleira, 2020)

ofrecer una imagen distorsionada (porque el porcentaje será más alto). Un ejemplo podría ser si justo se coge un periodo de tres meses en el que hay un mes de vacaciones, y se asume que la persona trabaja siempre el mismo porcentaje de tiempo a distancia, entonces la base del cálculo se hará sobre dos meses de trabajo, no sobre tres.

(ii) La opción que considera que el 30% debe calcularse sobre la base de la jornada semanal según la media anual. Esta idea evita el problema de que vicisitudes como vacaciones o bajas creen oscilaciones en el porcentaje.

Por último, se debe destacar la importancia de la negociación colectiva en el ámbito del trabajo a distancia. A modo de ejemplo, como se ha indicado para el artículo 34.8 ET, pese a los mínimos que establece la ley 10/2021, remite el análisis de circunstancias y posibilidades de trabajo a distancia de acuerdo con el convenio colectivo aplicable. En relación a la variable de tiempo de trabajo, la negociación colectiva tiene la potestad para regularla. El uso de los dispositivos, tanto los propios como aquellos proporcionados por la empresa, viene regulado en el convenio colectivo aplicable, así como la concreción de la flexibilización de la jornada laboral en el trabajo a distancia, el derecho a la desconexión digital, o la conservación y uso de los equipos y herramientas de trabajo⁹.

A raíz de la aprobación del RDL 28/2020 y de la ley 10/2021, se han incluido disposiciones en numerosos convenios colectivos tanto de empresa como sectoriales. Entre los convenios colectivos sectoriales, destacan el Convenio Colectivo del sector de la Banca del 17 de marzo de 2021, el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes del 31 de mayo de 2021 y el Convenio Colectivo estatal de Industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal del 12 de enero de 2022. En este último se recogen previsiones de trabajo a distancia enfocadas a la prevención de riesgos de la salud durante el tiempo de trabajo, indicándose: *“Es aconsejable que las personas que realicen teletrabajo o el trabajo a distancia mantengan el vínculo presencial con su unidad de trabajo y con la empresa con el fin de evitar el aislamiento. Por ello las partes consideran conveniente que los acuerdos individuales de teletrabajo contemplen mecanismos que faciliten una cierta presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo”*. Por otro lado, el convenio de Grandes Almacenes mencionado recoge en su artículo 26 bis cuestiones en relación con la desconexión digital del teletrabajador, y consecuentemente,

⁹ (Cairós, 2021)

del teletrabajador, enumerando buenas prácticas de realización por parte de las empresas para salvaguardar el bienestar de los empleados y su prevención de riesgos laborales.

Respecto a todo lo indicado, se debe expresar que existen numerosas materias en las que la negociación colectiva no puede alterar la regulación de la ley. En primer lugar, como indica la profesora Cairós¹⁰, los derechos que la ley otorga al teletrabajador son indisponibles, siendo imposible el establecimiento de condiciones de trabajo menos garantistas que las de los trabajadores físicos. Es por ello, que no cabe la posibilidad de una regulación menos favorable para el trabajador por negociación colectiva de los salarios, la realización de horas extraordinarias, vacaciones u otras que pudiesen afectar a los derechos mínimos indisponibles indicados en la ley 10/2021. Además, las obligaciones formales respecto al acuerdo de teletrabajo incluidas en el artículo 6 de la ley 10/2021, así como el carácter voluntario de esta modalidad laboral, en ningún caso podrán ser modificadas por la negociación colectiva.

Cabe concluir, expresando la crítica sobre la insuficiencia de la regulación del teletrabajo ocasional que no está inmerso en la ley 10/2021, por no alcanzar el 30% indicado en la misma. La normativa actual está enfocada en un trabajo a distancia total o mayoritario, pero el teletrabajo ocasional se practica, y según expertos, puede ser el modelo prevalente de las relaciones laborales del futuro. En la actualidad se da la situación de numerosas empresas, que establecen un máximo estricto de horas trabajadas a distancia, con el único objetivo de no alcanzar el 30%, y, por consiguiente, que no se apliquen las disposiciones de la ley 10/2021, como la obligación formal de realizar un acuerdo de trabajo a distancia, incluida en los artículos 6 y 7 o la compensación de gastos del artículo 12.

Como se indica *supra*, el trabajo a distancia que no alcance el 30%, no queda recogido en la aplicación de la ley de trabajo a distancia. Por esta razón, para atender a la regulación del tiempo de trabajo para esta modalidad, se debe acudir, en primer lugar, a las leyes que regulan el tiempo de trabajo a nivel general. En segundo lugar, a la negociación colectiva, y, por último, a los pactos individuales que alcancen empresa y trabajador.

En relación a leyes generales, se debe afirmar la aplicación regular del ET respecto a la jornada laboral, su distribución y las horas extraordinarias. El artículo 34 ET regula la jornada, estableciendo que será la indicada en el CC, y el contrato de trabajo. Atendiendo

¹⁰ (Cairós, 2021)

al modelo de teletrabajo, se mantendrá la misma jornada, su distribución y su control, de igual forma que el trabajo en físico, sin perjuicio de los pactos individuales que puedan alcanzar entre empresa y trabajador. Además, en materia de horas extraordinarias y distribución irregular de la jornada, se seguirá el mismo sistema que el establecido para teletrabajadores con un porcentaje superior al 30%. Esta idea viene desarrollada en el epígrafe 2.4 de este trabajo. En relación con la PRL, se atenderá en este caso a la LOPD, destacando el artículo 88.3 en atención a la política de desconexión digital, así como a la LPRL, no siendo posible la aplicación del artículo 16 de la ley 10/2021 sobre evaluación de riesgos y planificación. Por ello, quedará regulado de la misma forma que el teletrabajo por encima del 30% en materia de PRL y desconexión digital. No obstante, al no existir obligación de acuerdo de trabajo a distancia, esta prevención de riesgos laborales podría quedar más difusa, si no se suscribe un pacto entre las partes que lo prevea de la misma forma que el artículo 7 de la ley 10/2021.

La negociación colectiva también establece disposiciones en torno al teletrabajo menor del 30%. El CC de Banca¹¹, además de establecer una disposición respecto al teletrabajo mayor al 30%, se establece en el artículo 28, la posibilidad de teletrabajo inferior al 30% de la jornada de trabajo, que lo sujeta a la autorización por la Dirección de la empresa. En el caso del CC de Altadis y otras sociedades¹², se regula de forma exclusiva que el teletrabajo solo podrá ser realizado por debajo del 30% de la jornada de trabajo. Así, establece un horario cerrado para los teletrabajadores, creando límites a la flexibilidad. En conclusión, la negociación colectiva podrá regular el teletrabajo inferior al 30% de la jornada de trabajo, siempre y cuando no sea menos favorable que lo indicado en la ley. No obstante, podrá establecer disposiciones que no sigan lo indicado por la ley 10/2021.

Por último, en ausencia de un deber de realizar un acuerdo de trabajo a distancia por escrito, para un teletrabajo que no alcance el 30% de la jornada, se establecerá una libertad de pactos entre empresa y trabajador. Estos pactos no exigirán incluir los contenidos del artículo 7 de la ley 10/2021; sin embargo, en ningún caso, podrán establecer condiciones menos favorables al CC o a la ley. Estos pactos concretos, que pueden establecerse de forma verbal, no quedan publicados generalmente. En él, se establecen los días que han

¹¹ XXIV Convenio colectivo del sector de la banca de 29 de enero de 2021. (99000585011981)

¹² Convenio colectivo de Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU de 20 de agosto de 2019. (90103433012019)

quedado acordados para teletrabajar, pudiendo limitar días concretos, como podría ser la prohibición de teletrabajo los lunes. Además, se pueden incluir numerosas cláusulas en semejanza al acuerdo de trabajo a distancia descrito en la ley 10/2021. La existencia del pacto no supone una obligación legal; no obstante, obliga al empresario a establecer límites concretos a la jornada laboral, y a reducir los posibles riesgos de accidentes de trabajo. Además, otorga garantías al empleado durante su jornada laboral.

En conclusión, respecto al tiempo de trabajo, la diferencia principal entre el teletrabajo ocasional, y aquel que supera el 30% de la jornada laboral, se encuentra en la obligación formal de realizar un acuerdo de trabajo a distancia según el artículo 6 de la ley 10/2021. En ausencia de esta obligación, se establece una libertad de pactos entre empresa y trabajador, sin perjuicio de lo establecido en el CC, o en la ley.

1.4 Principio de Igualdad de Trato del Teletrabajador.

El artículo 13 ET nos remite a la ley 10/2021, en su artículo 4 la Igualdad de Trato y de oportunidades y no discriminación. En lo que incumbe a tiempo de trabajo, toda persona que realice trabajo a distancia gozará de los mismos derechos que los que gozaría realizando el mismo trabajo en el centro físico de trabajo. Esta disposición únicamente limita aquellos derechos inherentes a la realización de la prestación laboral de manera presencial. ¿De qué derechos en concreto se está hablando con esta limitación? Evidentemente no quedan limitados los derechos de descanso semanal, diario o vacaciones, debido a que estos no se fundamentan en el lugar de trabajo, sino en la realización del trabajo como tal. En este trabajo se debe analizar todos los componentes que rodean al trabajador al realizar la prestación de servicios, y que se consideran esenciales y necesarios para realizarlos. La ley 10/2021 queda limitada en este punto, y dependerá de la negociación colectiva y de la jurisprudencia para el caso concreto.

Se debe expresar que la disposición adicional primera de la ley 10/2021 de Trabajo a Distancia, endurece las sanciones respecto a la normativa precedente, para casos de incumplimientos o de infracciones en relación con decisiones discriminatorias, pudiendo ser estas desde 70€, hasta alcanzar la cifra de 225.018€ para infracciones muy graves con multa¹³.

¹³ Art 40 LISOS

2. Cuantificación del tiempo de trabajo, su distribución y control

Este epígrafe tiene como principal objetivo el análisis de la jornada laboral del trabajo a distancia. Se debe partir de la existencia de una gran diferencia entre una jornada de trabajo en el centro de trabajo y una jornada de trabajo solo en tu domicilio particular (o aquel lugar acordado entre empresa y trabajador). Pese a esta idea, y de acuerdo con la igualdad de derechos entre ambas tipologías de trabajo, se debe investigar y exponer cómo se introducen las variables de la jornada laboral dentro de un sistema que nos obliga a enfrentarnos a retos y conflictos jurídicos de envergadura, como la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales o la necesidad de proteger al trabajador en las situaciones en las que no mantiene contacto físico o presencial con otros trabajadores.

En particular se analizará cómo afecta a la distribución de la jornada el equilibrio entre la flexibilidad del teletrabajador y el control necesario del empleador, generando problemática en relación a las horas extraordinarias, ausencias injustificadas, conciliación con la vida familiar y personal, o complicaciones para la localización.

2.1. Flexibilidad y límites a la jornada

El teletrabajo supone una mayor facilidad de gestión del tiempo de trabajo. El trabajador a distancia podrá compatibilizar su vida personal con la vida laboral de una manera más sencilla, o podrá ahorrar tiempos de transporte. Pese a estas ventajas, toda flexibilidad exige tener limitaciones, siendo necesario el mantenimiento de una jornada laboral similar a la que posee un trabajador que presta servicios de forma física. Un exceso de flexibilidad podría provocar un exceso de trabajo descontrolado que paradójicamente eliminaría la flexibilidad del empleado y reduciría la productividad de este respecto a la actividad de la empresa. Es por ello por lo que, el teletrabajo exige un equilibrio entre la flexibilidad de la prestación de servicios del trabajador, con el control de la jornada por parte del empleador. La ley de trabajo a distancia tiene como objetivo lograr este equilibrio, creando unas bases restrictivas, pero permitiendo una enorme autonomía tanto a la negociación colectiva como a los posibles acuerdos individuales entre empresa y trabajador.

En la exposición de motivos III de la ley 10/2021, se establece que el trabajo a distancia aporta ventajas como: *“mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos; mayores posibilidades, en algunos casos, de una autoorganización, con consecuencias positivas, en estos supuestos, para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; reducción de costes en las oficinas y ahorro de costes en los desplazamientos; productividad y racionalización de horarios”*. Si se analizan los conceptos indicados, y exceptuando el ahorro en costes, suponen términos que se pueden considerar positivos para el trabajador, pero realmente pecan de una excesiva generalidad y abstracción.

La autoorganización de tiempos de trabajo supone la posibilidad de determinar el orden de las tareas y la concreción del momento de realización a decisión del trabajador. El trabajador puede gestionar sus tiempos de mayor productividad para realizar tareas más costosas, o modificar horarios para conciliar de una mejor manera. Esto sería ideal, dada la situación en la que las tareas se encuentren ya incluidas en la jornada laboral (que no vayan surgiendo con el desarrollo de la jornada) y entendiendo que estas tareas se realizan durante un cómputo de horas que no supera los máximos fijados por convenio. Es por este motivo, que la mayoría de las empresas sí establecen previsiones en los acuerdos de trabajo a distancia. Esta autoorganización puede ser inexistente cuando se establecen plazos muy estrictos de entrega, o se van creando tareas a medida que se termina la anterior. Además, una mala organización podría llevar al trabajador a la obligación de trabajar horas extraordinarias, siendo para él seguramente una molestia, y generando para la empresa, un coste extra que podría no haber previsto. Por este motivo, se debe atender a la autoorganización, estableciendo por convenio o en el propio acuerdo de teletrabajo, la forma en la que se va a gestionar. Se deben establecer los límites a la organización puramente autónoma del trabajador, pero al mismo tiempo, se le deberá permitir una mínima autonomía, siempre y cuando esta sea considerada como valor positivo para el trabajador, y no, una complicación más.

Analizando la flexibilidad en la gestión de tiempos y descansos, el teletrabajo permite al trabajador poder reducir los tiempos de transporte, así como los de almuerzo, y poder usar ese tiempo para la realización de otras actividades relacionadas con la esfera privada del trabajador. El artículo 13 de la ley 10/2021, se expresa que *“la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido”*.

No obstante, la aplicación del artículo 13 queda condicionada a lo establecido por el convenio colectivo y al acuerdo individual suscrito por las partes. Posiblemente esta sea la mayor ventaja que ofrece este sistema, debido a que el trabajador tiene la potestad de organizar su descanso, su inicio de jornada y su fin, siempre y cuando la actividad de la empresa se lo permita. De acuerdo con un estudio de 2018¹⁴, el teletrabajo aumentaba en un 71% la probabilidad de que el trabajador realizase una actividad física diaria de aproximadamente 30 minutos. Existen otros estudios que siguen esta misma idea, expresando la facilidad que aporta el teletrabajo a realizar actividades “personales” que pueden llegar a ser inviables de realizar si existe un horario fijo de estancia en el centro de trabajo. Como se ha indicado previamente, se han de cumplir los mínimos legales reflejados en el Estatuto de los Trabajadores respecto a la jornada laboral, debiendo establecer límites a la flexibilidad. Sin embargo, queda demostrado que la fijación de los descansos, el transporte, o la realización de pausas innecesarias por motivos de la oficina, generan un tiempo en el lugar de teletrabajo que puede servir para hacer deporte como se ha expresado, para aumentar las horas de sueño (con su consiguiente aumento productivo), para invertir tiempo en la cocina, o incluso para realizar otra actividad remunerada además de aquel trabajo.

Esta flexibilidad no puede suponer una infracción de los límites en materia de jornada y descansos. El propio artículo 13, condiciona la flexibilidad, a lo establecido en el acuerdo de teletrabajo y la negociación colectiva, además de siempre respetar los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso. El tiempo de flexibilidad que obtiene el trabajador por no transportarse, o por la gestión de descansos no puede provocar la prolongación de la jornada laboral diaria, es decir, esta “acomodación” del trabajador se debe dar siempre dentro de la jornada establecida por el CC aplicable, y de acuerdo con la ley. Asimismo, no se debe introducir en este concepto de flexibilidad la conciliación familiar, el cuidado de menores, u otras necesidades legalmente establecidas en el ET, siendo estos derechos adquiridos por el conjunto de los trabajadores, tanto presenciales, como a distancia.

Un mal entendimiento de esta flexibilidad (y la ausencia de su control por parte de la empresa) produciría reducciones en la productividad del trabajador, un aumento de horas de trabajo, y posibles costes económicos de horas extraordinarias para la empresa. El desarrollo de lo que la ley establece como “ventaja”, se convertiría en una clara desventaja

¹⁴ (Chakrabarti, 2018)

para las dos partes de la relación laboral. La prestación de servicios únicamente de madrugada puede ser un ejemplo contraproducente de la flexibilidad absoluta. Pese a la posible comodidad del trabajador, el trabajo nocturno podría provocar una falta grave de conexión con el centro de trabajo en general y sus compañeros en especial, que causaría dificultades en el desarrollo de la actividad empresarial. En este caso, la empresa, a través del acuerdo de trabajo a distancia, debe establecer límites a esta flexibilidad para lograr un acercamiento de horarios entre el conjunto de los trabajadores, que, aunque no hay necesidad de ser idénticos, deberían ser similares. Como ampliación a la disposición legal establecida previamente, los CC pueden establecer límites a la flexibilidad. En el caso de El Periódico de Catalunya¹⁵, en su artículo 45 sobre trabajo a distancia, se impide la variación de la distribución de la jornada establecida. Esto supone un límite a la flexibilidad del empleado, que no podrá tener libertad absoluta en los horarios de prestación de servicio. Además, supone un límite a la flexibilidad del empleador, que tampoco podrá realizar modificaciones sobre la jornada del teletrabajador.

En conclusión, existe la necesidad, de acuerdo con el artículo 7 c) de la ley 10/2021 respecto al acuerdo de trabajo a distancia, de fijar el concepto “flexibilidad” en el marco del trabajo a distancia, estableciendo los límites a esta. Además, debe especificarse la forma de control que tomará la empresa respecto al trabajo a distancia¹⁶. Se deberá intentar formar al trabajador en la autonomía y organización propia de las tareas a realizar. Con ello, la gestión durante el trabajo a distancia será óptima, pudiendo disfrutar de la “flexibilidad”, cumpliendo con los límites empresariales y requerimientos legales.

Por otro lado, el empleador goza de cierta flexibilidad a través del “poder de dirección”. El “*ius variandi*” del empleador le permite modificar de forma unilateral elementos de la jornada laboral. Esta idea, queda explicada en profundidad en el epígrafe 2.4 de este trabajo, a propósito del análisis de la facultad empresarial de distribución irregular de la jornada.

¹⁵ Convenio Colectivo de El Periódico de Catalunya, SLU, para los años 2022 y 2023 de 3 de mayo de 2022. (90104082012022)

¹⁶ Artículo 7 h) de ley 10/2021 de Trabajo a Distancia

2.2. Vigilancia y control del empresario ante el trabajo a distancia. Privacidad e intimidad del trabajador

El artículo 34.9 ET prevé la obligación de un registro horario en favor tanto de las empresas como de los empleados, que afecta a la totalidad de los empleados. De acuerdo con la disposición indicada, afecta de igual manera a todos aquellos trabajadores a distancia. Es por ello, que deberán realizar el registro concreto en todo momento de la prestación de servicios. En primer lugar, se genera la problemática en el modo de realizar el registro, no siendo en muchos casos necesario para acceder al puesto de trabajo. Además, durante el cómputo de tiempo de trabajo, se desconoce si existe una verdadera prestación de servicios, o no. Esto da lugar a que, además de realizar correctamente el registro de jornada (este podría realizarse por medios telemáticos para aquellos casos de trabajo con medios TIC), cabe la posibilidad de que el empleador pueda realizar un control del trabajador, para conocer su efectivo trabajo. En el caso de trabajo físico, el empleador, o los superiores jerárquicos, pueden estar en contacto con el empleado y conocer su situación de primera mano. Al ser a distancia, existen complicaciones para acceder al control detallado del empleado.

*“La empresa podrá adoptar cuantas medidas estime apropiadas para verificar el correcto uso por parte de la persona trabajadora de las herramientas de trabajo puestas a su disposición, así como para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Dicho lo anterior, la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos deberá garantizar adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados”*¹⁷. La colisión de los posibles mecanismos de control con los derechos fundamentales del empleado (destacando los derechos de intimidad personal y familiar y derecho a la inviolabilidad del domicilio, incluidos en los artículos 18.1 y 18.2 CE respectivamente), obliga al empleador a tener el consentimiento del trabajador para el uso de los mecanismos de vigilancia, así como para la realización de una posible inspección al trabajador a distancia. Pese a gozar de la autorización, el empleador sigue

¹⁷ (Godino Reyes, 2020)

limitado en sus facultades de dirección y control del trabajador, y por ello, para que estas medidas sean legítimas, deberán cumplir los requisitos básicos que establece el TC¹⁸:

- *Requisito de idoneidad*: La medida tomada por el empleador debe conseguir el objetivo propuesto con ella. A modo de ejemplo, la obligación de enviar una foto con la vestimenta de trabajo, como podría ser un traje, no supone una medida de control de la prestación de servicios del empleado, sino que solo afectaría a la forma de trabajo. Por ello, no superaría el requisito de idoneidad.
- *Requisito de necesidad*: Se exige que no exista una alternativa menos onerosa para lograr el propósito de la medida con la misma eficacia. Para este requisito, se podría permitir un rastreo de los dispositivos electrónicos exclusivamente durante jornada laboral, mientras que, si este rastreo fuese constante, se lograría la misma eficacia, pero generando una situación abusiva.
- *Requisito de proporcionalidad*: La medida debe resultar equilibrada en cuanto a la producción de las ventajas hacia el interés general respecto al posible perjuicio que se causa sobre los derechos del trabajador. Por lo tanto, en ningún caso, se podría acudir al domicilio del trabajador y observar su prestación de servicios (considerándolo claramente desproporcionado), como también sería abusivo un control directo sobre el ordenador del empleado sin el conocimiento de este, como destaca el JS 4 de Valladolid¹⁹: *“Con más razón ha de aplicarse el principio de proporcionalidad en el caso del control de los dispositivos digitales puestos por el empleador a disposición del trabajador/a, y más aún si pertenecen al trabajador, pues la potencialidad lesiva de la intimidad, secreto de comunicaciones y protección de datos es igual o mayor que en el caso de la audiovigilancia. No de otra forma puede interpretarse el art. 87.3 LOPD, cuando dice "deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente".*

En adición a la sentencia del TC, es necesario mencionar la sentencia Barbulescu II del TEDH²⁰, sentencia que discute la monitorización de la mensajería instantánea de los

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2012 de 7 de mayo de 2012. (RTC 2012\96)

¹⁹ Sentencia del Juzgado Social de Valladolid 238/2021 de 20 de septiembre de 2022. (JUR 2022\14505)

²⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Barbulescu contra Rumanía de 5 de septiembre de 2017. (TEDH 2017\61)

trabajadores por parte del empresario. Se reconoce el amplio margen de los Estados para establecer el marco legal de las comunicaciones no profesionales realizadas por los trabajadores en su lugar de trabajo, si bien quedan obligados a que cualquier regulación sobre la correspondencia o comunicaciones contemple una protección adecuada contra un posible abuso empresarial. Así, deberán tenerse en cuenta distintos factores:

- Si el trabajador fue notificado de la posibilidad de monitorización o implantación de dichas medidas (cabe distinguirlo de la prohibición de uso personal de herramientas profesionales).
- La extensión y grado de monitorización (no es lo mismo monitorizar el contenido de las comunicaciones que su flujo, o todas o algunas...).
- La existencia de razón legítima que justifique la monitorización.
- Si cabía establecer un método menos intrusivo (requisito de necesidad mencionado en la sentencia del TC).
- El resultado obtenido con la medida justifica el medio utilizado (requisito de idoneidad mencionado en la sentencia del TC).
- Si el trabajador contaba con protección suficiente, de manera que el empleador no pueda acceder al contenido de las comunicaciones salvo que el empleado hubiese sido previamente notificado.

Por ello, en el caso de cumplirse con estas condiciones, la medida de monitorización de los programas internos de mensajería instantánea de los trabajadores a distancia puede considerarse proporcional y su utilización será conforme a derecho.

Analizando de forma más detallada el uso de videocámaras, se trata de una medida de control que resulta eficiente para el empresario; sin embargo, genera un perjuicio que puede resultar grave para el trabajador a distancia. La LOPD, en su artículo 89, recoge: *“Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”*.

En un contexto de trabajo a distancia, la controversia aumenta debido a que en múltiples ocasiones la prestación se realiza en el domicilio privado del trabajador, pudiendo ser

compartido con terceras personas o incluso menores. El TEDH, estableció en el caso López Ribalda y otros contra España²¹ la vulneración del derecho a la intimidad en el uso abusivo de videocámaras, principalmente por dos motivos. El primero, se trata de la no existencia de información al trabajador de la instalación de videocámaras. El propio artículo 89 de la LOPD, menciona la necesidad de información expresa, clara y concisa, de la toma de esta medida. El TC también lo expresa en 2013²²:” *No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”.*

El segundo fundamento del TEDH, recae en que la videovigilancia no se realizaba sobre el trabajador y durante un tiempo puntual, sino que esta era realizada en todo momento, afectando a distintos trabajadores. Llevado a la modalidad de trabajo a distancia, esta videovigilancia podría darse exclusivamente en el lugar de trabajo establecido en el acuerdo de trabajo a distancia, y solamente durante la jornada laboral del trabajador, obligando a respetar el derecho a la esfera privada y familiar fuera de la jornada laboral. Además, nunca podrán ser instaladas en lugares donde el trabajador efectúa descansos, como puede ser el dormitorio del trabajador. Por ello, siempre y cuando se cumplan los requisitos de protección de datos y los derechos fundamentales, se permitirá el uso de videocámaras con el objetivo de control de la prestación efectiva de servicios del trabajador.

Por ello, debe analizarse con exhaustividad el requisito de proporcionalidad establecido por el TC. Establecido lo anterior, de haber un consentimiento por parte del trabajador (e incluso del titular del domicilio si fuera necesario), sí se podrá hacer uso de las imágenes dadas por una videocámara, si, a criterio del empleador, existen indicios claros de

²¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalda y otros contra España. (TEDH 2018\1)

²² Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013 de 11 de febrero de 2013. (RTC 2013\29)

conductas irregulares o de actos contrarios a la buena fe contractual por parte del empleado²³. En conclusión y a modo de ejemplo, las imágenes tomadas en una habitación privada del domicilio donde se ha acordado la realización del trabajo a distancia, si se muestra la nula prestación de servicios del trabajador durante su jornada laboral, podrían suponer una prueba totalmente válida de sanción o incluso para realizar un despido disciplinario del trabajador a distancia.

Establecidas las medidas de control de acuerdo a Derecho, el trabajador tiene el deber de aceptarlas y de actuar de buena fe hacia ellas. En el caso de que el trabajador no aceptase las medidas de control, o las incumpliese de mala fe, daría lugar a la exoneración del pago de las correspondientes horas extraordinarias como de la prestación de servicio²⁴. No obstante, esta situación ocurriría en el caso de que sea el trabajador el que se extralimita de la jornada ordinaria de forma intencionada. Además, las horas de la jornada ordinaria, si han sido efectivamente realizadas conforme al CC y al acuerdo de trabajo a distancia, deberán ser remuneradas. Finalmente, una actitud de desobediencia del empleado podría llevar al incumplimiento de prevención de riesgos laborales, pudiendo generar una sanción hacia el trabajador de acuerdo con el ET.

Con el control correcto de la jornada, se podrían detectar incumplimientos voluntarios por parte del trabajador, respecto a la jornada laboral establecida por su contrato. En consecuencia, el artículo 58 ET permite a las empresas sancionar a sus trabajadores.

En primer lugar, puede darse la situación de un defecto de tiempo de prestación de servicios durante la jornada laboral. La situación da lugar a una prestación de servicios menor a la pactada en el contrato de trabajo, no alcanzando el conjunto de actividades que demanda la actividad de la empresa. De acuerdo con el artículo 58 ET, a criterio fundado por el empleador, se podrá establecer una falta por ausencias o un incumplimiento del deber de buena fe contractual. El TSJ de Cataluña²⁵ declara procedente un despido disciplinario de una trabajadora en régimen de teletrabajo de acuerdo con un pacto de horario cerrado que no cumplía. *“Pues bien, en el presente caso,*

²³ (Godino Reyes, 2020)

²⁴ (de las Heras García, 2017)

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 136/2019 de 15 de enero de 2019 (traducido del catalán). (2019\64416)

si bien es cierto que no se ha acreditado una afectación negativa a la prestación laboral, también lo es que la demandante ejerció una especie de autotutela, disponiendo unilateralmente de su tiempo de trabajo, sin el consentimiento del empresario. En consecuencia, la actora incumplió con el tiempo de trabajo pactado con la empresa, haciendo un uso particular, lo que comportó quejas de clientes que motivaron la investigación empresarial”. Pese a que objetivamente no se ha acreditado un efecto negativo en su prestación de servicios, la trabajadora incumple el horario pactado, transgrediendo la buena fe entre las partes. En consecuencia, el despido disciplinario, es declarado procedente. Cabe añadir para este supuesto, que la empresa empleadora, de acuerdo a indicios de incumplimiento y reclamaciones de clientes insatisfechos, utiliza unos medios de control muy exhaustivos para analizar el caso, registrando cada movimiento que hace la trabajadora durante el horario de su jornada laboral. Estos medios de control en condiciones normales serían declarados inconstitucionales por una vulneración del derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 CE. Si bien, en este caso quedan admitidos por el Tribunal, considerándose proporcionales y necesarios para conocer el incumplimiento de la trabajadora.

En segundo lugar, puede existir un exceso voluntario de tiempo trabajado, por la realización de más horas de trabajo por parte del trabajador a distancia. A diferencia de la situación que se describe en el epígrafe 2.4, se trata de un supuesto de prestación de servicios más allá del horario pactado, sin existir horas extraordinarias notificadas. Del artículo 34.9 ET, se extrae el necesario registro concreto del inicio y final de la jornada. Por ello, todo exceso voluntario de trabajo también debe quedar registrado, computándose las horas extraordinarias si fuera necesario. Si el trabajador realiza el exceso fuera del registro, está incumpliendo sus obligaciones. En consecuencia, la empresa deberá asegurarse de su registro, advirtiéndolo al trabajador. Si la empresa cumple con las obligaciones de registro expresadas en la ley y en el CC, y no establece presiones de objetivos que superen la jornada laboral (se incluyen presiones literales, mediante la asignación de tareas a realizar una vez finalizada la jornada laboral, como presiones indirectas, en las cuales, se fuerza al trabajador a prestar servicios fuera de la jornada laboral ordinaria como consecuencia de una excesiva carga de trabajo no compatible con el horario de la jornada establecido), no deberá abonar las horas extraordinarias realizadas por incumplimientos del empleado. Además, puede ser causa de sanción para el trabajador, teniendo en cuenta que está poniéndose en riesgo al no estar cubierto por la

jornada laboral. Existe el célebre caso de Jean P., empleado de la empresa LIDL Stiftung & CO, y despedido por prestar servicios entre 49 y 87 minutos antes del inicio de su jornada de manera continuada, sin quedar estos tiempos registrados²⁶. La empresa alegó la obligación de registro por parte del trabajador. Además, por motivos de seguridad no podía trabajar solo en el centro de trabajo, por lo que ponía en riesgo el cumplimiento de PRL de la empresa.

Por otro lado, si el exceso voluntario queda registrado de forma correcta, se estarán realizando horas extraordinarias. Remitiendo esta idea a la norma general, la disposición 35.1 ET, fuerza a considerar que en principio todo tiempo de trabajo realizado que sobrepase la jornada será computado por horas extras. Por lo tanto, sin perjuicio de lo que pueda reflejar el CC, los excesos tendrán que ser compensados por la empresa. No obstante, si el empleador considera que no son necesarias estas horas, deberá advertir al teletrabajador de su bajo rendimiento, pudiendo llegar a sancionarlo si hubiese fundamento. Indicado esto, un bajo rendimiento no exime a la empresa de la compensación reglamentaria de las horas extraordinarias ya realizadas (35 ET). Esta idea queda ampliada en el epígrafe 2.4.

Por último, dada una situación en la que involuntariamente algunos medios de trabajo queden encendidos fuera de la jornada laboral, registrando tiempo por error, la empresa debe informarse, analizar el caso, y tendrá el deber de hacer corregir el error. En el caso de no corregirse, e imputarse el fallo a una negligencia de la empresa empleadora, se podrían imputar todas las horas extras registradas. Además, cabría una sanción a la empresa por sobrepasar límites máximos de jornada establecidos por el artículo 34.1 ET, sin perjuicio de lo establecido por el CC. Por otro lado, cuando este registro de jornada erróneo sea imputable al trabajador, podría constituir una transgresión del deber de buena fe contractual, en cuyo caso, caben sanciones de acuerdo con el ET, incluyendo el despido disciplinario, para los casos de especial gravedad.

²⁶ (Actualidad Laboral, 2014)

2.3. Conciliación en el teletrabajo, adaptación de jornada, y guarda legal

El trabajo a distancia no se define como un instrumento al servicio de la conciliación (ni lo es en todos los casos, ni tiene por qué ser la medida idónea para cubrir las concretas necesidades de conciliación de cada trabajador en concreto). Respecto de esto último, conviene recordar que cada teletrabajador tiene derecho a disfrutar de los mismos tipos de medidas que pueden disfrutar el conjunto de los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo físico como reconoce el artículo 4.5 de la ley 10/2021: *“Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar”*.

Asimismo, para el análisis regulatorio del derecho de conciliación respecto al trabajo a distancia, también se ha de estudiar lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, en la Directiva 2019/1158 y en el capítulo V, sección 5ª de la Ley de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de lo indicado por el CC aplicable. Y como se indicó previamente, en materia de conciliación, las bases legales serán iguales para el teletrabajo ocasional que no alcance el 30% del tiempo recogido en la ley 10/2021.

El artículo 9 de la directiva de la UE sobre conciliación²⁷, en su apartado 2, establece la posibilidad de todo trabajador de solicitar adaptaciones de jornada para atender cuestiones personales. Asimismo, obliga al empleador a analizar la solicitud, y aceptarla por regla general. En este sentido, solo podrá negar la solicitud, cuando se encuentre justificado de acuerdo con la actividad de la empresa.

En atención a esta adaptación, el JS de Logroño²⁸, establece que no solo aplica a la “duración y distribución” de la jornada laboral, *“sino también a la "ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación”*. En el caso analizado por la sentencia se establece la posibilidad de tomar una modalidad de teletrabajo con flexibilidad; sin embargo, este puede ser denegado cuando no exista relación directa con la conciliación, y pueda suponer un perjuicio económico para la empresa. El TSJ de Asturias²⁹, ha

²⁷ Artículo 9.2 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo

²⁸ Sentencia del Juzgado Social 1 de Logroño 229/2020 de 10 de diciembre de 2020. (EDJ 2020/831767)

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 328/2022 de 19 de abril de 2022. (JUR 2022\176419)

establecido en una sentencia, que la negativa empresarial a permitir el trabajo a distancia debido a que dificulta el trabajo en equipo, no puede considerarse como justificación apropiada para denegar una adaptación de jornada, cuando se había estado realizando la modalidad de teletrabajo durante numerosos meses en el año previo: *“En respuesta a esa solicitud, la demandada se limitó a afirmar que las circunstancias en las que se desarrolla el teletrabajo “no son idóneas para la buena marcha de la empresa, habida cuenta de que dificulta aspectos tan esenciales para el trabajo en equipo como la interacción directa y hasta las relaciones informales que resultan esenciales en el trabajo creativo que está en la base de nuestra misión como investigadores”, lo que no constituye una razón objetiva que justifique no acceder a lo solicitado por la trabajadora, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia”*. Respecto a la decisión empresarial, esta deberá ser tomada con motivos fundamentados y objetivos, pudiendo considerarse una negativa a la adaptación de jornada como una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador cuando existan elementos discriminatorios: *“El trato desigual dado por la empresa a la demandante y a sus dos compañeras, en análogas circunstancias personales y profesionales, y la no razonabilidad de la causa económica alegada para justificar la negativa a facilitar un portátil a la actora para trabajar a distancia, hacen concluir que la empresa no trató igual, sin causa justificada, a la demandante que a otros trabajadores de la empresa”*³⁰. Como indica el ET: *“Dichas adaptaciones deben ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”*³¹. El derecho a estas adaptaciones será genérico para el conjunto de los empleados siempre y cuando este sea necesario y razonable. La ley no establece los detalles a estas adaptaciones de jornada remitiendo la especificación a la negociación colectiva. En el caso de ausencia de negociación colectiva, será necesaria la negociación entre el trabajador y la empresa durante un periodo de tiempo, tomando la empresa una decisión posteriormente. Como establece el TS³², la negociación individual nunca se podrá dar cuando exista una previsión en el CC.

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 553/2020 de 17 de noviembre de 2020. (EDJ 2020/758735)

³¹ Artículo 34.8 ET

³² Sentencia del Tribunal Supremo 1286/2021 de 21 de diciembre de 2021. (EDJ 2021/815134)

El convenio mencionado en la sentencia³³, realiza una detallada descripción de la conciliación del personal laboral afectado por el mismo.

En conclusión, el derecho de adaptación de jornada en la modalidad de teletrabajo se da en las mismas condiciones que en trabajo físico. Sin embargo, el artículo 13 de la ley 10/2021, facilita la distribución y desarrollo flexible de la jornada laboral, con el objetivo de optimizar el equilibrio entre la vida profesional y la vida personal y familiar, teniendo en cuenta, en todo caso, lo dispuesto en la negociación colectiva y en el acuerdo individual.

Cabe indicar, que, en caso de conflicto entre las partes, el artículo 139 de la LJS, establece la urgencia de los procedimientos sobre conciliación, tramitándose estos de forma preferente. Además, como se ha mencionado, podría producirse una lesión de los derechos fundamentales del trabajador, abriendo un nuevo procedimiento que podría dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios.

Una vez expuesto el régimen de la adaptación de jornada, cabe continuar con el artículo 37.6 ET. En él, se establece el derecho por guarda legal. Este derecho permite la reducción entre un octavo y la mitad de la jornada laboral, con su respectiva reducción de salario. Se aplica a todo trabajador, aplicándose de igual manera a los trabajadores a distancia. Debe diferenciarse de la simple adaptación de jornada, indicada en el 34.8 de la misma ley de acuerdo con las siguientes dos ideas:

Primero, ambos derechos son independientes, pudiendo optar el trabajador por la adaptación de jornada, o por la guarda legal de forma única, o incluso, como menciona Romero³⁴, disfrutar de ambos derechos al mismo tiempo, pudiendo reducir la jornada hasta en un 50%, siendo la jornada laboral prestada en una modalidad flexible de teletrabajo, en virtud del 34.8 ET.

Segundo, en el caso de la guarda legal, el procedimiento ofrece un mayor número de garantías que la simple adaptación de jornada estableciendo la obligación de aceptación por parte del empleador. Además, la empresa no podrá sancionar al trabajador a modo de represalia durante la duración de esta guarda legal, considerándose nula cualquier sanción

³³ Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la administración de la Comunidad de Madrid (2021-2024) publicado el 12 de mayo de 2021. (28004531011988)

³⁴ (Romero, 2021)

al respecto. El TSJ de Madrid³⁵, desestima una demanda de nulidad por despido de una trabajadora en régimen de guarda legal con derecho a teletrabajo, estableciendo las diferencias entre los dos derechos expuestos: *“Quiere ello decir que estamos ante una diversa regulación, según que lo pretendido sea una reducción de la jornada, o una distribución de la misma en un determinado horario. En este segundo caso, realmente no existe lo que se podría contemplar como un reconocimiento de un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, estamos, de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz, y de otra, ante un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales, y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación, que no está sujeta en realidad a mínimos legales de clase alguna”*.

2.4. Horas extraordinarias y distribución irregular de la jornada

La modalidad de trabajo a distancia es compatible con la realización de horas extraordinarias. La flexibilidad del trabajador queda limitada, suponiendo horas extraordinarias todas aquellas horas que se hayan registrado más allá de la duración de la jornada ordinaria de trabajo. El artículo 35 ET prevé la obligación de compensar estas horas extraordinarias, pudiendo ser esta, económica, o a través de descansos, en la proporción establecida por el ET, sin perjuicio de lo indicado por el CC aplicable.

En la modalidad de teletrabajo, existe una flexibilidad pactada entre empresa y trabajador en la distribución horaria de la jornada laboral; no obstante, el artículo 34 obliga al registro adecuado de las horas trabajadas, estableciendo límites a la jornada ordinaria, y límites a la jornada máxima. Se establecen dos vertientes doctrinales respecto a la aplicación de las horas extraordinarias en el régimen de trabajo a distancia.

En primer lugar, se toma la opción donde se considera el trabajo a distancia como la autonomía del trabajador y su capacidad de autogestión laboral, entendiendo que no hay límites establecidos a la jornada ordinaria. Por ello, no cabría el cómputo de horas extraordinarias. Esta doctrina no aplica el artículo 35 ET ni la directiva 2003/88/CE. En consecuencia, se debe rechazar de forma rotunda esta idea.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 538/2012 de 10 de julio de 2012. (AS 2012\1963)

En segundo lugar, respecto al sentido literal ofrecido por el Estatuto de los Trabajadores, se defiende una delimitación temporal, y consiguiente control de la jornada del trabajador. Se defiende una separación entre la esfera laboral y la esfera personal, evitando que el tiempo de trabajo invada el descanso, o la vida personal y familiar del trabajador. Por este motivo, y con el control correspondiente, se debe atender al artículo 35 ET, de igual modo que se hace con los trabajadores que prestan sus servicios de forma física. En esta modalidad, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, se computan las horas extraordinarias realizadas por el trabajador a distancia.

El Derecho de la Unión Europea en su Directiva 2003/88/CE³⁶, en su capítulo II, establece la obligación de fijación de una jornada laboral y la garantía de creación de límites y descansos. Por este motivo, el hecho de trabajar a distancia del centro de trabajo no puede ser un impedimento para la difuminación del horario diario, y tampoco, la supresión de horas extraordinarias.

Como ha quedado indicado en el epígrafe 2.2 de esta exposición, existe la obligación del registro de la jornada de trabajo, cuya consecuencia es el cómputo de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, incluyendo los trabajadores a distancia. Por ende, tanto la ley como la jurisprudencia han tomado la segunda teoría expuesta, estableciendo una separación entre la dedicación laboral y la esfera personal, limitando el número de horas prestado y obligando a compensar las horas extraordinarias.

Según lo expuesto, no solo se han de controlar, sino que es responsabilidad de la empresa crear un registro concreto de estas horas para cuantificarlas de manera exacta. No controlar el tiempo de trabajo no exime de la compensación de horas extraordinarias, incluso cuando hubiese indicios de incumplimientos laborales por parte del trabajador. Los tribunales lo han corroborado en multitud de ocasiones³⁷: *“El tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo”*, *“El control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que debe igualmente registrar la jornada del trabajador día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo”*

³⁶ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 198/2016 de 3 de febrero de 2016. (AS 2016/99)

correspondiente”, “El respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud (Directiva 2003/88/CE) (LCEur 2003, 3868) , que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva”, “el caso del trabajo desarrollado con conexión a la internet el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral. Ese control empresarial en este caso se ha omitido por completo”. El trabajador, de acuerdo con el registro correspondiente podrá alegar la realización de horas extraordinarias, y su compensación, de igual manera que si se tratase de un trabajador en el centro de trabajo de forma física.

En sentido contrario, cualquier rechazo del trabajador a ser controlado de forma legítima por el empleador, le impedirá alegar las horas extraordinarias realizadas. Además, podría ser causa de sanción para el trabajador.

En atención a los errores involuntarios del registro horario durante la jornada laboral o durante los descansos, véase el epígrafe 2.2 *in fine*.

Finalmente, se debe incidir en el artículo 34.2 ET, donde se faculta a la empresa a realizar una distribución irregular de la jornada con un máximo del 10% de la jornada anual, sin perjuicio de lo indicado por el convenio colectivo aplicable o un acuerdo entre empresa y RLT. A través de esta medida, igualmente aplicable en la modalidad de trabajo a distancia, el empleador estaría capacitado a sumar horas a la jornada durante unas jornadas concretas (campaña de Navidad, por ejemplo), sin que estas quedasen consideradas como horas extraordinarias a efectos del 35 ET. De este modo, si se cumple con el preaviso correspondiente y con los límites de descanso diario y semanal, el trabajador no podrá negarse a la prestación de servicios durante ese tiempo, siendo una conducta irregular y sancionable su incumplimiento. Las diferencias de horario establecida deberán ser compensadas en los siguientes 12 meses, sin perjuicio de lo indicado por el CC, o el pacto individual³⁸. Por último, el CC podrá limitar el “poder de dirección” del empleador, evitando modificaciones en la distribución de la jornada. En

³⁸ Artículo 34.2 ET

relación a esta idea, El CC de empresa de El Periódico de Catalunya³⁹, establece: “*La persona que trabaje a distancia no verá modificada su distribución de jornada, respetando en todo momento los límites horarios y descansos previstos en el Convenio Colectivo y en los acuerdos individuales o colectivos que le sean de aplicación*”. Así, la distribución de la jornada será necesariamente la que establece el propio CC de empresa, sin perjuicio de pacto entre las partes. En ningún caso se podrían realizar modificaciones de forma unilateral.

En conclusión, en relación a la limitación de la jornada, y los posibles excesos de horas respecto a la jornada regular establecida, se aplica de igual forma que a los trabajadores que prestan servicios de forma física. No obstante, la única salvedad recae en el modo de control de esas horas, cuyos medios serán distintos en el caso del trabajo a distancia. Asimismo, y de igual manera que con los trabajadores en el centro de trabajo, la aplicación de la distribución irregular de acuerdo con la carga de trabajo supone para la empresa una forma de flexibilidad en su actividad con el fin de ahorrar costes. Estos costes podrían venir generados por la necesidad de nuevas contrataciones, o por la compensación de horas extraordinarias.

2.5. Interrupciones y retrasos involuntarios en la prestación de servicio

Durante la prestación de servicios a distancia, el trabajador está en contacto con sus compañeros, o con los clientes. En este sentido, las relaciones interpersonales que se realizan fuera del centro de trabajo se deben realizar de forma escrita, o a través de llamadas. Estos medios son generalmente menos productivos que la relación física, e incluso en algunos casos estos no pueden ser viables debido a la necesidad de entregas físicas o comunicación física. Haciendo referencia al sector de la abogacía, dada la necesidad de presentación de escritos en representación de un cliente, se exige gozar de los poderes pertinentes. En este caso, no se permite ni una imagen, ni una copia, ni una autorización del cliente. Es por ello por lo que, se dificulta el teletrabajo en estos casos, cabiendo 2 soluciones: por un lado, acudir al centro de trabajo y obtener la documentación necesaria, o por otro lado, indicar a algún compañero el envío del documento a través de

³⁹ Convenio Colectivo de El Periódico de Catalunya, SLU, para los años 2022 y 2023 de 3 de mayo de 2022. (90104082012022)

un correo postal. Ambas soluciones expuestas suponen un coste de tiempo, y en el segundo de los casos, un coste económico.

Los costes de tiempo durante el teletrabajo son frecuentes, especialmente debido a las dificultades de comunicación que pueden aportar las nuevas tecnologías, generando ciertas limitaciones, y mayor duración de las actividades. El TSJ de Madrid⁴⁰ considera todo tipo de conexiones por llamadas, correo electrónico, u otro tipo de conexiones a través de teléfonos móviles que deben estar incluidas como tiempo de trabajo. Esta sentencia lleva a concluir que el posible excesivo tiempo utilizado en llamadas telefónicas, o la necesidad de duplicidades comunicativas, quedarán integradas en la jornada laboral del trabajador. Estas situaciones generalmente no se producen con la misma intensidad en el trabajo físico, por lo que se podría ver reducida la productividad durante el trabajo a distancia.

Así, los costes expuestos pueden suponer un límite añadido a la flexibilidad que aporta el teletrabajo, debido a que condicionan la forma de prestar servicios de los trabajadores. De este modo, al realizar el acuerdo de teletrabajo, el artículo 7 i) de la ley 10/2021, establece la obligatoriedad de recoger un *“procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia”*. No obstante, sería idónea una organización de las tareas tanto del teletrabajador, como del resto de trabajadores, para optimizar las comunicaciones, evitando las pérdidas de tiempo, o la creación de sobreesfuerzos de los trabajadores para solventar una situación que podría quedar resuelta. La correcta formación ante el trabajo a distancia supone facilitar la flexibilidad del trabajador, y optimizar los recursos para la empresa.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 628/2020 de 8 de julio de 2020. (EDJ 2020/642441)

3. Prevención de Riesgos Laborales en el teletrabajo

Para el desarrollo del trabajo a distancia, la ley 10/2021 en su capítulo II, obliga a la realización de un acuerdo entre las partes. En él se deberán fijar elementos como el centro de trabajo al que el empleado está adscrito, el lugar de teletrabajo, los medios de control y otros elementos principalmente relacionados con la Prevención de Riesgos Laborales.

Según lo expuesto, la no suscripción del correspondiente acuerdo de trabajo a distancia supondrá la ausencia de cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 6 (necesidad de acuerdo escrito, y su posterior traslado a la representación legal de los trabajadores) como el incumplimiento de los requisitos materiales del propio acuerdo de trabajo a distancia, indicados en el artículo 7. Desde el punto de vista del teletrabajador, la Audiencia Nacional⁴¹ señala que, para el caso de incumplimiento empresarial con la Ley de Trabajo a Distancia, el trabajador afectado podrá: *“reaccionar, bien instando la resolución de su contrato conforme el art. 50.1.c) ET, bien accionando en reclamación de su adecuado cumplimiento incluidos los daños y perjuicios que se le hubieran podido ocasionar”*. Es por ello, que, el trabajador se ve protegido ante una eventual situación de incumplimientos empresariales en materia de PRL.

Como consecuencia del incumplimiento legal en relación al acuerdo de teletrabajo, pueden surgir problemas en materia de prevención de riesgos laborales. Además, la propia Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), también podría aplicarse. Comenzando por esta segunda consecuencia, la no formalización del acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos, constituye una infracción grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, según indica el artículo 7 de la LISOS. La LISOS prevé una sanción para esta infracción que puede ser desde 751€ en su grado mínimo hasta 7.500€ en su grado máximo.

Respecto la prevención de riesgos laborales, la ley 10/2021 en su artículo 16, combina una remisión a la ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) con una especificación respecto a la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Se debe subrayar que la evaluación se realizará exclusivamente en la zona habilitada para prestar

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Nacional 44/2022 del 22 de marzo de 2022. (JUR 2022\117205)

el servicio. Es por este motivo, por el cual el acuerdo debe definir con detalle el lugar de teletrabajo del empleado. El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo⁴² vuelve a recalcar lo indicado previamente, pero expresa que el énfasis recae sobre la formación del trabajador. Indica: *“En el contexto del teletrabajo, la formación sobre la “función” del personal cobra una especial importancia dada la participación que este último va a desempeñar en el momento de recabar información (apoyo en la evaluación de riesgos) o a la hora de implantar las medidas preventivas correctoras básicas bajo las instrucciones de su servicio de prevención”*. Indicado esto, se prevé la posibilidad de incurrir en infracciones sancionables según la LISOS en relación con la prevención de riesgos laborales.

Como conclusión, en caso de no existir un acuerdo formal de teletrabajo, existe un riesgo para el empleador, que estaría contraviniendo la normativa respecto a la prevención de riesgos laborales. En el caso de producirse un accidente de trabajo durante la prestación de servicios del teletrabajador, podría conllevar para la empresa el pago de prestaciones, una posible indemnización por daños y perjuicios además de una sanción de acuerdo con la LISOS. El JS número 3 de Girona⁴³, estableció la existencia de accidente laboral de una teletrabajadora, a causa de un ictus después de una jornada anormalmente estresante para ella. En consecuencia, se condena a la empresa *“a asumir las prestaciones derivadas de dicho período de incapacidad temporal”*. Se entiende, que la empresa no previó la situación causante, ni se estableció ningún sistema de protección preventiva. Por ello, queda considerado como “accidente de trabajo”, aplicándose en este caso consecuencias singularmente gravosas como consecuencia de la falta de adopción de medidas apropiadas de prevención de riesgos laborales.

A continuación, se describirán elementos concretos respecto al cumplimiento del acuerdo de teletrabajo descrito y la prevención de los riesgos laborales que podría acarrear.

⁴² NTP 1165 de Instituto Nacional de Seguridad Y Salud en el Trabajo de 25 de octubre de 2021. Teletrabajo, criterios para su integración en el sistema de gestión de la SST

⁴³ Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Girona 199/2021 de 12 de noviembre de 2021. (AS 2021\691)

3.1. Riesgos causados por la distancia. Estrés laboral, malas comunicaciones, tensión entre compañeros, dificultad en dar explicaciones. Dificultad de reconocimiento por parte del empleador

De acuerdo con el análisis de la Organización Mundial de la Salud, y la Organización Internacional del Trabajo⁴⁴, se expresa la numerosa evidencia tanto del impacto físico como del impacto psicosocial que produce el trabajo a distancia sobre los trabajadores. Estos estudios dan lugar a resultados positivos, como la facilidad del empleado de combinar su jornada laboral con actividad deportiva saludable; sin embargo, se pueden producir efectos negativos para el trabajador, como el aumento de la presión arterial, o el aumento de síntomas de soledad y aislamiento.

Además de la dotación de medios físicos correctos para la prestación de servicios, y la formación en el uso de estos, el empleador debe analizar el ambiente de trabajo a distancia, desde un factor de protección psicosocial. La diferencia de formación del trabajador en esta materia puede suponer grandes beneficios para la salud mental del teletrabajador, y por consiguiente, mayor productividad para la empresa. El trabajo a distancia presenta grandes riesgos:

En primer lugar, la estancia durante numerosas horas en un mismo lugar, encontrarse solo en el puesto de trabajo, las comunicaciones o la ausencia de estas respecto a sus compañeros de trabajo y, sobre todo, la forma de prestar los servicios puede causar estrés al trabajador.

En segundo lugar, la distancia dificulta las comunicaciones, sumado a las posibles desconexiones, retrasos, u otro tipo de fallos que, en el centro de trabajo, podrían ser solucionados de una manera sencilla, mientras que en el caso de trabajo a distancia, plantea un conflicto al trabajador que se encuentra aislado.

Haciendo referencia a los riesgos expuestos, el artículo 16.2 de la ley 10/2021, expresa: *“La empresa deberá obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso”*. El empleador asume una nueva responsabilidad de

⁴⁴ (Organización Mundial de la Salud y Organización Internacional Trabajo, 2021)

conocer la situación del trabajador, y evitar estos posibles riesgos con las máximas herramientas posibles. El mismo artículo, establece que, en el caso de no darse el permiso al empleador para obtener toda la información en materia de prevención de riesgos en el lugar de trabajo, *“el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención”*. Este precepto establece un impedimento absoluto al empleador de acceder al domicilio del trabajador, si este último no lo autoriza. La AN⁴⁵, establece la ilegalidad de las cláusulas de autorización general por parte del trabajador de acceder a su domicilio para evaluar los riesgos del lugar de trabajo: *“tiene que existir una razón concreta que lo justifique, razón que debe ser informada por escrito previamente tanto al trabajador como a los delegados de prevención. Incluso así cabe que el trabajador se niegue a esa entrada domiciliaria por lo que en tal caso no se llevaría a cabo, realizándose la evaluación conforme la información referida en el primer apartado del art. 16.2 LTD”*.

Según lo expuesto, la Organización Mundial de la Salud⁴⁶ establece buenas prácticas para promover actitudes saludables en el teletrabajo. Se debe formar al trabajador en la necesidad de sueño y descanso diario, estableciendo límites horarios al uso de pantallas (de medios electrónicos relacionados con el trabajo). Además, el empleador debe recomendar, e incluso facilitar la realización de actividad física durante 3-4 días a la semana. Esto hará evitar una vida sedentaria con sus posibles consecuencias negativas. En relación a este punto, la empresa debe proporcionar información respecto a hábitos alimenticios saludables durante el trabajo, y evitar el consumo de alcohol, u otras sustancias perjudiciales para la productividad del trabajador. Por último, como se ha indicado en el epígrafe 3.1, es necesaria una formación en tecnologías, y sistemas de comunicación. Una persona formada, conocerá detalladamente los medios de comunicación óptimos para cada actividad, e incluso conocerá las alternativas en caso de posibles errores. Declarado por la Organización Mundial de la Salud, si se siguen estas indicaciones, el trabajador, se encontrará en mejores condiciones para realizar el teletrabajo correspondiente.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional 44/2022 de 22 de marzo de 2022. (JUR 2022\117205)

⁴⁶ (Organización Mundial de la Salud y Organización Internacional Trabajo, 2021)

Como es sabido, la distancia, en este caso, da lugar a una mayor dificultad de reconocimiento por parte del empresario de posibles contingencias que se produzcan en el puesto de trabajo. Un ejemplo, supone el acoso laboral, ya sea este por razón de sexo, acoso sexual u otra tipología de acoso de carácter discriminatorio. De acuerdo con el criterio establecido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁷, el acoso debe ser contemplado como un problema de prevención de riesgos laborales, y no como un problema personal entre individuos, por lo que queda recogido en lo establecido en el artículo 16 de la ley 10/2021 sobre la evaluación de riesgos y PRL.

En condiciones físicas, existe facilidad de conocer esta situación; sin embargo, surgen complicaciones cuando se lleva a un marco digital y a distancia. La ley 10/2021, prevé esta idea en su artículo 4: *“las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.*

En la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas”. Respecto a este artículo, numerosas empresas gozan de un “protocolo de acoso” específico. En el caso del Banco Santander (empresa con alto porcentaje de trabajo a distancia), recoge en su Protocolo de Acoso⁴⁸ medidas concretas de obligado cumplimiento para la empresa con el objetivo de prevenir, detectar y solventar situaciones de acoso durante la realización de trabajo o en tiempos de descanso. En concreto se destaca por la facilidad de la víctima de solicitar ayuda para que la empresa inicie un procedimiento concreto de forma rápida: *“Recibida una reclamación, la Comisión de Instrucción del Acoso Laboral, deberá reunirse en el plazo máximo de 5 días hábiles para iniciar las actuaciones pertinentes”.* Además, otras empresas, recogen en sus convenios colectivos, directrices concretas para evitar contenido ofensivo, o abusos a través de los medios tecnológicos asociados a la propia empresa. En el caso de AXA⁴⁹, se establece en el artículo 15 de su CC de empresa, la prohibición de uso del correo

⁴⁷ Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales de 14 de abril de 2021

⁴⁸ Protocolo Sobre Acoso Laboral del Banco Santander

⁴⁹ Convenio Colectivo del Grupo AXA de 21 de septiembre de 2017. (90006353011984)

electrónico con fines distintos a los que fueron asignados. Como medida reactiva, añade: “AXA podrá realizar excepcionalmente, cuando existan indicios de uso ilícito o abusivo por parte de un trabajador, las comprobaciones oportunas y necesarias (entre ellas, controles periódicos o realización de auditorías), en la medida de lo posible en presencia del usuario afectado y contando con un representante legal de los trabajadores”.

En contraste a la dificultad de reconocimiento por parte del empresario de actos susceptibles de acoso laboral, la dificultad probatoria de la existencia de acoso laboral por medios digitales es menor, al quedar normalmente registrado en los medios tecnológicos. En este sentido, a criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁵⁰, existe el deber de indicar a los trabajadores que notifiquen las conductas que se puedan considerar como inaceptables y de acoso. Con ello, el trabajador afectado tendrá mayor facilidad de acceso a protección ante una situación de acoso laboral.

Según lo expuesto, el empleador tiene un deber legal preventivo sobre los riesgos de salud que puede sufrir el trabajador, evitando en todo caso que el trabajador preste sus servicios si existen posibilidades de sufrir una patología. Además, tiene un deber de control, y protección durante la prestación de servicios a distancia, donde puedan reconocerse síntomas de condiciones negativas para la realización del trabajo, para tomar medidas de cambio inmediato.

3.2. Garantía de formación del empleado.

Previamente a la decisión de realizar un acuerdo de teletrabajo, toda empresa tiene el deber legal de evaluar los riesgos laborales que pueden aparecer con el trabajo a distancia (regulado en el artículo 16 de la ley 10/2021). Además, existen las obligaciones de información y de formación de los trabajadores en relación a prevención de riesgos laborales (recogido en los artículos 18 y 19 de la ley 31/1995 sobre Prevención de Riesgos Laborales). Se deberá atender también, al Real Decreto 488/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Por último, se atenderá a lo expresado por el CC aplicable, que regulará elementos concretos sobre la información y formación de PRL de los trabajadores. “Las

⁵⁰ Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales de 14 de abril de 2021

Entidades elaborarán e informarán a la RLT en el ámbito de Seguridad y Salud de la Empresa una metodología basada en la cumplimentación de un formulario por parte de las personas trabajadoras, a partir del cual, el servicio de prevención evaluará y emitirá informe con propuestas preventivas y medidas de protección del que será conocedora tanto la persona teletrabajadora como el comité de salud laboral”⁵¹.

En primer lugar, la evaluación de los riesgos, y su posterior formación, debe realizarse únicamente respecto a la zona de prestación de servicios, que, en el caso del trabajo a distancia, será el lugar elegido por el trabajador, generalmente un punto concreto de su domicilio. Este lugar deberá ser específicamente establecido en el acuerdo, como se indica en el epígrafe 3.3. Toda actividad de prevención no podrá sobrepasar los límites de este lugar concreto. Esta disposición queda vacía en la práctica, al centrarse en una situación idealizada de zona de teletrabajo habilitada e independiente al resto de domicilio. En la mayoría de los casos, no existe una separación física suficiente entre el lugar de trabajo y el lugar de descanso del domicilio. Incluso, como menciona Sagardoy⁵², *“la cuestión se puede complicar en el supuesto, que la norma no parece contemplar, de que el teletrabajo sea en itinerancia”*. Por ello, en aplicación del artículo 16.1, este criterio restrictivo del lugar de trabajo debe quedar suavizado, pudiendo expandirse a zonas de no exclusiva prestación de servicios, siempre y cuando el derecho a la intimidad, este protegido, y se cumpla con el principio de proporcionalidad en la actuación.

Según lo expuesto y atendiendo al criterio de Aragón Gómez y otros expertos en la materia⁵³, una correcta formación para un trabajo saludable debería incluir los siguientes puntos:

Primero, el correcto uso de los equipos ofrecidos por la empresa o aportados por el trabajador (definido como *“Bring your own device”*). No solo se incluyen aquí los dispositivos electrónicos, con la respectiva instalación de los programas necesarios, sino que, además, se deben incluir elementos para lograr un óptimo diseño ergonómico del puesto de trabajo. En algunos CC se establece la obligación de proporcionar al trabajador: *“Los medios, equipos y herramientas que la Compañía pone a disposición de las personas*

⁵¹ XXIV Convenio colectivo del sector de la banca de 29 de enero de 2021. (99000585011981)

⁵² (Sagardoy de Simón, 2021)

⁵³ (Aragón, Arrieta, & de la Puebla, 2020)

*trabajadoras para la realización del trabajo en remoto serán los siguientes: Teléfono móvil, Ordenador portátil, Silla ergonómica, Soporte elevador de portátil, Ratón, Teclado y Auriculares”*⁵⁴.

En segundo lugar, el empresario debe establecer de forma clara y precisa qué objetivos y qué resultados se esperan del trabajador a través de esta modalidad a distancia. Esta idea permite al empleador crear ciertos límites horarios o establecer condiciones fijas con el objetivo de obtener los resultados óptimos del teletrabajo. Como consecuencia, se debe informar y crear formaciones respecto a la flexibilidad del trabajador. La gestión del tiempo, el derecho a la desconexión digital o la conciliación familiar son ejemplos de formaciones necesarias de todo trabajador a distancia.

Igualmente, será necesaria una formación de salud, para evitar riesgos psicosociales o incluso físicos. El propio CC de Banca⁵⁵, establece: *“Es aconsejable que las personas que realicen teletrabajo mantengan el vínculo presencial con su unidad de trabajo y con la Empresa con el fin de evitar situaciones de aislamiento. Por ello, las partes recomiendan que los acuerdos de teletrabajo incluyan mecanismos que faciliten una cierta presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo”*. Como se argumenta en el epígrafe 3.1, se deben prevenir situaciones de aislamiento, o excesos de trabajo sin descanso, que puedan poner en riesgo la salud del trabajador, y con ello, la productividad del mismo respecto a la empresa. Como lo afirma el CC mencionado, sería idóneo un mantenimiento del contacto con los colegas profesionales y el centro de trabajo, aplicado a todos los sectores de actividad. Un trabajo a distancia del 100% del tiempo, supondría una probable desconexión del trabajador con su centro de trabajo y compañeros, con las consecuencias negativas que conllevaría ello.

Por último, cabe afirmar que toda formación obligatoria que deba realizar el trabajador ha de computarse como tiempo efectivo de trabajo, como así lo menciona el TS⁵⁶: *“El problema consiste en determinar si la garantía comprende la compensación del tiempo invertido por el trabajador en formación, considerándolo tiempo de trabajo si se realiza durante la jornada laboral o remunerando esa dedicación si la formación tiene lugar fuera de aquélla; alternativa que no se cuestiona en las demandas. La respuesta ha de ser afirmativa, porque no estamos aquí ante un tiempo de formación que responda a la*

⁵⁴ Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España de 29 de enero de 2021. (90102473012016)

⁵⁵ XXIV Convenio colectivo del sector de la banca de 29 de enero de 2021. (99000585011981)

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de febrero de 2008. (RJ 2008/3023)

libre decisión del trabajador, ni a una relación de éste con la Administración que quede al margen de su trabajo en la empresa, sino de una formación que tiene lugar precisamente porque se está trabajando para la empresa, que ésta tiene que "garantizar" y de la que resulta beneficiada porque, aparte de cumplir con una obligación legal, le permite desarrollar su actividad con mayor seguridad y con un personal más capacitado."

3.3.Derecho a la Desconexión Digital

La necesidad de desconexión digital en el teletrabajo supone la problemática con más impacto respecto a la prevención de riesgos laborales, debido a la gran dificultad de separación que podría suponer el trabajo en el domicilio particular del trabajador, con su vida personal y familiar en el mismo. Existe un riesgo de abuso, que impediría el respeto de los descansos, permisos o vacaciones que tiene el trabajador dentro del marco de su relación laboral. Siendo este un derecho del conjunto de trabajadores, los trabajadores a distancia están más afectados, por lo que es necesaria una mayor protección.

La LOPD, en su artículo 88 establece la obligación del empleador a poner todos los medios necesarios para que las herramientas tecnológicas no interfieran en la esfera personal del trabajador: *"Elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática"*. Además, no solo basta con una política interna realizada por la empresa, sino que previamente deberá tener conocimiento la RLT. Esta política interna estará presente en el acuerdo de teletrabajo acordado por las partes.

Por su parte, la ley 10/2021, regula este derecho en su artículo 18. Se deben limitar el uso de los medios tecnológicos o medios de comunicación en todo momento ajeno al tiempo de trabajo, incluyendo los descansos durante la jornada como puede ser el descanso del almuerzo.

En cuanto a la demarcación del tiempo donde se aplica el derecho del trabajador a la desconexión digital, se debe analizar la decisión jurisprudencial del TSJ de Madrid⁵⁷, que reconociendo la existencia del derecho, lo enmarca en un contexto estrictamente fuera del trabajo efectivo: *“No afecta al derecho a la desconexión digital (y, por tanto, a la intimidad personal y familiar) el que la empresa ordene la realización de trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal, porque entonces ya no hablamos de tiempo de descanso, sino de tiempo de trabajo. Obviamente ello implica que el tiempo de conexión del trabajador para realizar actividades laborales, también cuando se realiza a distancia y por medios electrónicos, tiene la consideración de tiempo de trabajo, con las consecuencias legales que de ello se derivan”*. De acuerdo con esta decisión, el derecho a la desconexión digital supone la contraparte del tiempo de trabajo. De este modo, toda aquella actividad que venga indicada como “tiempo de trabajo” por el CC, o por el empresario, en el ejercicio de sus facultades, supondrá la imposibilidad de alegar el derecho a la desconexión digital. Además, en los casos de existir horas extraordinarias o distribución irregular de la jornada de acuerdo con lo establecido por la ley y el CC, no cabe establecer el derecho a la desconexión digital. El mismo tribunal⁵⁸, indica que la orden de realización de una formación online de manera obligatoria es considerada como “tiempo de trabajo”. Es por ello, pese a que esta formación se realice fuera del horario normal del trabajador, si el CC establece su obligatoriedad, se encuentra dentro del tiempo de trabajo. En consecuencia, no es posible reclamar el derecho a la desconexión digital.

En atención a lo indicado por la ley, los CC pueden regular la desconexión digital de los trabajadores con el objetivo de adecuar la limitación de estos medios tecnológicos al sector o a la empresa. En definitiva, interesa subrayar *“El papel que el convenio colectivo puede desempeñar en esta materia es relevante, ante el riesgo de alargamiento de la jornada en el trabajo a distancia y la realización del denominado teletrabajo invisible”*⁵⁹. En el Convenio Colectivo sectorial de Cajas y Entidades de Ahorro⁶⁰, se acuerda no realizar llamadas telefónicas o envíos de correos electrónicos, entre las 19 horas, y las 8 horas del día siguiente, salvo excepciones, respetando así el descanso diario de los

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 549/2021 de 9 de junio de 2021. (AS 2021\1583)

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 962/2020 de 4 de noviembre de 2020. (JUR 2020\365839)

⁵⁹ (Cairós, 2021)

⁶⁰ Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, de 23 de noviembre de 2020. (99000785011981)

trabajadores afectados. De esta forma el teletrabajador puede desconectarse completamente de sus medios, y la no respuesta o la inacción ante una comunicación empresarial, nunca podrá suponer una causa de sanción para el trabajador. Y se evita el riesgo de que se asignen tareas o se generen situaciones de presión, directa o indirecta.

Una disposición similar, la establece el Convenio sectorial de Grandes Almacenes⁶¹, que añade el derecho a no atender los medios tecnológicos aportados por la empresa durante los descansos, permisos, vacaciones, reducciones de jornada o excedencias. Son supuestos donde el trabajador siempre estará a distancia del centro de trabajo, pero en ninguno de ellos, se puede considerar espacio de “tiempo de trabajo”. Es por ello, que el derecho a la desconexión permite al trabajador inhibirse de la prestación de servicios, manteniendo plena libertad de disposición de ese tiempo para atender cualesquiera necesidades o actividades incardinables en la esfera personal de su vida.

Con todo, la negociación colectiva también podrá establecer límites a este derecho cuando concurren situaciones urgentes, imprevisibles e inevitables. *“No serán de aplicación las medidas que garantizan el derecho a la desconexión digital en los casos en que concurren circunstancias de causa de fuerza mayor o que supongan un grave, inminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal necesitara indubitadamente de una respuesta inmediata. Excepcionalmente y cuando la función desempeñada por el trabajador/a, haga aconsejable o conveniente que chequee el teléfono corporativo/correo electrónico corporativo/aplicación corporativa de mensajería, una vez transcurrido el horario habitual de su jornada laboral ordinaria, se suscribirá un acuerdo por escrito en el que se fijará una hora concreta u horquilla horaria durante el que deberá revisar que no se ha producido ninguna urgencia”*⁶². Las situaciones de urgencia objetiva se establecerán como excepciones. En estos casos, debería existir una definición de urgencia ya sea por parte del CC o por el acuerdo de teletrabajo. A modo de ejemplo, para un superior jerárquico podría ser considerado como una urgencia la obtención de un documento Excel para facilitar su trabajo; sin embargo, objetivamente no se puede considerar como tal si esa información puede ser ofrecida el día siguiente sin que exista un efecto negativo en los resultados de la empresa. El trabajador a distancia en este caso no solo no estaría obligado a responder al mensaje, sino que incluso podría

⁶¹ Convenio colectivo de Grandes Almacenes, de 4 de marzo de 2022. (99002405011982)

⁶² Convenio Colectivo de El Periódico de Catalunya, SLU, para los años 2022 y 2023 de 3 de mayo de 2022. (90104082012022)

apagar el medio tecnológico bloqueando la comunicación. No obstante, el propio convenio establece que se entenderá que la situación de urgencia debe resolverse mediante una directriz clara y evitando una implicación duradera del trabajador. En el caso de necesidad de conexión por una situación de urgencia justificada fuera de la jornada establecida, deberá ser correspondientemente compensado de acuerdo a la política interna empresarial. Por último, se ha de añadir la posibilidad de existir un “plus de disponibilidad” del trabajador acordado entre las partes, y remunerado; sin embargo, no se desarrollará esta cuestión debido a que excede del objeto de estudio de este trabajo.

3.4.PRL respecto al lugar de teletrabajo

El teletrabajo da lugar a un trabajo realizado a distancia del centro físico de trabajo; sin embargo, este podría practicarse en múltiples localizaciones: el domicilio particular, un local de “*coworking*”, una cafetería, una vivienda vacacional o incluso una segunda residencia en el extranjero. Una práctica que podría parecer correcta trae consigo una gran problemática en materia de prevención de riesgos laborales y de seguridad social. Según reza el artículo 7 e) de la ley 10/2021, todo trabajador a distancia debe estar adscrito a un centro de trabajo de la empresa. Pese a que el trabajador no trabaje físicamente en dicho centro, estar adscrito a él conllevará unas consecuencias, que afectan al control de su jornada, la posible adecuación a las actividades del mismo, o la conexión del trabajador con la RLT.

De acuerdo con el artículo 2 a) de la ley especial de trabajo a distancia, la elección del lugar de trabajo constituye una decisión opcional del propio trabajador, siempre que se cumplan los requisitos indicados por la propia ley 10/2021 así como con la normativa de prevención de riesgos laborales.

La problemática legal de acuerdo con la determinación del lugar de trabajo excede del propósito de este trabajo de investigación; no obstante, cabe efectuar un análisis del lugar de trabajo respecto a los riesgos de trabajo en espacios comunes de trabajo, así como en relación con los riesgos que pueden materializarse durante los descansos o posibles interrupciones durante la jornada laboral fuera del lugar en el que materialmente se desarrolla el trabajo, según lo acordado con la empresa.

Por un lado, en el supuesto de tomar como lugar de trabajo un domicilio particular, ya sea próximo al centro de trabajo, o a distancia de este, se deberá atender a lo indicado en los epígrafes 3.1, 3.2 y 3.3 de este trabajo.

Por otro lado, se debe analizar el tiempo de trabajo para la situación de teletrabajo en lugares comunes de trabajo, como espacios “*coworking*”, medios de transporte público, o locales de restauración. Se debe indicar, que de acuerdo con el artículo 16.1, párrafo 2 de la ley 10/2021: “*La evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia*”. Por ello, empleador podría rechazar esta opción de teletrabajo si considera, de forma fundada y motivada, que el entorno de trabajo no permite a la empresa realizar la correcta evaluación de riesgos, con el objetivo de proteger tanto al trabajador como a la empresa.

Por último, en relación con el teletrabajo internacional, se acrecientan las dificultades respecto al tiempo de trabajo debido a que puede existir normativa relativa al trabajo a distancia de ordenamientos extranjeros.

4. Conclusiones

Como se ha observado a lo largo de toda la investigación, en torno a la modalidad de trabajo a distancia, se presentan numerosas problemáticas en relación con el tiempo de trabajo. Junto a las grandes ventajas de flexibilidad y autoorganización que genera el teletrabajo, deben ser considerados también los riesgos. Así, no puede descartarse que se generen distintos tipos de problemas, tales como: descensos productivos, incumplimientos legales y posibles accidentes de trabajo como consecuencia de una mala gestión de este.

De la investigación realizada, se han de destacar las siguientes conclusiones:

- I. Existe una escasa regulación legal respecto al trabajo a distancia que no alcanza un 30% de la jornada laboral, el que podría denominarse trabajo a distancia ocasional o marginal. En consecuencia, el marco ordenador de referencia vendrá constituido por las disposiciones legales de carácter general y por las previsiones que eventualmente recoja la negociación colectiva, no aplicándose las disposiciones de la ley especial de trabajo a distancia. En ausencia de un deber legal de alcanzar un acuerdo de trabajo a distancia entre las partes, se abre un amplio espacio para la libertad de pactos entre la empresa y el trabajador, que puede conducir a un resultado altamente garantista (similar a lo establecido en la ley 10/2021), o insuficiente, pudiendo generar conflictos durante la prestación de servicios, o descansos. Conviene destacar que esta modalidad de trabajo a distancia ocasional será con alta probabilidad la prevalente en el futuro del teletrabajo, como defienden numerosos juristas de reconocido prestigio. Por esta razón, el punto de referencia normativo no debe quedarse en el teletrabajo superior al 30% de la jornada, sino que se debería crear un sistema normativo que contemple una regulación plena de ambas modalidades. Por último, deberían fijarse con precisión los criterios para la medición de ese porcentaje mínimo.
- II. En cumplimiento con el artículo 7 c) de la ley 10/2021, se ha de acordar entre las partes un horario de prestación de servicios determinado. No obstante, cabe en él pactos para disfrutar de cierta flexibilidad o capacidad de adaptación de la jornada de acuerdo con las voluntades de las partes, siempre y cuando estos acuerdos se

conformen de acuerdo con la ley y el CC. Esta idea debe ir acompañada con un registro correcto de tiempo de trabajo. Resulta esencial para ello, que existan medios de control empresarial que, ajustándose al derecho de intimidad del trabajador, y al principio de proporcionalidad, conozcan la situación en torno al trabajo efectivo del trabajador, pudiendo detectar descansos no acordados, extralimitaciones voluntarias de la jornada por parte del trabajador o un simple cómputo de horas extraordinarias en caso de exceder de la jornada ordinaria establecida. La ausencia de medios de control adecuados privará al empresario de la capacidad probatoria de cualquier incumplimiento del trabajador durante el teletrabajo.

- III. La gran ventaja que aporta el teletrabajo es la flexibilidad y capacidad de autoorganización de las tareas que tiene el trabajador. Esa ventaja parte de una optimización del tiempo por parte de la empresa y el trabajador. La correcta flexibilidad implica por parte de la empresa atender al trabajador, establecer límites a su jornada, y formarle en la gestión de esa flexibilidad. La flexibilidad no se opone al registro horario ni al control empresarial como establece el artículo 14 de la ley 10/2021, por lo que será necesaria la fijación de límites al tiempo de trabajo con el objetivo de lograr la mayor productividad para la empresa. La exposición a la total libertad horaria del trabajador puede provocar jornadas de trabajo que no terminan, falsos descansos, la necesidad de compensar horas extraordinarias, y, sobre todo, posibles riesgos de accidente de trabajo por la inadecuada gestión del trabajo. Una correcta flexibilidad lleva, en la gran mayoría de casos de trabajo a distancia, a la fácil conciliación de la vida familiar del trabajador, al mismo tiempo que se ejecutan las tareas exigidas dentro de los límites de la jornada establecidos. El empresario también podrá aprovechar esta flexibilidad, de acuerdo con la distribución irregular de la jornada del artículo 34 ET, pudiendo generar y utilizar bolsas de horas de trabajo de acuerdo con las necesidades empresariales periódicas.
- IV. La garantía de formación de los trabajadores ante una modalidad diferente y compleja como el trabajo a distancia parte por la óptima evaluación de los posibles riesgos, de acuerdo con el artículo 16 de la ley 10/2021, y una posterior formación

eficiente en materia de prevención de riesgos laborales. Es necesario especificar los objetivos esperados por la empresa respecto a la jornada laboral del trabajador, describir y analizar los posibles riesgos físicos, y especialmente psicosociales que se pudiesen producir como consecuencia del teletrabajo. Es por ello, que una frecuente comunicación o contacto entre las 2 partes facilita la formación y posibles diagnósticos de problemas surgidos. Asimismo, cabe indicar la posibilidad que, mediante acuerdo, o a través del propio CC, se puede establecer la necesidad de acudir al centro de trabajo ciertos días para evitar aislamientos, y perfeccionar las formaciones: *“Es aconsejable que las personas que realicen teletrabajo mantengan el vínculo presencial con su unidad de trabajo y con la Empresa con el fin de evitar situaciones de aislamiento. Por ello, las partes recomiendan que los acuerdos de teletrabajo incluyan mecanismos que faciliten una cierta presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo”*⁶³.

- V. Por último, el factor de acercamiento del trabajo al domicilio del empleado no puede suponer un sistema difuso donde queden conectadas las esferas profesionales y personales del teletrabajador. Por este motivo, y en cumplimiento de la LOPD y la ley 10/2021, se debe respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador durante los descansos establecidos por la ley, CC y acuerdo de trabajo a distancia. Ahora bien, no es suficiente con un mero cumplimiento de la ley o el convenio colectivo, sino que la empresa, en aras de fomentar la productividad, la conciliación y la estabilidad psicosocial del trabajador, deberá establecer una política interna concreta para restringir las posibles conexiones con el trabajo durante los descansos. Para lograr este objetivo de respeto íntegro de los descansos del teletrabajador, se deberán crear límites en los propios medios telemáticos o en el uso de estos por el conjunto de integrantes de la plantilla.

En definitiva, el trabajo a distancia exige una regulación exhaustiva en torno a la prestación de servicios, los descansos y la protección de la separación entre la esfera profesional del trabajador y su esfera privada. Además, debe existir un equilibrio razonable entre la flexibilidad del teletrabajador y la creación de límites a la jornada pactada entre empleador y empleado.

⁶³ XXIV Convenio colectivo del sector de la banca de 29 de enero de 2021. (99000585011981)

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, enviar a un trabajador a una modalidad a distancia sin la protección necesaria ni formación previa puede generar problemas tanto para la empresa como para el propio trabajador. Por consiguiente, con un acuerdo óptimo de trabajo a distancia, y un control correcto de su cumplimiento, se facilitará de forma considerable el disfrute del conjunto de ventajas que proporciona el mismo, sin aumentar los riesgos laborales ni reducir la productividad del trabajador.

5. Bibliografía

Legislación analizada

Constitución Española

Real Decreto Legislativo 2/2015. Ley del Estatuto de los Trabajadores

Ley 10/2021 del Trabajo a Distancia

Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos

Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales

Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social

Real Decreto Legislativo 5/2000 relativo a infracciones y sanciones en el orden social

Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

Acuerdo Marco de la Unión Europea sobre teletrabajo de 16 de julio de 2002

Legge 81/2017 del Senado de la República de Italia de 22 de mayo de 2017

Accordo Interconfederale per il recepimento dell'accordo-quadro europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002 tra unice/ueapme, ceep e ces de 9 de junio de 2004

Convenios Colectivos

XXIV Convenio colectivo del sector de la banca de 29 de enero de 2021

Convenio colectivo de Grandes Almacenes, de 4 de marzo de 2022

Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, de 23 de noviembre de 2020

Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la administración de la Comunidad de Madrid (2021-2024) publicado el 12 de mayo de 2021

Convenio Colectivo de El Periódico de Catalunya, SLU, para los años 2022 y 2023 de 3 de mayo de 2022

Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España de 29 de enero de 2021

Convenio Colectivo del Grupo AXA de 21 de septiembre de 2017

Convenio colectivo de Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU de 20 de agosto de 2019

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalda y otros contra España. (TEDH 2018\1)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Barbulescu contra Rumanía de 5 de septiembre de 2017. (TEDH 2017\61)

Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013 de 11 de febrero de 2013. (RTC 2013\29)

Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2012 de 7 de mayo de 2012. (RTC 2012\96)

Sentencia del Tribunal Supremo 1286/2021 de 21 de diciembre de 2021. (EDJ 2021/815134)

Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de febrero de 2008. (RJ 2008/3023)

Sentencia de la Audiencia Nacional 44/2022 del 22 de marzo de 2022. (JUR 2022\117205)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 328/2022 de 19 de abril de 2022. (JUR 2022\176419)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 549/2021 de 9 de junio de 2021. (AS 2021\1583)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 553/2020 de 17 de noviembre de 2020. (EDJ 2020/758735)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 962/2020 de 4 de noviembre de 2020. (JUR 2020\365839)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 628/2020 de 8 de julio de 2020. (EDJ 2020/642441)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 136/2019 de 15 de enero de 2019. (2019\64416)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 198/2016 de 3 de febrero de 2016. (AS 2016/99)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 538/2012 de 10 de julio de 2012. (AS 2012\1963)

Sentencia del Juzgado Social de Valladolid 238/2021 de 20 de septiembre de 2022. (JUR 2022\14505)

Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Girona 199/2021 de 12 de noviembre de 2021. (AS 2021\691)

Sentencia del Juzgado Social 1 de Logroño 229/2020 de 10 de diciembre de 2020. (EDJ 2020/831767)

Artículos

- Organización Mundial de la Salud y Organización Internacional Trabajo. (2021). *Healthy and Safe Telework*. Ginebra.
- Actualidad Laboral. (2014). Obtenido de Trabajar más de la cuenta puede hacer que te despidan: <https://actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/trabaja-mas-de-la-cuenta-puede-hacer-que-te-despidan>
- Aragón, C., Arrieta, F., & de la Puebla, A. (2020). *Prevención de riesgos laborales ante la situación de pandemia provocada por el COVID-19*. Madrid: Ediciones Lefebvre.
- Cairós, D. (2021). *El Papel y el Alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia*. Madrid.
- Chakrabarti, S. (2018). *Does telecommuting promote sustainable travel and physical activity?* Obtenido de J Transp Health: <https://dx.doi.org/10.1016/j.jth.2018.03.008>
- Cruz Villalón, J. (2021). *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia (capítulo V)*. Madrid: Ediciones Lefebvre.
- de las Heras García, A. (2017). Control de la Jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia. *Ceflegal*, 45-72.
- Francis Lefebvre. (2022). *Memento Práctico Francis Lefebvre*. Madrid: Ediciones Lefebvre.
- Godino Reyes, M. (2020). *La Nueva Regulación del Trabajo a Distancia y el Teletrabajo*. Madrid: Ediciones Lefebvre.
- Gómez Abelleira, F. J. (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (2021). *Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Instituto Nacional de Seguridad Social y Salud en el Trabajo (2021). *NTP 1165: Teletrabajo, criterios para su integración en el sistema de gestión de la SST*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/teletrabajo-criterios-para-su-integracion-la-gestion-de-la-sst>.
- Mike Gray, N. H., & Gordon, G. E. (1993). *Teleworking explained*. New York: Chichester.

- Miró Morros, D. (2016). *El control de la jornada y el teletrabajo*. Barcelona: Actualidad Jurídica Aranzadi.
- Pardo, A. G.-S. (4 de Octubre de 2019). *Legaltoday*. Obtenido de ¿Garantiza la igualdad de trato y oportunidades el Real Decreto-ley 6/2019 sobre conciliación familiar y laboral?: <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/garantiza-la-igualdad-de-trato-y-oportunidades-el-real-decreto-ley-62019-sobre-conciliacion-familiar-y-laboral-2019-10-04/>
- Romero, R. (2021). *Conciliación: trabajo a distancia y derecho de la adaptación de jornada*. Madrid: Ediciones Lefebvre.
- Sagardoy de Simón, Í. (2021). *Puntos críticos en relación al teletrabajo*. Madrid: Ediciones Lefebvre.
- Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. (2021). *Indicador de Empleados que teletrabajan regularmente a la semana al menos el 30% de su jornada laboral*. Madrid: Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.