

EL TELETRABAJO Y SUS FUENTES DE REGULACIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA AUTONOMÍA COLECTIVA*

SUSANA RORÍQUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
srode@unileon.es

RESUMEN

La presencia física en el lugar de trabajo no resulta hoy, en una gran variedad de ámbitos y sectores, tan imprescindible como lo fue hace décadas, pues empresario y trabajador pueden estar en contacto, en tiempo real, a través de múltiples artilugios que permiten tanto una realización eficaz de la tarea profesional, como un control suficientemente preciso de su correcto desarrollo, de suerte que la actividad productiva puede llevarse a cabo desde cualquier emplazamiento. Esta posibilidad de trabajo remoto exige un marco jurídico de ordenación actualizado que se ha materializado a través del Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, donde son muy frecuentes las llamadas a la negociación colectiva.

Palabras clave: digitalización; trabajo remoto; covid-19; convenio colectivo; representación de los trabajadores.

ABSTRACT

The physical presence in the workplace is not as essential today, in a wide variety of areas and sectors, as it was decades ago, since employer and worker can be in contact, in real time, through diverse devices that allow both an

*Este ensayo tiene su base en la conferencia impartida con el mismo título en las "Tardes de actualidad laboral", organizadas por el Consello Galego de Relacións Laborais en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor Garate Castro.

efficient performance of the professional task, as well as a sufficiently precise control of its correct development, so that the productive activity can be carried out from any location. This possibility of remote work requires a full legal framework that has been carried out through Royal Decree Law 28/2020, September the 22nd, where calls for collective agreement are very frequent.

Keywords: digitization; remote work; covid-19; collective agreement; worker representation.

RESUMO

A presenza física no lugar de traballo non resulta hoxe, nunha gran variedade de ámbitos e sectores, tan imprescindible como o foi hai décadas, pois empresario e traballador poden estar en contacto, en tempo real, a través de múltiples dispositivos que permiten tanto unha realización eficaz da tarefa profesional, como un control suficientemente preciso do seu correcto desenvolvemento, de xeito que a actividade produtiva pode levarse a cabo dende calquera emprazamento. Esta posibilidade de traballo remoto esixe un marco xurídico de ordenación actualizado que se materializou a través do Real decreto-lei 28/2020, do 22 de setembro, onde son moi frecuentes as chamadas á negociación colectiva.

Palabras chave: dixitalización; traballo remoto; covid-19, convenio colectivo; representación dos traballadores.

SUMARIO

1. EL PUNTO DE PARTIDA: PREMISAS DEL REAL DECRETO LEY 8/2020 ACTUALMENTE CORREGIDAS; 1.1. EL DOMICILIO COMO EXCLUSIVO *LOCUS LABORIS*. 1.2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIDA; 1.3. AUTOEVALUACIÓN VOLUNTARIA COMO ÚNICA GARANTÍA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS; 2. EL REAL DECRETO LEY 28/2020: NOVEDADES Y ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES; 2.1. CONCEPTO; 2.2. EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD COMO PREMISA INSOSLAYABLE; 2.2.1. PACTO ESCRITO; 2.2.2. COPIA BÁSICA; 2.2.3. MODIFICACIÓN DEL ACUERDO Y REVERSIBILIDAD; 2.3. EQUIPARACIÓN DE DERECHOS; 2.4. DERECHO A LA

DESCONEXIÓN Y AL REGISTRO HORARIO; 2.5. HORARIO FLEXIBLE Y CONCILIACIÓN; 2.5.1. FLEXIBILIDAD HORARIA; 2.5.2. TRABAJO REMOTO Y PLAN MECUIDA; A) TITULARIDAD INDIVIDUAL; B) DINÁMICA DEL DERECHO; C) REDUCCIÓN DE JORNADA Y DE SALARIO; 2.6. DERECHO A LA INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS; 2.7. DERECHO A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES; 2.8. DERECHOS COLECTIVOS; 3. LA LLAMADA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA; 3.1. ESCUETO PANORAMA CONVENCIONAL PREVIO; 3.2. UNA VISIÓN *AD FUTURUM*; 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: PREMISAS DEL REAL DECRETO LEY 8/2020 ACTUALMENTE CORREGIDAS

La posibilidad de desempeñar las tareas profesionales para el empresario fuera del espacio físico constituido por el centro de trabajo fue reconocida por la normativa laboral histórica, pensando en determinadas actividades artesanales tales como las de costura o ensamblaje que, por su carácter sencillo y rudimentario, no necesitaban equipos especialmente complejos y podían desarrollarse en el propio lugar de residencia del trabajador. Ahora bien, sin olvidar este antecedente, como es obvio, el surgimiento de las nuevas tecnologías digitales ha afianzado decisivamente con un escaso coste la posibilidad de llevar a cabo la prestación laboral sin coincidencia espacio-temporal entre empleador y operario. La presencia física en el lugar de trabajo no resulta hoy, en una gran variedad de ámbitos y sectores, tan imprescindible como lo fue hace décadas, pues empresario y trabajador pueden estar en contacto, en tiempo real, a través de múltiples artilugios que permiten tanto una realización eficaz de la tarea profesional, como un control suficientemente preciso de su correcto desarrollo, de suerte que la actividad productiva puede llevarse a cabo en cualquier momento y, cómo no, desde cualquier emplazamiento (*anytime, anywhere*)¹. Con todo, hasta el mes de marzo de 2020 eran escasas las experiencias que en

¹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: "El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2919, p. 53.

nuestro país acogieron esta fórmula. Sin embargo, el panorama cambia radicalmente con motivo de la covid-19, no en vano tal y como demuestran las estadísticas en julio de 2020 el 16,20 por 100 de los ocupados (3.015.200) trabajaron desde su propio domicilio más de la mitad de los días frente al 4,81 por 100 observado en 2019².

En la búsqueda de un equilibrio entre, de un lado, minimizar los riesgos de contagios y, en consecuencia, de contraer la enfermedad por covid-19, y, de otro, evitar paralizar la actividad productiva y el incremento de desempleo inherente, el art. 5 Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, dictado a los tres días de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo³, apostó por el teletrabajo de forma contundente y acogió, entre todas las variables en presencia, como forma de actividad a distancia, fuera del marco físico de la empresa matriz, sólo una de ellas, cual es la de trabajo a domicilio ("*full time home based teleworking*")⁴. Se observa en el espíritu de la norma una idea clara de partida: quienes han podido acogerse a este sistema de teletrabajo pueden considerarse privilegiados atendiendo a un doble entramado de motivos: de un lado, por la eliminación del riesgo de contagio en los contactos con los compañeros, clientes y usuarios o en los trayectos sobre todo si se ha de utilizar transporte público; de otro, porque han podido mantenerse en activo, evitando ver suspendidos o

² https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_

³ Prorrogado hasta en seis ocasiones: en primer lugar, hasta el día 12 de abril (por Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de marzo de 2020); en segundo término, hasta el 26 de abril (por Resolución del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 2020); en tercer lugar, hasta el 10 de mayo (por Resolución del Congreso de los Diputados de 22 de abril de abril); en cuarto, lugar hasta el 24 de mayo (por Resolución del Congreso de los Diputados de 6 de mayo); en quinto lugar, hasta el 7 de junio (por Resolución del Congreso de los Diputados de 20 de mayo); en sexto término, hasta el 21 de junio (por Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de junio).

⁴ CASAS BAAMONDE, M.E.: "Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de Seguridad Social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria del covid-19", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020, p. 20.

extinguidos sus contratos por cese de la actividad laboral con carácter temporal o definitivo⁵.

Ahora bien, aun siendo esto cierto, pues el teletrabajo se ha convertido en un puerto de refugio para muchos asalariados frente a la pandemia y sus rebrotes, no hay que dejar de alertar sobre algunos extremos oscuros del régimen jurídico obrante en el Real Decreto Ley 8/2020, justificados en un inicio por haberse adoptado en una situación de emergencia de forma súbita aunque sostenida hasta el 21 de septiembre de 2020⁶, pero necesitados de corrección *ad futurum*. Se trata principalmente de los tres siguientes:

1.1. EL DOMICILIO COMO EXCLUSIVO *LOCUS LABORIS*

El art. 5 Real Decreto Ley 8/2020 impuso el teletrabajo, por razones epidemiológicas, en aquellas actividades donde fuera posible realizar la actividad en el domicilio del trabajador exigiendo la oportuna reorganización productiva, haciendo acopio de forma plena de sus ventajas y olvidando sus inconvenientes.

Entre las primeras, cabe destacar que, además de coadyuvar a contraer la infección por coronavirus y minimizar futuros repuntes, conlleva otros beneficiosos efectos como puede ser la reducción de la contaminación, la fijación de población en determinados territorios especialmente áreas rurales, las facilidades para la conciliación de la vida laboral y familiar, la eliminación de los tiempos de desplazamiento improductivos, la rebaja del absentismo y de los accidentes *in itinere*, la atracción y retención del talento o, por no seguir, su contribución a crear entornos laborales más limpios y menos nocivos⁷.

Entre los segundos, procede hacer referencia a las dificultades de conexión sufridas por los residentes en territorios alejados, la falta de habilidades digitales

⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Luces y sombras del teletrabajo a domicilio en una nueva economía de `bajo contacto", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233, 2020, p. 233.

⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La pandemia del covid-19 conmociona las relaciones laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo* (BIB 2020/11308).

⁷ THIBAUT ARANA, J.: *El teletrabajo*, Madrid, CES, 2000, pp. 41 y ss.

polivalentes (*multitasking*) de las que carecen algunos colectivos como las mujeres o los trabajadores maduros, los frecuentes ciberataques destinados a obtener información empresarial sensible, la asunción de costes por los asalariados que han debido de aportar equipos y redes, la falta de planificación estratégica en cuanto a objetivos, cronograma y resultados a alcanzar en la nueva situación, la carga emocional derivada de la intensificación de la dedicación, la difuminación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso con repercusiones negativas para la salud del trabajador, el incremento de las intromisiones a la vida personal y privacidad favorecidas por los instrumentos de conexión, la falta de sentido de pertenencia corporativa e identificación con la empresa, la quiebra de los hábitos de vida saludable, los conflictos trabajo-familia, no en vano el hogar se convierte en un espacio de convivencia entre la persona trabajadora y sus descendientes y/o ascendientes, muchas veces necesitados de cuidados incompatibles con el desarrollo de la actividad laboral y, como no, el extrañamiento social, no sólo con superiores y compañeros, sino con familiares y amigos⁸.

El trabajo en exclusiva en el domicilio del trabajador durante períodos largos de tiempo acrecienta muchos de estos inconvenientes.

1.2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIDA

Haciendo abstracción de tales peyorativas circunstancias y asumiendo el aforismo latino, traído aquí de forma impropia, *salus populi suprema lex*, el legislador de la emergencia a través del Real Decreto Ley 8/2020 establece el tránsito obligatorio al trabajo domiciliario para ambas partes del contrato, olvidando el principio de voluntariedad bilateral exigido por el art. 13 ET (que requiere pacto escrito) y también por el Acuerdo marco europeo de 2002, signado por las partes sociales a nivel comunitario (CES, UNICE, UEAPME y CEEP)⁹. Así:

⁸ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, La Ley, 2019, p. 224.

⁹ BOLOGNA, S. y LUDICONE, F.: "El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes, efectos sobre la

Por una parte, el trabajador no se podía oponer a la medida manifestando su preferencia por seguir acudiendo al centro de trabajo o por acogerse a una suspensión de la relación laboral¹⁰. Es más, este carácter compulsorio desde el punto de vista subjetivo se convierte en objetivo cuando se declara el confinamiento total de trabajadores en actividades no esenciales a la luz del Real Decreto-Ley 10/2020, pues, desde el 30 marzo al 9 de abril, el teletrabajo se convierte en la única manera de seguir desarrollando la actividad laboral.

Por otra parte, las empresas estaban obligadas a la preceptiva reorganización para la implantación del teletrabajo, siempre y cuando se cumplan estas amplias circunstancias: "si ello es técnica y razonablemente posible" y "si el esfuerzo de adaptación resulta proporcionado". Lógicamente, hay determinadas actividades donde está claro que resulta imposible desarrollar la actividad laboral en el domicilio: sector socio-sanitario y farmacéutico, transporte, almacenaje, tiendas de alimentación, limpieza, reparto, agricultura, ganadería y pesca, empleo doméstico, turismo, así como –por no seguir– edificación y actividad manufacturera. En otros casos, se trata de ámbitos funcionales donde se ha impuesto el cese de tareas sin posibles alternativas que no han podido recuperarse, aun con restricciones, hasta la desescalada: comercio (excepto alimentación, sanidad y bienes de primera necesidad), hostelería, entretenimiento o cultura. En el otro extremo, hay ciertos quehaceres donde el teletrabajo resulta plenamente factible: educación, comercio, comunicación, banca, seguros, diseño o, por no seguir, tareas de gestión y administrativas. Ahora bien, en otras muchas ocupaciones, el criterio a favor o en contra de la imposición de esta modalidad de trabajo remoto no está tan claro, siendo un componente esencial a considerar no sólo las posibilidades técnicas sino el coste monetario que conlleva su implementación y su contraste con los beneficios

calidad del trabajo e instrumentos de regulación", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018, pp. 531 y ss.

¹⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: "Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la pandemia", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020, p. 411.

inherentes. Es más, también puede suceder que, aunque sea oportuno el teletrabajo desde el punto de vista técnico y el montante pecuniario de la inversión exigida sea admisible, se torne inviable desde el punto de vista productivo, si acaece una reducción intensa de la demanda como consecuencia de la situación generada, que hace difícil la viabilidad de la empresa en caso de mantener los emolumentos salariales y de cotización¹¹, pero esta circunstancia no se podía ver en el corto plazo. Por tanto, razones técnicas, económicas, organizativas y de producción concurren en este caso, concebidas como conceptos jurídicos en blanco carentes de la pertinente definición por parte del legislador. Todo ello sin olvidar que las empresas, a la luz del art. 5 Real Decreto Ley 8/2020, tenían la obligación de poner en marcha un sistema de trabajo a distancia como mecanismo preferente frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, esto es, frente al recurso a los ertes, derivados de una doble circunstancia, bien de fuerza mayor (art. 22 Real Decreto Ley 8/2020), bien de causas objetivas, esto es, "económicas, técnicas, organizativas y de producción" (art. 23 Real Decreto Ley 8/2020)¹².

1.3. AUTOEVALUACIÓN VOLUNTARIA COMO ÚNICA GARANTÍA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS

El art. 5 Real Decreto Ley 8/2020 permite que en aquellas empresas en las que el teletrabajo no estuviera previsto con anterioridad al estado de alarma, excepcionalmente se entiende cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora contestando a un formulario tipo¹³. Se olvida, por tanto, el

¹¹ GUALDA ALCALÁ, F.J.: "Las medidas laborales de emergencia ante el covid-19: las primeras medidas laborales ante la contención social limitada y la paralización general de la actividad laboral", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020, p. 555.

¹² ALTÉS TÁRREGA, J.A.: "La regulación de empleo debida al covid-19: aspectos laborales y de Seguridad Social", *Diario La Ley*, núm. 9615, 2020, p. 5.

¹³ SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Madrid, Francis Lefebvre, 2020, p. 24.

legislador de urgencia de que los teletrabajadores se ven sometidos a cuantiosos riesgos, principalmente psíquicos, con manifestación señera en patologías asociadas al estrés, que llegan a afectar a uno de cada tres asalariados¹⁴. Muchos trabajadores pasaron a desarrollar el trabajo a distancia sin experiencia previa, sumidos, en el contexto sanitario de pandemia, en situaciones de profunda angustia derivadas de la evolución preocupante de la incidencia del virus, de la incertidumbre sobre la viabilidad de la empresa ante una coyuntura económica adversa, de la presión familiar consecuencia del confinamiento en el domicilio de menores o de mayores necesitados de cuidados o –por no seguir-- de la carencia de espacios y herramientas adecuados¹⁵.

Estos teletrabajadores sobrevenidos no solo van a sufrir problemas ergonómicos como consecuencia de un mal acondicionamiento del lugar de trabajo destinado a usos domésticos, unidos a dificultades visuales y músculo-esqueléticas derivadas de la utilización de pantallas de visualización en posturas inapropiadas, sino también numerosos inconvenientes psicosociales graves que no pueden ser silenciados, tales como los generales relacionados con el “tecnoestrés”, motivado por la introducción y uso de las nuevas tecnologías¹⁶, dentro del cual encuentran cabida distintas realidades entre las que destaca, en primer lugar, la “tecnoadicción” o compulsión a utilizar las TICs en todo momento y a estar siempre al día con los avances, generando una auténtica dependencia; en segundo término, la “tecnoansiedad”, donde la persona experimenta altos niveles de activación fisiológica no placentera, a modo de

¹⁴ El 70 por 100 de las dolencias de naturaleza psíquica o física de carácter psicopatológico padecidas por los trabajadores que terminan en incapacidad temporal derivan del estrés. Eurofound, 2017. En la doctrina, CASAS BAAMONDE, M.E.: “Los lugares de trabajo en las coordenadas de la industria 4.0”, *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019, p. 3.

¹⁵ MACÍAS GARCÍA, M.C.: “El modelo decente de seguridad y salud laboral. Estrés y tecnoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nuevas formas de siniestralidad laboral”, *Adapt. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 4, 2019, pp. 42 y ss.

¹⁶ Nota Técnica de Prevención (NTP) 730: *Concepto, medida e intervención psicosocial*, 2007.

tensión y malestar, frente al uso de las TICs... que lleva a pensamientos negativos sobre tales instrumentos y sobre su propia capacidad y competencias; en tercer lugar, la "tecnofobia", que se manifiesta en una resistencia a hablar e incluso pensar sobre tecnología, generando una alarma o ansiedad ante ella y pensamientos hostiles al respecto; en cuarto lugar, la "tecnofatiga" o agotamiento mental y cognitivo consecuencia del uso de las herramientas informáticas, cuya manifestación más extrema es el síndrome de "data smog", causado por la sobrecarga de datos manejados al utilizar internet¹⁷.

Con el objetivo de facilitar el tránsito hacia el trabajo a domicilio en aquellos entornos empresariales donde no estuviera previsto pero fuera posible, el Real Decreto Ley 8/2020 entiende cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos del art. 16 LPRL, con carácter provisional, a través de una autoevaluación realizada de forma voluntaria por la persona trabajadora, circunstancia que tornará en papel mojado la tarea de identificar los agentes nucleares del incremento de la carga intelectual del trabajo y sus nocivos efectos. La única fórmula exigida consistirá en la puesta a disposición del trabajador de un cuestionario en el que se incorpora una larga batería de preguntas configuradas en abstracto sin tener en cuenta los condicionantes específicos de desarrollo de la actividad *in casu*, que no servirá para adoptar decisiones óptimas de intervención ni estrategias de organización, ni tampoco para adquirir un mínimo conocimiento fiable de las circunstancias en las que el asalariado presta su actividad, toda vez que las respuestas son voluntarias en un doble sentido: el trabajador completa si quiere el documento recibido y dispone de total libertad para enviarlo o no, una vez cubierto, al remitente¹⁸. Ninguna consecuencia se deriva del rechazo por parte del

¹⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 22, 2020, pp. 39 y ss.

¹⁸ MACÍAS GARCÍA, M.C.: "El modelo decente de seguridad y salud laboral. Estrés y tecnoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral", *cit.*, pp. 64 y ss.

operario a su cumplimentación o a su remisión, pues, por una parte, no puede considerarse como incumplimiento contractual ni siquiera como infracción leve por desobediencia a instrucciones al respecto recibidas del empleador; y, por otra, dicha oposición no puede bloquear la implantación *ex lege* del sistema de trabajo a distancia, diseñado con carácter obligatorio para ambas partes¹⁹. Como fácilmente puede adivinarse esta configuración se aparta de los principios de "empresa tecnológicamente responsable"²⁰ y "de precaución", que deberían haber cobrado máxima relevancia ante la expansión de un virus de dimensiones desconocidas que ha exigido una nueva forma de trabajar capaz de crear o incrementar los riesgos laborales²¹. La autoevaluación comporta únicamente que el teletrabajador comprueba, si quiere, un puesto de trabajo en abstracto en el que se utilizan pantallas de visualización de datos y recibe sugerencias genéricas para adoptar voluntariamente medidas preventivas, lo cual no deja sino traslucir un planteamiento muy superficial, a la par que desagregado de la realidad. La empresa facilita una lista estándar de autocomprobación e informa a través de un formulario-tipo al teletrabajador sobre los riesgos relacionados con el medio ambiente de trabajo, los equipos informáticos y los métodos productivos habitualmente utilizados en el desempeño de una labor digitalizada, careciendo el asalariado de la capacitación necesaria para asimilar los contenidos recibidos, muchas veces alejados de la realidad de su situación laboral.

Nada dice tampoco el Real Decreto ley 8/2020 sobre qué ocurre si la persona asalariada, tras efectuar su propia autoevaluación, alcanzara la conclusión de que el teletrabajo resulta lesivo (por ejemplo, por afectaciones "raquiales" previas, dificultades de visión, falta de

¹⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: "Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la pandemia", cit., p. 412.

²⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: "Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 23, 2018, pp. 92 y ss.

²¹ IGARTÚA MIRÓ, M.T.: "El impacto de la robótica en el mundo laboral: nuevos retos para la seguridad y salud en el trabajo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, p. 57.

condiciones mínimas en la vivienda, fatiga insuperable, etc.) En estos casos parece evidente que correspondería a la empresa adoptar las actuaciones preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos o, en su caso, proporcionar los correspondientes medios de protección o EPIS. En caso de incumplimiento o que el trabajador considerara que las medidas ofrecidas por el empleador son insuficientes, parece lógico considerar que en la situación de emergencia sanitaria la única salida posible es su inclusión en un ERTE²².

Al calor de las reflexiones anteriores, la estimación sobre el mecanismo de autoevaluación no puede ser sino crítica porque se queda en un mero trámite formal, deviniendo incapaz de cumplir los objetivos de las normas de prevención de riesgos laborales²³.

2. EL REAL DECRETO LEY 28/2020: NOVEDADES Y ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

La extensión exponencial del teletrabajo como respuesta a las restricciones y medidas de contención de la pandemia y su mantenimiento dilatado en el tiempo con preocupantes rebrotes ha suscitado la necesidad de proceder a una regulación completa en una norma sustantiva única capaz de llenar el vacío existente, corrigiendo al tiempo los defectos de la regulación tenue y precipitada llevada a cabo por el Real Decreto Ley 8/2020²⁴, promulgado en un contexto de alerta sanitaria máxima ante el peligro del colapso del sistema sanitario.

No obstante, para evitar cambios sustanciales en el régimen jurídico aplicable a los teletrabajadores sobrevenidos, cuya experiencia en trabajo remoto todavía se manifiesta tenue,

²² FALGUERA BARÓ, M.A.: *Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma por el covid-19*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 69.

²³ TODOLÍ SIGNES, A.: "En cumplimiento de la primera Ley de robótica: análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo", cit., p. 26.

²⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "¿Es suficiente este derecho laboral excepcional por aluviones frente a la pandemia del covid-19?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 445, 2020, pp. 5 y ss.

el propio Real Decreto Ley 28/2020 establece un sistema de transitoriedad: “el trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del art. 5 Real Decreto Ley 8/2020 seguirá rigiéndose por la normativa laboral ordinaria, aunque con la obligación por parte de las empresas de dotar a los trabajadores afectados de los medios, equipos, herramientas y consumibles, así como de atender al mantenimiento que resulte necesario y de compensar los gastos derivados para la persona trabajadora a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados, en la forma que establezca la negociación colectiva” (disposición transitoria 3ª). Estas tres obligaciones empresariales se convierten en el núcleo irreductible *ad futurum*: proporcionar los utensilios de trabajo, asumir su mantenimiento y compensar los gastos que el teletrabajo pueda ocasionar al asalariado.

La nueva norma tiene un objetivo ambicioso que trata de dar respuesta al crecimiento cuantitativo del número de trabajadores que han pasado a prestar servicios bajo esta fórmula sobre todo en el sector servicios: “proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades, equilibrando el uso de estas nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena y las ventajas que suponen para empresas y personas trabajadoras, de un lado, y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la igualdad de oportunidades en el territorio, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento” (exposición de motivos).

2.1. CONCEPTO

El Real Decreto Ley 28/2020 establece previsiones claras a la hora de fijar su ámbito de aplicación.

1.- Mientras el art. 5 Real Decreto Ley 8/2020 (teletrabajo impuesto) se extiende a cualquier actividad pública o privada, con independencia de la dimensión de la empresa, que permita su desarrollo en el domicilio del trabajador, el actual Real Decreto Ley 28/2020 abarca exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena, quedando al margen de su regulación los empleados públicos, tanto funcionarios (o estatutarios) como laborales. Es el Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, el que establece el régimen jurídico del teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud.

2.- A diferencia de la opción adoptada por el Real Decreto 8/2020 centrada exclusivamente en el trabajo en el domicilio, el Real Decreto Ley 28/2020 define el trabajo a distancia de manera más amplia, esto es, “como una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta”. Retoma, por tanto, el concepto del anterior art. 13 ET, en la versión otorgada por el Real Decreto Ley 3/2012, pues además del trabajo a domicilio (*home office*), admite cualquier otro posible con el atributo de trabajo remoto, como pudiera ser un centro telemático en el que presta servicios un número variable de asalariados sin vinculación entre sí y para el mismo o para distintos empleadores (telecentros o telecottages) e igualmente incorpora los lugares variables o móviles o, utilizando terminología más actualizada, los denominados emplazamientos nómadas²⁵.

3.- Si bien el Real Decreto 8/2020 reducía el género a una única especie, pues únicamente se refería a la realización de toda la jornada en régimen de teletrabajo (“*full time home based teleworking*”), el art. 1.1 *in fine* Real Decreto 28/2020 admite el trabajo a distancia mixto o combinado con el trabajo presencial, de manera que reglamenta el denominado

²⁵ DE LA VILLA GIL, L.E.: “Trabajo a distancia”, en AA.VV (GOERLICH PESET, J.M., Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2016c, p. 317.

“teletrabajo regular”, esto es, aquél que “se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada”, parámetro que viene a ser de un mínimo de dos días a la semana. Se concreta, por tanto, la redacción más ambigua que utilizaba el art. 13 ET, que aludía al adverbio “preponderante”, lo cual parecía exigir un parámetro de más del 50 por 100 de realización del trabajo extramuros del centro de trabajo.

El Real Decreto Ley 28/2020 entiende que se aplica la regla de la proporcionalidad en función de la duración del contrato de trabajo. Esta matización plantea un interrogante de partida respecto de la aplicación de la proporcionalidad: si afecta a la duración de la jornada en los contratos a tiempo parcial, lo cual puede llevar a trabajos remotos irrisorios; o si se concreta solo respecto del período de referencia de tres meses, hipótesis más adecuada, avalada por el tenor literal del precepto.

4.- En los contratos celebrados con menores y en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje el porcentaje deviene más estricto, pues el mínimo de presencialidad asciende al cincuenta por ciento, “sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica vinculada a estos últimos” (art. 3).

5.- El art. 2 c) Real Decreto 28/2020 acoge un concepto amplio de lugar de trabajo presencial, pues no solo se remite al centro de trabajo sino también el emplazamiento determinado por la empresa, avanzando en la senda de las nuevas formas de trabajar, asociadas a la innovación tecnológica, alejadas de una localización física y espacial. Tal adscripción permite, desde luego, el ejercicio de las más elementales facultades de democracia en la empresa (*vr. gr.*, resultar elector y elegible en las elecciones sindicales), pero también para cuestiones tales como fijar los umbrales necesarios para la constitución de órganos de representación²⁶.

6.- También queda extramuros de esta regulación el teletrabajo asociado a razones de conciliación. Otra cosa es

²⁶ En caso de desaparición de tal centro de trabajo, los teleoperarios, al igual que el resto de la plantilla, deberán ser adscritos a otro centro de trabajo, STS 28 abril 2017 (RJ 2017\2768).

que el teletrabajador tenga los mismos derechos de conciliación que los trabajadores presenciales.

2.2. EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD COMO PREMISA INSOSLAYABLE

El teletrabajo ha de ser fruto del pacto voluntario entre el empresario y el trabajador tanto por lo que refiere a su concertación *ab initio* como durante el desarrollo de la relación, pero siempre antes del comienzo del trabajo a distancia. En definitiva, que el asalariado pueda aceptar o no la oferta de transformar su contrato como interno a otro nexo a distancia, no encuentra aval ni en el art. 41 ET ni tampoco en el art. 40 ET, sino en los art. 1091 ("las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos") y 1256 CC ("la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes")²⁷, que exigen manifestación de voluntad concorde con carácter bilateral.

Se sigue manteniendo la prohibición de transmutar de forma unilateral la naturaleza de trabajador interno en otro a remoto, parcial o totalmente, hasta el punto de que la jurisprudencia no ha aceptado siquiera dicha alteración por la vía del art. 41 ET porque "este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio en el régimen contractual"²⁸, máxime cuando esta novación va a tener un impacto "en la convivencia en el hogar o en la vida privada del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del citado precepto, como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre materias de interés general pero no sobre aquellas que pertenecen a la vida privada del trabajador"²⁹.

Tampoco es posible aplicar el canal diseñado por el art. 40 ET, que regula los supuestos de movilidad geográfica, esto

²⁷ DE LA VILLA GIL, L.E.: "Trabajo a distancia", cit., p. 311.

²⁸ STS, Social, 11 abril 2005 (rec. 143/04).

²⁹ STS, Social, 30 abril 2002 (RJ 2002/5688).

es, los cambios, transitorios o estables, por causas empresariales, del lugar de trabajo que impliquen mutación de la residencia habitual del trabajador, esto es, de su domicilio real a efectos civiles. La dimensión laboral de la modificación de la residencia en desplazamientos (que implica habitar temporalmente en una ubicación distinta a la habitual) y traslados (que supone cambiar definitivamente de morada) es la base sobre la que se construyen los vigentes procedimientos y garantías que devienen aquí inaplicables, entre los cuales se prevé, como paradigma, la salida extintiva indemnizada a instancias del trabajador con 20 días de salario por año de servicio en traslados con desacuerdo, sin discusión de la causa empresarial. La implicación vital de la residencia, con todo lo que ello conlleva, es el motivo que habilita este tipo de compensaciones económicas ante la falta de aquiescencia, sin que nadie pueda ser obligado a habitar donde no desea³⁰, no siendo relevante *a priori* que se soporten perjuicios³¹. Esta voluntariedad se encuentra reforzada determinando que no serán causas justificativas de la extinción del contrato ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: a) la negativa a trabajar a distancia; b) el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial, y c) las *dificultades* para el *desarrollo adecuado* de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia (art. 5.2). Hubiera sido conveniente que el legislador hubiera añadido que tampoco pueden ser objeto de sanción tales supuestos.

2.2.1. Pacto escrito

Dicho acuerdo debe formalizarse por escrito como requisito "*ad probationem*", bien como un anexo al vínculo contractual o bien dentro del propio clausulado. El propio art. 8.2 ET exige la celebración por escrito de los contratos de "los trabajadores que trabajen a distancia".

³⁰ LAHERA FORTEZA, J.: "Las transformaciones del lugar de trabajo", cit., p. 15.

³¹ STS 5 febrero 2020 (rec. 4099/2017).

El art. 7 Real Decreto 28/2020 detalla el contenido mínimo obligatorio [sin perjuicio de lo que se establezca en los convenios o acuerdos colectivos (disp. adic. 1ª RDL)] a incluir en el pacto a celebrar por escrito: "a) Inventario de medios, equipos y herramientas, tanto consumibles como elementos muebles, y vida útil o periodo máximo para la renovación de estos; b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma; c) Horario de trabajo y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; d) Porcentaje y distribución, en su caso, entre trabajo presencial y trabajo a distancia; e) Centro de trabajo al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial; f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia; g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso; h) Medios de control empresarial de la actividad; i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia; j) Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; k) Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; l) Duración del trabajo a distancia".

La única ocasión en la que se modifica el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) por mor del presente Real Decreto Ley 28/2020 tiene como objeto introducir en su art. 7.1 la referencia a "no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos".

2.2.2. Copia básica

Siguiendo la estela del art. 8.4 ET, la empresa deberá formalizar y entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyéndose los datos que pudieran afectar a la intimidad personal a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Para ello contará con un plazo no superior a 10 días, acreditándose la entrega mediante la firma por parte de aquella representación legal. Después, la remitirá a la oficina de empleo. La obligación de la empresa de formalizar copia y remitirla a la oficina de empleo también procederá aunque no exista representación legal de las personas trabajadoras.

El cumplimiento de estos deberes empresariales no necesita disponer del consentimiento de los afectados, pues quedaría incluido en las excepciones a dicha aquiescencia al contar con el aval de la letra c) del art. 6 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, de Protección de Datos, en virtud del cual "el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento" justifica dicho acopio de datos.

2.2.3. Modificación del acuerdo y reversibilidad

El art. 8 Real Decreto 28/2020 recoge las exigencias a observar para proceder a la novación del acuerdo de trabajo a distancia inicialmente suscrito, incluido el porcentaje de presencialidad, a saber:

- 1.- Es necesario otro acuerdo escrito entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose con carácter previo a su aplicación.
- 2.- Dicho acuerdo ha de ponerse en conocimiento de los representantes de los trabajadores, pero no se exige la entrega de copia.

El art. 8.2 Real Decreto Ley 28/2020 añade la obligación de "informar... de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial", teniendo además prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realicen total o parcialmente de manera presencial quienes desde el inicio

de la relación laboral lleven a cabo durante la totalidad de su jornada el trabajo remoto.

En suma, es exigible un nuevo doble acuerdo expreso escrito para dejar sin efecto el anterior, sin que tal consecuencia pueda llevarse a cabo a través del procedimiento de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ni tampoco de movilidad geográfica. No obstante, el art. 8.3 habilita a los convenios o acuerdos colectivos para “establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como las preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en el presente Decreto Ley”.

Termina el art. 8 Real Decreto Ley 28/2020 señalando que en el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el momento de la corresponsabilidad, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad.

En fin, ante la falta de concurrencia de la voluntad concorde de las partes, cabe plantear dos alternativas: si el empresario impusiera la vuelta al trabajo presencial en contra de la voluntad del asalariado, este último, a la espera de los pronunciamientos judiciales al respecto, gozaría de la posibilidad de extinguir el contrato con indemnización de 33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades a la luz del art. 50 ET. En caso de concurrir efectiva causa económica, técnica, organizativa o de producción, el empresario deberá tramitar un despido objetivo.

Sea como fuere, las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia se tramitarán conforme al procedimiento que regula el nuevo art. 138 bis Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la

Jurisdicción Social (LRJS) (disposición final 2ª Real Decreto Ley 28/2020).

2.3. EQUIPARACIÓN DE DERECHOS

Principio esencial de la nueva regulación es el de la equivalencia de derechos entre los trabajadores a distancia y los presenciales, incorporado bajo el rótulo "igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación" en el art. 4, que además de reconocerse a través de una formulación general ("las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional"), se reitera y desarrolla en este precepto o en otros dispersos en una serie de supuestos:

1.- Derecho a la formación.- Las empresas no solo deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación efectiva en las acciones formativas de las personas que trabajan a distancia, en términos equivalentes a las de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa, sino garantizarles la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad tanto al momento de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas (art. 9 Real Decreto Ley 28/2020), evitando recursos subrepticios a despidos objetivos.

2.- Derecho a la promoción profesional.- La empresa deberá informar, de manera expresa y por escrito, de las posibilidades de ascenso que se produzcan, ya se trate de puestos de desarrollo presencial o a distancia (art. 10 Real Decreto Ley 28/2020).

3.- Derechos retributivos.- Tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones, así como los complementos establecidos para los trabajadores presenciales, particularmente aquellos vinculados a las

condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo [art. 8.1 in fine Real Decreto Ley 28/2020].

Esta previsión se complementa con el derecho a que el "desarrollo del trabajo a distancia" sea "sufragado o compensado por la empresa", no pudiendo suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. Tal previsión intenta corregir otro de los olvidos del Real Decreto Ley 8/2020, que radicaba en la falta de consideración de los esfuerzos económicos que implica para el trabajador la aportación de dispositivos digitales de su propiedad para el desarrollo del trabajo (portátiles, tablets, teléfonos...), de la conexión a fibra óptica, esto es, *software* y *hardware*, y del acondicionamiento de espacios del domicilio. Muchas veces tales cuantías no quedaban compensadas con el ahorro en los desplazamientos a las instalaciones empresariales, máxime de tener en cuenta que si el teletrabajo se alarga también serán cuantiosas las facturas de calefacción o refrigeración, luz, ampliación del seguro del hogar para cubrir riesgos de robo, incendio o destrucción de la documentación empresarial o compra de mobiliario y material de oficina³².

La apuesta del legislador de urgencia del Real Decreto Ley 8/2020 por el teletrabajo a domicilio ha conllevado, en la mayor parte de las ocasiones, una implantación informal del sistema BYOD (*bring your own device*). Incluyendo posibles variantes y modalidades como BYOT (Bring Your Own Technology), BYOS (Bring Your Own Service) o BYOA (Bring Your Own App)³³, es decir, tiene lugar la aportación del empleado de sus dispositivos y/o infraestructuras móviles personales e incluso, a veces, no tan personales porque son compartidos con otros miembros de la familia. La

³² DALMAN PONS, I. Y FERRER PUIG, R.: "Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempo de crisis", *Revista de Economía, Empresa y Sociedad*, núm. 4, 2015, pp. 52 y ss. ó DE LAS HERAS GARCÍA, A.: "Implantación del teletrabajo en las empresas ante una situación de emergencia", <https://www.laboral-social.com/coronavirus-implantacion-teletrabajo-empresas-modelo-anexo-contrato.html>

³³ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, cit., p. 225.

inexistencia de otras alternativas que hubieran exigido una programación previa y una inversión corporativa a la que no dio tiempo conllevaba *de facto* un ahorro nada despreciable para la logística de la empresa derivado no sólo de la falta de adquisición de tales herramientas sino de la ausencia de abono de los correspondientes suplidos a los empleados, que actualmente ha quedado corregida por el art. 12 Real Decreto Ley 28/2020, que reconoce el derecho del trabajador a distancia a ser sufragado o compensado por la empresa, sin que pueda suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de "gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral", quedando habilitados "los convenios o acuerdos colectivos para establecer el mecanismo para la determinación y compensación o abono de dichos gastos".

4.- Derecho a la dotación de medios técnicos.- En íntima conexión con los derechos salariales, se reconoce "el derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad" (art. 11.1 Real Decreto Ley 28/2020), con remisión expresa al inventario incorporado al acuerdo firmado entre las partes y a lo previsto en el convenio colectivo o acuerdo colectivo de aplicación. Se reconoce igualmente el derecho a la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo domiciliario (art. 11.2 Real Decreto 28/2020).

Particular atención merecen los problemas de seguridad informática, no en vano tan pronto como un empleado opera con un dispositivo que se conecta a una red (intranet, internet, etc.), ya sea mediando interacciones físicas o inalámbricas, se genera una necesidad de hacer frente a posibles fugas en un doble sentido. Por un lado, no es descartable la migración de *software* malicioso (*malware*) desde el terminal del trabajador hasta los equipos y redes de titularidad empresarial. Por otro, tampoco es difícil que se produzcan fugas de informaciones sensibles para los intereses del negocio. De ahí que resulta muy recomendable la creación de protocolos, más allá de las menciones exigidas para su incorporación en el pacto escrito, sobre el uso de tales herramientas, de modo que debería estar

prevista la confección por la empresa de una guía o al menos unas instrucciones claras sobre la forma de proceder ante la lentitud del sistema y averías, las caídas de la red, los virus informáticos, la verificación de la garantía de autenticidad de los correos electrónicos recibidos, los patrones normales para la descarga de ficheros o la confidencialidad de la información que se está gestionando evitando el acceso de familiares convivientes o intrusiones remotas (brechas de seguridad)³⁴.

5.- Los trabajadores a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades técnicas u otras no imputables a las personas trabajadoras, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo. Se excluye, otra vez, la aplicación del art. 41 ET [art. 4.2 Real Decreto 28/2020].

6.- Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas que trabajan en remoto, tomando en cuenta sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad (art. 4.3 Real Decreto 28/2020).

7.- Las empresas han de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia a la hora de configurar y aplicar medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral. En la elaboración de medidas de protección de las víctimas de violencia de género, debe de tomarse en consideración las posibles consecuencias y particularidades de la prestación de trabajo en remoto (art. 4.4 Real Decreto 28/2020), de suerte que se modifica a tal fin el art. 37.8 ET.

³⁴ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo. <https://www.aepd.es/media/guias/nota-tecnica-proteger-datos-teletrabajo.pdf>

2.4. DERECHO A LA DESCONEXIÓN Y AL REGISTRO HORARIO

La tensión que todo trabajo supone normalmente genera un cansancio que suele (o debería) eliminarse tras un adecuado descanso³⁵. Ahora bien, cuando la exigencia profesional es constante la fatiga llega a cronificarse, el sujeto ve alterada su eficiencia funcional y comienzan a manifestarse síntomas que, a la larga, afectan de manera drástica a la salud y estabilidad de los afectados (pérdidas de concentración, memoria, debilidad general, merma de la capacidad de resistencia, falta de sueño, angustia, pánico, dolores musculares y articulares, problemas gastrointestinales y cardiovasculares, afecciones dermatológicas...)³⁶, llevando, incluso, al consumo compulsivo de fármacos. Es más, y en ocasiones, el abuso de estos medicamentos termina en auténticas adicciones a ansiolíticos y antidepresivos y en hábitos tóxicos, tales como el exceso de café, alimentos procesados, alcohol, tabaco, y otro tipo de drogas³⁷.

El Real Decreto Ley 8/2020 no tuvo en cuenta tales perspectivas ignorando que los teletrabajadores a domicilio han realizado un "sobre esfuerzo para adaptarse de forma súbita a las nuevas exigencias" y van a estar sometidos a una enorme tensión, dando lugar a una situación paradójica, en tanto la ausencia de presencia física, lejos de implicar una menor presión, puede traer aparejado el efecto contrario, al tener que operar bajo modalidades especialmente incisivas³⁸, pues pueden recibir órdenes a través del propio instrumento de trabajo o de la red a cualquier hora del día o de la noche, incrementado la exigencia de disponibilidad y esfuerzo en un

³⁵ NTP 445: *Carga mental del trabajo: fatiga*, 1997.

³⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: "Los riesgos psicosociales en relación con las circunstancias de la actividad (especial atención a determinados sectores de importancia en Castilla y León)", *Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León*, ÁLVAREZ CUESTA, H. (Dir.), León, Eolas, 2016, pp. 53 y ss.

³⁷ MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid, Pearson, 2004, p. 36.

³⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 131 y ss.

entorno laboral carente de experiencia previa³⁹, máxime en una situación de confinamiento, de desescalada o de rebrotes ante la expansión de una pandemia que hacen al trabajador estar siempre atento a correos electrónicos, documentos *on line*, vídeollamadas o whatsapp, dada la preocupación constante por una posible pérdida de empleo.

La fragmentación del tiempo de trabajo, la extensión de la jornada y la dedicación temporal intensa son tres rasgos característicos fundamentales del teletrabajo. Resulta difícil, como puede imaginarse, establecer un sistema efectivo, objetivo, fiable y accesible de control del tiempo de trabajo desarrollado no sólo en la distancia sino en un emplazamiento, el domicilio del trabajador, con características muy distintas a un centro de trabajo, que hacen difícil, si no se superan los métodos tradicionales, la observancia más allá de un mero cumplimiento pro forma del elocuente tenor que utiliza el art. 34.9 ET: "la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora". El art. 14 Real Decreto 28/2020 muestra preocupación por la fatiga del trabajador y vuelve a insistir en el derecho al registro horario en el trabajo a distancia, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva. El registro de la jornada está destinado, pues, a modular la fijación del trabajo por objetivos ("destajo tecnológico") o la perpetua disponibilidad ("presentismo digital")⁴⁰.

En relación directa con lo anterior, el art. 18 Real Decreto Ley 28/2020 recoge el derecho a la desconexión digital de las personas que trabajen a distancia fuera de su horario de trabajo en los términos del art. 88 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD). Merece una

³⁹ AGRA VIFORCOS, B.: "Robotización y digitalización. Implicaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo", *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 455.

⁴⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, pp. 157 y ss.

valoración positiva que el art. 18 Real Decreto 28/2020 regule la desconexión no sólo como derecho del trabajador sino como deber de la empresa, "lo cual conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo, durante los períodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables" (art. 18. 1 segundo párrafo).

Ahora bien, retomando los términos del art. 88 LOPDyGDD, aun cuando pretende garantizar el respeto de los períodos de descanso, permisos y vacaciones, así como de la intimidad personal y familiar, reconociendo la facultad del trabajador, incluido el que presta servicios a domicilio, a no desarrollar actividades fuera de la jornada, ni a ser contactado por el empleador a través de medios digitales o electrónicos, sin que su actitud negativa, pasiva o evasiva signifique desaprobación alguna en el ámbito de la relación de trabajo⁴¹, lo cierto es que en defecto de convenio colectivo⁴² o de acuerdo de

⁴¹ VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: "El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017, pp. 167 y ss. o MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 24 y ss.

⁴² Pocas son las normas convencionales que se ocupan del tema, pudiendo mencionar CC Grupo AXA (BOE, 10 octubre 2017); CC del sector Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (BOCAM, 14 febrero 2019); CC Barcelona Cicle de l'Agua (BOP Barcelona, 16 abril 2018); CC EUI Limited Sucursal España (BOP Sevilla, 21 agosto 2018); CC ONCE (BOE, 18 enero 2018); Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DO Generalitat, 7 de septiembre 2018); IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol (Res. 4 enero 2018); Acuerdo sobre el tiempo de trabajo de IKEA (junio de 2018); el Plan de Igualdad del Hipermercado Carrefour (BOE, 26 enero 2019); Acuerdo sobre desconexión del Grupo Telefónica (incorporado como Anexo XIII en el II Convenio Colectivo (BOE, 15 septiembre 2019); CC Grupo Marítima Dávila (BOE, 11 octubre 2018) o Acuerdo del BBVA sobre registro de jornada y desconexión digital (26 septiembre 2019). Un estudio sobre tales instrumentos convencionales puede encontrarse en BARRIOS BAUDOR, G.: "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019 (BIB 2018/14719). Vid., por extenso, las propuestas para incluir en la negociación colectiva diseñadas por UGT en el documento "*Estado de la negociación colectiva en seguridad y salud (2019)*", comentadas por GARCÍA JIMÉNEZ, M.: "Revolución industrial 4.0,

empresa, únicamente cabe una alternativa: “el poder de dirección empresarial es el instrumento apto para regular las modalidades de ejercicio del derecho de desconexión digital” con el fin de reducir la fatiga y los riesgos psicosociales inherentes⁴³. Es más, aun en el hipotético caso de estar contemplado y regulado en instrumentos convencionales propiamente dichos, nada impide que la empresa elabore normas internas más detalladas, respetando siempre lo dispuesto en el convenio o en el acuerdo de empresa⁴⁴. El derecho a desconexión se convierte, por ende, en una quimera en manos del empresario en el contexto del trabajo remoto⁴⁵.

Esta misma idea subyace, en el fondo, en la nueva regulación incorporada en el Real Decreto Ley 28/2020 que establece la obligación empresarial, previa audiencia de la representación legal de los trabajadores, de elaborar una política interna, dirigida también al personal directivo “en la que se definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”. Se dedicará atención especial a preservar “el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial de trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

Se habilita igualmente, de manera semejante a como hace el art. 88 LOPDyGDD, a los convenios colectivos o acuerdos colectivos para poder establecer “los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a

sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario, 2019, pp. 176 y ss.

⁴³ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, p. 235.

⁴⁴ IGARTÚA MIRÓ, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 432, 2019, p. 69.

⁴⁵ GONZÁLEZ TAPIA, M.L.: “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, *Diario La Ley*, núm. 9606, 2020, p. 3.

la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”.

2.5. HORARIO FLEXIBLE Y CONCILIACIÓN

El art. 4.5 Real Decreto 28/2020 reconoce que los trabajadores en remoto tienen los mismos derechos de conciliación que los presenciales. Por su parte, el art. 13 establece la posibilidad de flexibilizar el horario, de conformidad con el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, “respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso”.

2.5.1. Flexibilidad horaria

La conexión específica entre la conciliación familiar y laboral en beneficio del asalariado y el trabajo a distancia como instrumento de flexibilidad horaria se encuentra en lo dispuesto en el art. 34.8 ET, en su redacción tras el Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, donde el cuidado de hijo o dependiente se convierte en el objetivo prioritario, dejándose de lado cualquier otro posible interés del trabajador (salud, formación, etc.), que resulta irrelevante a la hora de facilitar el desarrollo de la actividad laboral de forma remota. También la Directiva 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, aún no incorporada a nuestro acervo legislativo, contempla el recurso al teletrabajo como respuesta a las necesidades de conciliación y su relación con la flexibilidad horaria.

Además de supeditar el ejercicio de esta facultad de trabajo a distancia a una previa petición por parte del asalariado, el art. 34.8 ET sigue condicionando su efectividad: primero, a que se trate de cambios “razonables” y proporcionados a las necesidades de las personas trabajadoras y a las demandas organizativas o productivas, quedando incólume la facultad de oposición empresarial; segundo, la demanda se realizará conforme a lo que haya dispuesto al efecto el convenio

colectivo, al que se le hace un llamamiento para que, de modo obligatorio, establezca "los términos de ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno u otro sexo"; tercero, ante el silencio convencional, habrá de abrirse un procedimiento de negociación individualizada, durante un período máximo de 30 días, concluido el cual la empresa es quien habrá de comunicar si acepta la expectativa, plantea una alternativa o deniega el ejercicio del derecho indicando las "razones objetivas" en que se sustenta su decisión. Por tanto, el deseo del legislador ha sido convertir a la negociación colectiva en la vía principal para articular el derecho y dotarla de preferencia para regular esta materia en detrimento del pacto individual que sólo podrá jugar en un único supuesto (esto es, ausencia de previsión contenida en negociación colectiva)⁴⁶, donde ni basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta (que, además, debe ser proporcionada), sólo de negociarla individualmente de buena fe, alejado de cualquier ánimo caprichoso o abusivo, debiendo plantear una oferta alternativa que posibilite, de forma razonable, las pretensiones de conciliación o justificar suficientemente por escrito la negativa. De esta manera, el órgano judicial que ventile *a posteriori* el asunto, a través del cauce del art. 139 LRJS, debe realizar un juicio de proporcionalidad doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la propuesta como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones consideradas *in casu* las circunstancias concurrentes⁴⁷.

Este régimen de teletrabajo queda extramuros de la regulación ofrecida por el Real Decreto Ley 28/2020. Otra

⁴⁶ BLASCO JOVER, C.: "La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de la jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 2, 2019, p. 70.

⁴⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: "Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 441, 2019, p. 15.

cosa es que cualquier teletrabajador pueda acogerse a las posibilidades de flexibilidad que otorga el art. 34.8 ET: "adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo" o "en la ordenación del tiempo de trabajo".

2.5.2. Trabajo remoto y Plan MeCuida

El art. 6 Real Decreto Ley 8/2020, cuya vigencia se ha prorrogado hasta el 31 de enero de 2021, reconoce el derecho del asalariado a la adaptación en la forma de realizar la actividad laboral, enumerando varias posibilidades, entre las que se incluye "la prestación de trabajo a distancia". Esta facultad se atribuye a aquellos trabajadores que acrediten deberes de cuidado personal y directo a personas dependientes por circunstancias excepcionales relacionadas con el covid-19, multiplicadas ante el cierre de diversos establecimientos públicos o concertados, como centros escolares, residencias de mayores o centros de día, o por la imposibilidad de contar con los cuidadores contratados con carácter previo. Esta posibilidad de trabajo remoto queda al margen del régimen jurídico del Real Decreto Ley 28/2020. Otra cosa es que los teletrabajadores también puedan pedir las adaptaciones o reducciones de jornada que el art. 6 Real Decreto Ley 8/2020 habilita.

A) Titularidad individual

El legislador de urgencia, al igual que hace el art. 34.8 ET, acoge como fundamento de su regulación motivos de "conciliación de la vida laboral y familiar", pero realiza una descripción un tanto original de los parientes, cuyo cuidado otorga la posibilidad de teletrabajar, haciendo referencia no a los "hijos o hijas menores de 12 años" a los que se refiere el art. 34.8 ET, sino al "cónyuge o pareja de hecho, así como ... familiares de consanguinidad hasta el segundo grado". En la medida en que no alude al parentesco por afinidad y que equipara a las uniones matrimoniales con los vínculos de convivencia *more uxorio*, cabe entender que no se permite utilizar este derecho para atender a un miembro de la familia de la pareja, lo cual contribuye al impulso de la corresponsabilidad masculina en el cuidado de los familiares

propios, por consanguinidad, y al reparto equitativo de las cargas familiares. Se reconoce, empero, el derecho de conciliación para el cuidado de un miembro de la pareja por el otro componente⁴⁸.

Así lo corrobora, con carácter marcadamente pedagógico, el propio art. 6 Real Decreto Ley 8/2020 cuando aclara que se trata de un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupuesto el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles, siguiendo en este aspecto la estela del Real Decreto Ley 6/2019, así como de la nueva Directiva 2019/1158, de 20 de junio, que apuesta por el reparto equilibrado de los cuidados de los hijos y de otros familiares física o mentalmente dependientes adoptando una perspectiva subjetiva para lograr una distribución equilibrada de la titularidad de los derechos⁴⁹. Esta visión cobra el máximo interés para las mujeres, que sufren frecuentes interrupciones en su desarrollo profesional por motivos tales como la maternidad o las decisiones a favor del cuidado de la familia, lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su carrera, con el inherente descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social⁵⁰.

B) Dinámica del derecho

El legislador de urgencia reconoce "el derecho a acceder" a la modalidad de trabajo a distancia si se dan las razones de cuidado señaladas. En principio este tenor parece que atribuye una mejor posición al interesado que el art. 34.8 ET, cuyo redactado utiliza la expresión "derecho a solicitar".

⁴⁸ CASAS BAAMONDE, M.E.: "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10. 2018, p. 1068.

⁴⁹ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, p. 110.

⁵⁰ CES: "Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales", *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, p. 1.

Ahora bien, en la práctica, las diferencias quedan disipadas de inmediato porque aun cuando la concreción del derecho a la modificación del lugar de trabajo corresponde inicialmente a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, lo cierto es que en ambos casos el ejercicio debe de ser acordado con el empleador, con la posibilidad de acudir a la jurisdicción social a través del art. 139 LRJS, si hubiera discrepancias. Así, si la empresa y la persona trabajadora llegan a un acuerdo, ya sea porque la primera acepta, ya sea porque propone otra fórmula que convence al trabajador, no habrá problema. En otro caso, no cabe el ejercicio automático, sino que el trabajador deberá utilizar la vía procesal mencionada, lo cual resultará poco satisfactorio en la práctica totalidad de los supuestos por tratarse de una situación necesitada de solución inmediata y encontrarse el sistema de administración de justicia prácticamente paralizado por la pandemia, máxime cuando esta modalidad procesal no fue tomada en consideración por el Real Decreto inicial de declaración del estado de alarma a efectos de excluirla de su mandato de suspensión de los plazos procesales, que salvaguardaba únicamente a las modalidades de conflicto colectivo y tutela de derechos fundamentales. No obstante, el Real Decreto Ley 16/2020, de 29 de abril, califica, mes y medio después, como urgente y de tramitación preferente a este tipo de procesos, de manera que se podrá conseguir, en el mejor de los casos, una satisfacción tardía, unida a una indemnización de daños y perjuicios, pues el art. 139 LRJS permite formular tal reparación⁵¹, debiendo el juez ponderar los intereses de ambas partes, razón por la cual el contenido de la sentencia se acercará a un verdadero arbitraje con compensación económica⁵².

⁵¹ SSTSJ Canarias 12 marzo 2019 (rec. 1596/2018), que aplica el texto de la LISOS, para cuantificar los daños morales, atendiendo a lo previsto en el art. 7.5 de dicho texto legal (infracciones en materia de jornada).

⁵² AGUSTÍ MARAGALL, J.: "El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento", *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Juezas para la Democracia*, 2019, abril, p. 32.

Teniendo en cuenta que la situación de urgencia impide seguir los trámites del art. 34.8 ET, pues, como ya consta, exige que "la empresa, ante la solicitud... abra un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días"⁵³, es lógico que el art. 6 Real Decreto Ley 8/2020 adopte un cauce más dinámico concediendo "la concreción inicial a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa". Acoge, además, como premisa el principio de buena fe al exigir que "empresa y persona trabajadora deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo", si bien no obliga a alcanzar tal resultado. Se utiliza, por tanto, una fórmula muy conocida por ser la empleada en los períodos de consultas.

Asimismo, son distintas las posibilidades de materialización de la adaptación, pues el art. 34.8 ET alude a la variabilidad en "la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia", mientras el art. 6 Real Decreto 8/2020 menciona con mayor detalle variadas posibilidades: "la distribución del tiempo de trabajo o cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención o cuidado... puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación de trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo

⁵³ Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión". NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares", cit., p. 110.

en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma". No obstante, ambos preceptos recogen la posibilidad de pasar a prestar el trabajo a distancia con justificación en motivos de conciliación, quedando habilitado un cauce extraordinario de modificación sustancial de las condiciones de trabajo por una vía muy distinta a la del art. 41 ET y extramuros también del Real Decreto Ley 28/2020.

C) Reducción de jornada y de salario

Nada impide que los teletrabajadores se acojan a lo previsto en el art. 6 Real Decreto Ley 8/2020, que reconoce también el derecho de la persona trabajadora a disfrutar de una minoración de su jornada de trabajo con la rebaja proporcional de los emolumentos si se dan las mismas circunstancias excepcionales que se han mencionado para la adaptación de las condiciones de trabajo⁵⁴. Únicamente, habría que tener en cuenta la limitación del 30 por 100 establecida en el art. 1 Real Decreto Ley 28/2020, pues si el trabajo remoto se realizara en un menor porcentaje, no se aplicaría el régimen jurídico de este Real Decreto Ley.

Los términos de ejercicio de esta prerrogativa, calificada como "excedencia excepcional"⁵⁵, se remiten a lo previsto en los arts. 37.6 y 37.7 ET, de manera que se trata de un derecho subjetivo de titularidad neutra, que no queda condicionado al acuerdo, no en vano va acompañado del sacrificio sufrido como detrimento de las retribuciones. Las únicas matizaciones frente al régimen estatutario general son las referidas en el art. 6.3 Real Decreto Ley 8/2020, a saber:

1.-Los titulares de este derecho son "quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no

⁵⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por covid-19", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020, p. 457.

⁵⁵ LAHERA FORTEZA, J.: "Flexiseguridad laboral en la crisis del coronavirus", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., Dirs.): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020, p. 208.

desempeñe una actividad retribuida...". Y, a estos efectos, conviene recordar dos cosas: de un lado, teniendo en cuenta la alocución "cuidado directo", sólo quienes ejerzan la patria potestad o la tutela podrán ejercitar este derecho; de otro, tienen la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado igual o superior al 33%, entendiéndose que cumplen esta exigencia "los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad" (art. 4.2 Real Decreto Ley 1/2013).

También puede disfrutar de este derecho "quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo", sin que en este caso sea necesario que "no desempeñe actividad retribuida".

2.-La reducción no está sujeta a los límites cuantitativos del art. 37.6 ET: mínimo un octavo y máximo de la mitad. A tenor del art. 6 Real Decreto Ley 8/2020 puede alcanzar el 100 por 100, si bien en este último caso es necesario que el derecho de la persona trabajadora esté justificado y sea razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa. Debido a la previsión expresa de la norma de urgencia, cabe interpretar que la reducción debe plantearse en relación con la jornada "diaria".

3.- La comunicación de la minoración debe producirse con 24 horas de antelación (no es necesario que se realice con los quince días que exige con carácter general el art. 37.6 ET).

En fin, dada la ausencia de más especialidades, es menester añadir sólo dos extremos:

Por un lado, las discrepancias se resuelven conforme al cauce previsto en el art. 139 LRJS, de manera que cabe solicitar también la indemnización de daños y perjuicios⁵⁶.

Por otro, se reconoce un incremento ficticio de las cotizaciones hasta un 100 por 100, esto es, como si no se hubiera producido tal reducción (art. 237 LGSS) en lo que se refiere a las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (ahora nacimiento y cuidado de menor), quedando excluidas las de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Aunque en un principio se barajó esta posibilidad, no se ha reconocido una prestación de Seguridad Social que cubra los salarios dejados de percibir de manera similar a como sucede con el subsidio derivado de la reducción de jornada (como mínimo a la mitad) para el cuidado de hijo enfermo, afectado por cáncer (melanoma, carcinoma o tumores malignos) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de atención directa, continua y permanente⁵⁷. Esta ayuda asciende al 100 por 100 de la base reguladora de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales aplicada en igual reducción a la minoración de la jornada, manteniéndose las cotizaciones como si no se hubiera practicado tal minoración (arts. 190 a 192 LGSS)⁵⁸. En relación con esta última prestación, el Real Decreto 11/2020 deja a salvo a los progenitores que estuvieran percibiendo esta prestación de

⁵⁶ SSTSJ Canarias 12 marzo 2019 (rec. 1596/2018) y 19/2019), que aplican la LISOS para cuantificar los daños morales, atendiendo a lo previsto en el art. 7.5 de dicho texto legal (infracciones en materia de jornada).

⁵⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Un nuevo supuesto de reducción de jornada... en la LPGE para 2011", en AA.VV.: Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2011, p. 25.

⁵⁸ KAHALE CARRILLO, D.T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, p. 367.

las suspensiones de contrato o de las reducciones de jornada que traigan causa de lo previsto en los arts. 22 y 23 Real Decreto Ley 8/2020, de manera que, "en estos casos, el expediente de regulación temporal de empleo que tramite el empresario solo afectará al trabajador beneficiario de este subsidio en la parte de la jornada no afectada por el cuidado del menor", siendo compatible, por tanto, "el percibo del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, con la percepción de la prestación por desempleo que como consecuencia de la reducción de la jornada, afectada por un expediente de regulación temporal de empleo, pudiera tener derecho a percibir".

Aunque también se está pensando introducir ampliaciones, en el momento presente, sólo se protegen con una prestación de incapacidad temporal, como situación asimilada a accidente de trabajo, aquellos períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19 (salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en cuyo caso la incapacidad temporal será calificada directamente como accidente de trabajo) (art. 5 Real Decreto 6/2020). La ficción jurídica, por lo tanto, es doble: de un lado, se considera en incapacidad temporal a quien, en puridad, ni está enfermo ni necesita tratamiento médico; de otro, se confiere a una enfermedad, en principio común, la condición de profesional a efectos del subsidio por incapacidad temporal con todas las consecuencias que esta calificación conlleva en la práctica, esto es, para causar el derecho no es necesario acreditar período de carencia, la prestación se devenga desde el primer día, su cuantía asciende al 75% de la base reguladora y su coste corre a cargo del sistema de la Seguridad Social, por lo que la empresa no tendría que abonar los primeros días de baja⁵⁹. Las Instrucciones aclaratorias relativas al nuevo procedimiento de remisión de

⁵⁹ ARAGÓN REYES, C.: "El covid-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., Dirs.): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Madrid, Francis Lefebvre, 2020, p. 295.

partes de los servicios públicos de salud por coronavirus matizan la primera de las premisas anteriores, entendiendo que se considera contacto estrecho para justificar el aislamiento domiciliario subsidiado, según el Ministerio de Sanidad, al que ha estado en contacto con una persona con síntomas compatibles o diagnosticada de COVID-19, desde 48 horas antes del inicio de síntomas o del diagnóstico si la persona es asintomática, habiendo proporcionado cuidados o estado en el mismo lugar que la persona enferma a menos de 2 metros y durante más de 15 minutos, sin las medidas de protección adecuadas⁶⁰.

2.6. DERECHO A LA INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS

En momentos pretéritos, quizá uno de los atractivos que pudiera tener el trabajo a distancia en sectores rudimentarios como el textil o el calzado era que la lejanía con el empleador permitía al trabajador gozar de una amplia autonomía y una baja intensidad de control de su actividad, tal y como reconocía incluso el antiguo tenor del art. 13 ET anterior a la reforma de 2012⁶¹. Como resulta fácil intuir, tal situación ha cambiado drásticamente en un contexto productivo tecnológicamente avanzado, pues cuando el teletrabajador utiliza intensivamente equipos infotelemáticos, todas sus acciones quedan registradas con extraordinaria precisión requiriendo un intenso ritmo de trabajo⁶².

La igualdad de derechos como programática declaración de intenciones conlleva implícita, lógicamente con plenos efectos, la igualdad en obligaciones y responsabilidades⁶³,

⁶⁰ <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/>

⁶¹ GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio; de la máquina de hilar al ordenador*, Madrid, Ibidem, 1998, pp. 71 y ss.

⁶² LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: "Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español", en AA.VV.: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre el régimen jurídico en Derecho Español y Comparado*, Pamplona, Aranzadi, 2015, p. 43.

⁶³ MUNÍN SÁNCHEZ, L.M.: "Los poderes del empresario ante el teletrabajo: el control y sus límites", *Trabajo a distancia y teletrabajo*. MELLA MÉNDEZ, L. Ed. y VILLALBA SÁNCHEZ, A. (Coord.), Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 112.

de tal suerte que el teletrabajador queda plenamente sometido al poder directivo empresarial, y a las órdenes e instrucciones que el empleador pueda emitir, así como a sus prerrogativas de supervisión y disciplinarias facilitadas por la innovación técnica⁶⁴. El propio art. 22 Real Decreto Ley 28/2020 reconoce que "la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos".

El desarrollo del trabajo digital remoto no impide que desde la dirección de la empresa se instrumenten medidas de control, bien directo y en tiempo real, bien diferido, mediante la utilización de sistemas *in accounting*⁶⁵ o técnicas de inteligencia artificial altamente invasivas, que permiten obtener fácilmente una visión muy cercana de los usos de los dispositivos (profesional o personal) y de los patrones de comportamiento del titular, pudiendo conocer fácilmente preferencias de todo tipo (su orientación sexual, aficiones, gustos, hábitos y pensamiento político o sindical)⁶⁶. Se pueden registrar con facilidad y a escaso coste informaciones procedentes de las herramientas informáticas: desde el pulsado del teclado y los movimientos del ratón efectuados en todo momento por el trabajador hasta capturas de pantalla realizadas al azar o a intervalos, pasando por el seguimiento de las aplicaciones utilizadas y tiempo de empleo de las mismas, por las veces que se ha marcado el teléfono e incluso por el rastreo de datos conseguidos mediante cualesquiera otros instrumentos, como cámaras de visualización o herramientas de grabación de audio, sin olvidar, a la postre, la frecuente utilización de los sistemas de puntuación basados en algoritmos⁶⁷. Se da, así, cabida al fenómeno denominado

⁶⁴ Tal y como concluye la STS 11 abril 2005 (RJ 2005/4060).

⁶⁵ PURCALLA BONILLA, J.A. y PRECIADO DOMENECH, C.H.: "Trabajo a distancia vs teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013, p. 217.

⁶⁶ GOÑI SEIN, J.L.: "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019, p. 64.

⁶⁷ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Privacidad y protección de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, La Ley, 2020, p. 226.

"látigo digital"⁶⁸ o cuando menos tiene lugar una extensión desbordada de los sistemas de inspección existentes en el lugar de trabajo a la esfera doméstica donde debería regir el principio de privacidad de forma plena pero resulta lamentablemente atacado⁶⁹. Todo ello dentro de un marcado individualismo, pues la desaparición de la referencia al centro de trabajo físico tras un dilatado período de trabajo a domicilio, rompe la solidaridad entre compañeros, dificulta la cooperación en el desarrollo de la prestación e impide la promoción de intereses comunes ante la inexistencia de un espacio compartido⁷⁰.

Prevalece, por tanto, el interés empresarial, de ahí que el art. 22 Real Decreto Ley 28/2020 exija "la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad", y, con mayor rotundidad, el art. 17 reconozca la garantía del derecho a la intimidad y a la protección de datos en los términos de la LOPDyGDD, de acuerdo con su principios ordenadores "idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados", términos que pretenden asegurar, a la postre, que no se utilice un determinado medio de control si puede haber otro menos invasivo de los derechos fundamentales del trabajador. Cobra pleno sentido, por tanto, lo previsto en los arts. 87 y 89 LOPDyGDD, referidos respectivamente a las garantías en el control de los dispositivos informáticos⁷¹ y en la utilización de los sistemas de vídeo y audio vigilancia⁷².

⁶⁸ TODOLÍ SIGNES, A.: "El cumplimiento de la primera Ley de la robótica: análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo", *Labour&LawIssues*, vol. 5, núm. 2, 2019, p. 6.

⁶⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: "Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores", *Trabajo y Derecho*, núm. 63, 2020, pp. 45 y ss.

⁷⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Lugar único, múltiple y ausencias de lugar a partir de la negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019, p. 101.

⁷¹ PRECIADO DOMENECH, C.H.: *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 141.

⁷² GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo

Es más, el art. 17.2 Real Decreto Ley 28/2020 veta la posibilidad de exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, pues no cabe duda la gran cantidad de datos personales acumulables en instrumentos personales: fotografías, agendas, mensajes, contraseñas, datos bancarios, sanitarios, etc. Igualmente, el art. 17.2 dispone que la empresa tampoco podrá exigir la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia, lo cual enlaza con el derecho del trabajador "a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad" (art. 11 Real Decreto Ley 28/2020).

Como no podía ser de otra manera, en el caso en el que voluntariamente el trabajador aportara sus propios útiles de trabajo, el empleador debería tener en cuenta lo previsto en el art. 18 ET, relativo al registro de la persona del trabajador y sus efectos particulares⁷³, cuyo tenor literal exige tres requisitos: a) la concurrencia de una serie de razones concretas y objetivas, esto es, protección del patrimonio empresarial y/o el de los demás trabajadores de la empresa; b) la realización en horas de trabajo y en el centro de trabajo; y c) la presencia de un representante de los trabajadores o, en su defecto, de otro asalariado, además de respetarse siempre la dignidad e intimidad⁷⁴.

Ahora bien, en ningún caso procede entender tampoco que la aportación voluntaria del trabajador de sus propios utensilios va a significar la impunidad de los asalariados frente al poder disciplinario del empresario, no en vano el uso ilícito de su propia tecnología puede acarrear la imposición de sanciones cuando llegue a conocimiento del empleador sin vulneración

marco normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2016, 2019, (BIB 2019/1432).

⁷³ SSTSJ Málaga 25 febrero 2000 (rec. 2207/1999), Madrid 13 noviembre 2001 (rec. 3885/2001) y Cantabria 20 febrero 2004 (rec. 47/2004).

⁷⁴ POQUET CATALÁ, R.: "Registro sobre la persona del trabajador: proporcional, necesario e idóneo (a propósito de la STSJ Baleares de 8 de noviembre de 2017)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, p. 425.

de derechos fundamentales⁷⁵, siendo necesario, empero, contar con autorización judicial (art. 90.4 LRJS)⁷⁶. Podría admitirse únicamente, como excepción a la necesaria autorización judicial, que el trabajador preste su consentimiento explícito y con posibilidad de revocación para que el empresario pueda monitorizar solamente el espacio dedicado a las tareas profesionales, quedando al margen de esta posibilidad los datos personales o íntimos, siempre que ambos planos (corporativo y privado) estén perfectamente diferenciados y que el empresario cumpla el resto de principios que regula el ordenamiento de protección de datos: transparencia, intervención mínima, subsidiariedad, temporalidad, licitud y responsabilidad proactiva⁷⁷. Cuestión distinta es si esa aquiescencia se ha prestado de forma libre al estar condicionada por la conservación de la propia relación laboral en un contexto adverso y de gran incertidumbre, lo cual correspondería valorar *in casu*.

Por su parte, el art. 17.3 Real Decreto Ley 28/2020, repitiendo el tenor del art. 87.3.1 LOPDyGDD, se encarga de establecer la obligación de la empresa de fijar, contando con la representación legal de los trabajadores, criterios de utilización de las herramientas de trabajo digitales, respetando los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente.

Añade, además, que "los convenios colectivos o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia" (art. 17.3.2 Real Decreto Ley 28/2020).

⁷⁵ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Poderes directivos y nuevas tecnologías", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, p. 179.

⁷⁶ MIRO MORROS, D.: "El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 874, 2013 (BIB 2013/2511), pp. 1 y ss.

⁷⁷ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, cit., p. 233.

Este tenor debe ser completado con lo dispuesto en el art. 87 in fine LOPDyGDD, en virtud del cual "el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado".

2.7. DERECHO A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El art. 15 Real Decreto Ley 28/2020, recogiendo los términos del anterior art. 13 ET, atribuye a los trabajadores a distancia el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, resultando de aplicación lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y su normativa de desarrollo. El empresario ha de cumplir, por tanto, los deberes generales de evaluar los riesgos (art. 16 LPRL), facilitar equipos y medidas de protección (art. 17), informar y formar sobre ambos extremos, esto es, riesgos y medidas de protección (arts. 18 y 19), incluidas las de emergencia (art. 20 LPRL) o garantizar el estado de salud en función de los riesgos (art. 22 LPRL). Ahora bien, ese acertado mandato, cargado de buenas intenciones, no garantiza por sí mismo la remoción de los obstáculos que se oponen a que todas las complejas y prolijas disposiciones normativas en la materia sean efectivamente aplicables a un medio de trabajo remoto tan peculiar como el domicilio del trabajador.

Cierto es que en la medida en que el puesto se encuentra en la residencia del empleado, para el empresario va a resultar muy difícil cumplir algunos de sus deberes preventivos, dadas las dificultades de controlar las condiciones en que se presta la actividad, vigilar que el lugar y el equipamiento está adaptado a las exigencias de seguridad y salud o comprobar que el dependiente cumple las órdenes impartidas.

Sea como fuere, la acción preventiva debe comenzar siempre con una evaluación de los peligros que pueden generarse por

la realización de la actividad laboral. Este deber constituye el punto de arranque, el primer paso, no en vano la posibilidad de luchar eficazmente contra el riesgo parte de un conocimiento exhaustivo del mismo⁷⁸. La posibilidad de sufrir accidentes o enfermedades profesionales no podrá estimarse objetivamente si no se poseen métodos seguros que permitan a la empresa determinar la amplitud, gravedad y evolución en el tiempo de los diferentes factores que participan en su desencadenamiento, así como adquirir un mejor conocimiento de tales elementos, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, las características de los puestos y de los propios trabajadores que deban desempeñarlos. Una vez conocidos estos extremos, procede adoptar una actitud proactiva, no meramente reactiva o reparacionista, con el fin de diseñar medidas para la eliminación de la nocividad detectada y, como último paso, si ello no fuera del todo posible, optar por una planificación coherente para su reducción⁷⁹.

De ahí la importancia de diseñar los cauces necesarios para un diagnóstico precoz, razón por la cual el art. 16 Real Decreto Ley 28/2020 establece que " la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención a factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada". Toma en consideración, por tanto, los principales factores de riesgo que inciden en el trabajo a distancia.

En todo caso, este precepto aclara que "la evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la

⁷⁸ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "Art. 16. Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva", *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2008, p. 325.

⁷⁹ Una extensa enumeración en NTP 534: *Carga mental de trabajo: factores*, 1999 y en NTP 659: *Carga mental de trabajo: diseño de tareas*, 2000. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 66.

prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda”.

Una correcta evaluación exige una adecuada descripción del puesto o puestos amenazados (funciones, responsabilidades, requisitos de cualificación, exigencias ambientales, temporales y de organización...) y de las tareas (qué se hace, cómo, por qué y condiciones precisas para ello --actividades sensoriales, perceptivas y mentales necesarias; capacidades, recursos propios, existencia y disponibilidad de otros externos, condiciones ambientales y de organización--), así como del grupo de personas adscritas (número, edades, período de aprendizaje, formación, experiencia y otras variables conocidas). El cumplimiento de estas obligaciones empresariales requiere contar con toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia, de manera que, conforme señala el art. 16.2 Real Decreto Ley 28/2020, si fuera necesario visitar el lugar donde se desarrolla el trabajo a distancia, deberá emitirse un informe escrito por quien tuviera competencias en materia preventiva que justifique dicho extremo. Este informe se entregará al trabajador y a los delegados de prevención. La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso del trabajador, cuando se trata de su domicilio o del de otra persona física. De no contar con tal permiso, el cumplimiento de los deberes preventivos por parte de la empresa se llevará a cabo, acogiendo el principio de colaboración necesaria, en función de “la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención”.

Queda garantizado, como no podía ser de otra manera, la inviolabilidad del domicilio, sin poder olvidar la posibilidad abierta por el art. 76.5 LRJS de solicitar autorización judicial por parte de la Inspección de Trabajo.

2.8. DERECHOS COLECTIVOS

La mención expresa a los derechos colectivos (como trabajadores por cuenta ajena que son) no resulta del todo superflua de atender al creciente individualismo que se

promueve y alimenta en las prestaciones de servicios marcadas por la desaparición de un centro de trabajo físico y las dificultades que conllevan las relaciones colectivas en un mundo cada vez más digitalizado, donde se rompe la solidaridad necesaria para construir una negociación y puede impedir la promoción de intereses comunes y la superación de la competencia entre los propios trabajadores, bien por su invisibilización, bien porque la prestación de servicios a distancia hace desaparecer los lazos de compañerismo⁸⁰.

Después de reconocer a los trabajadores a distancia el derecho al ejercicio de sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas y de atribuir a la negociación colectiva la posibilidad de establecer las condiciones para garantizar este ejercicio en atención a las singularidades de su prestación con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades, el art. 19.2 Real Decreto Ley 28/2020 entra en el ejercicio de la acción sindical, obligando a la empresa a "suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa..., (debiendo) asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras".

Este tenor modifica la interpretación vertida hasta el momento por el Tribunal Constitucional en su sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, que atribuía a la negociación colectiva la posibilidad de pautar los términos de uso de estos medios informáticos por los representantes, disciplinando, entre otros los aspectos relativos al volumen de correo electrónico admitido (número, tamaño o formato), la posibilidad o no de contar con un espacio en la intranet de la empresa o incluso la titularidad del derecho (secciones sindicales, representantes unitarios o ambos); ante el silencio de la negociación colectiva, admitía su uso cuando el sistema

⁸⁰ ÁLVAREZ CUESA, H.: "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, pp. 157 y ss.

ya existiera sin obligación de creación *ex novo* por la empresa, condicionado a cuatro exigencias: no se perturbase la actividad normal productiva de la empresa; el uso sindical no prevaleciese sobre el uso empresarial, de tal manera que la empresa puede perfectamente predeterminar las condiciones de utilización para fines sindicales, siempre y cuando no lo excluyera en términos absolutos; en caso de conflicto, prevalecería el interés empresarial sobre el sindical; en fin, el uso del correo no podrá comportar un gravamen adicional para la empresa, en forma de asunción de mayores costes.

En cambio, con el nuevo tenor legal, las representaciones existentes (unitarias y sindicales) podrán solicitar a la empresa la creación de un sistema electrónico que garantice la comunicación bilateral entre representantes y trabajadores, incluyendo un tablón virtual y el acceso a las direcciones electrónicas. Ciertamente es que las direcciones de correo electrónico entran en la categoría de dato personal, pero, según la Agencia de Protección de Datos, su conocimiento ya se había considerado esencial para el ejercicio fundamental de la libertad sindical, admitiéndose la cesión sin la necesidad de consentimiento de sus titulares, siempre que no "existan otros procedimientos automatizados... que permitan la satisfacción de este derecho sin necesidad de realizar una cesión". En todo caso, el responsable del tratamiento (sindicato o representación unitaria) debe garantizar el derecho de oposición del trabajador, cesando de manera inmediata en el tratamiento de los datos, y el cumplimiento del principio de finalidad sin poder utilizar los datos para objetivos distintos del ejercicio de tareas de representación. Como excepción, se ha establecido que durante el período electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical, consagrado en el art. 2.1 LOLS sobre el derecho fundamental a la protección de datos, de manera que los trabajadores no podrán oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que se realice sea adecuado para los fines del propio proceso electoral⁸¹.

⁸¹ Resolución de 15 de marzo de 2018.

Finalmente, el art. 19.3 Real Decreto Ley 28/2020 exige a la empresa que garantice que los trabajadores a distancia pueden participar “de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales”. Sorprende, no obstante, el inciso final de este precepto, pues en lugar de apostar por el voto electrónico con las debidas garantías, lo hace por “la participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales”. Cabe interpretar *a sensu contrario*, que se admite la primera modalidad (voto on line) para otras votaciones como pudiera ser en asuntos tratados en asamblea.

Descendiendo al casuismo para revisar el articulado del Real Decreto Ley 28/2020, se observa la llamada a la intervención de los representantes con distinta intensidad y con una clara falta de sistemática:

- 1.- Recepción de copia básica del pacto sobre teletrabajo (art. 6).
- 2.- Participación en la redacción de las instrucciones dictadas por la empresa en materia de protección de datos a incluir en el pacto escrito [art. 7 j)]; en la elaboración por la empresa de los criterios de utilización por los trabajadores 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 legal y constitucionalmente (art. 17.3) o en la confección de las instrucciones que haya establecido la empresa en el marco de la legislación sobre protección de datos (art. 20.1).
- 3.- Recepción de información sobre las instrucciones dictadas por la empresa sobre seguridad de la información a incorporar al pacto por escrito [art.7 k) o art. 20.2]; la modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad (art. 8.1) o los puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan (art. 8.2).
- 4.- Audiencia previa en la elaboración empresarial de una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas 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 (art. 18.2).

3. LA LLAMADA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como ya consta, el Acuerdo Europeo sobre teletrabajo fue el primer acuerdo específico, fruto de la negociación colectiva, suscrito entre los interlocutores sociales de los Estados miembros. En España, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva del año 2003, incorporó el texto de dicho Acuerdo europeo y encargó a una comisión de seguimiento su adaptación y desarrollo conforme a la realidad interna, teniendo en cuenta aquellos ámbitos en los que podría existir mayor interés. Los sucesivos Acuerdos para el empleo y la negociación colectiva (2015, 2016 y 2017) establecieron algunos criterios específicos, pero el resultado ha sido muy escaso, pues son muy puntuales los convenios que se ocupan hasta el momento de esta materia⁸².

Bajo tales premisas, el Real Decreto Ley 28/2020 no sólo establece una serie de principios mínimos intentando igualar el tratamiento jurídico laboral en los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo, sino que considera imprescindible acudir en la medida necesaria a la negociación colectiva, que se convierte en instrumento esencial para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos o empresas con posibilidad de establecer criterios propios.

3.1. Escueto panorama convencional previo

Claro es el propósito del Real Decreto Ley 28/2020 de terminar con la falta de tradición negocial en esta materia tanto a nivel de sector como a nivel de empresa, más allá, como excepción, de corporaciones de tamaño grande o muy grande⁸³, con capacidad suficiente para asumir una gestión

⁸² FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: "El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del covid-19", Diario La Ley, núm. 9703, 2020.

⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *et alii*: "La negociación colectiva en el sector de teletrabajo", en AA.VV.: *Nuevas actividades y sectores*

flexible y autoconclusa de los recursos humanos⁸⁴; y, para colmo, las más de las veces se limitan a efectuar una mera remisión al tenor legal o a los referentes internacionales en la materia, sin aportar un verdadero andamiaje regulatorio de la figura en el concreto ámbito de vigencia del convenio⁸⁵. En algún caso, se realiza una mera alusión genérica a la creación de una comisión con el objeto de avanzar en el desarrollo del teletrabajo⁸⁶ o se define lo que es un contrato a distancia, remitiendo su régimen jurídico al pacto acordado por las partes⁸⁷.

Entre las escasas previsiones convencionales existentes con contenido sustantivo, cabe mencionar como más señeras las referidas a los requisitos exigidos para poder teletrabajar, las posibilidades de reversibilidad, la compensación de

emergentes: el papel de la negociación colectiva, Madrid, CCNCC/MTAS, 2001, p. 336. *Verbi gratia*, Acuerdo Colectivo BBVA 27 julio 2011; art. 72 Convenio Colectivo Repsol Butano SA (BOE 20 agosto 2018, núm. 201); Anexo V Convenio Colectivo Telefónica Móviles SAU (BOE 13 noviembre 2019, núm. 273) o Art. 43 Convenio Colectivo Grupo Selecta (BOE 30 enero 2020, núm. 26).

⁸⁴ FERREIRO REGUEIRO, C.: "La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva", en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L. Ed. y VILLALBA SÁNCHEZ, A. Coord.): *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 53 y ss.

⁸⁵ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: "Teletrabajo: delimitación, negociación colectiva y conflictos", en AA.VV.: *Tecnologías de la información y la comunicación y relaciones de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2014, pp. 329 y ss.

⁸⁶ Art. 23 Convenio Colectivo Michelin España Portugal S.A (BOE 3 julio 2020, núm. 183) o Disposición adicional 4ª Convenio Colectivo Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles y su personal auxiliar (BOE 27 febrero 2020, núm. 50).

⁸⁷ Art. 11 Convenio Colectivo Empresa Carlson Wagonlit España S.L.U (BOE 27 febrero 2020, núm. 50): "las personas trabajadoras con contratos indefinidos (y con independencia de su jornada) podrán, de forma voluntaria, prestar sus servicios a distancia (en sus domicilios, o en el lugar libremente elegido por ellos) de manera mixta o total". Remiten directamente al acuerdo individual, entre otros, art. 10 XIX Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE 8 agosto 2018, núm. 191) o art. 23.10 Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería (BOE 21 septiembre 2018, núm. 229).

gastos, su diseño como fórmula de conciliación o, en fin, la equiparación de derechos⁸⁸:

1.-Para poder acogerse al régimen de teletrabajo, en algunas ocasiones se exige que el asalariado cuente con una "antigüedad de seis meses" y que el proyecto o área funcional al que pertenezca lo permita⁸⁹. En otros casos, la antigüedad se eleva a "doce meses", siendo necesario que pertenezca a "áreas, unidades o actividades y tipos de trabajo que por sus características la empresa determine que son susceptibles de acogerse"⁹⁰. También se exigen ciertos requisitos técnicos como "tener conocimientos informáticos que le permitan asumir la teleprestación, que el puesto concreto reúna los condicionantes adecuados para su cobertura remota, aportar el trabajador un lugar adecuado en su domicilio o haber mostrado un adecuado desempeño sostenido en el tiempo"⁹¹. En algún caso, se reconoce el derecho "a teletrabajar un día a la semana"⁹², acogiendo un porcentaje distinto de los umbrales del Real Decreto 28/2020.

2.- En cuanto a las condiciones de vuelta al trabajo presencial, cabe destacar algunas cláusulas dudosas, a la vista de la nueva regulación, como son aquellas que establecen que ambas partes están legitimadas para reclamar el retorno a la situación de presencialidad: el trabajador en los 2 meses siguientes desde que su prestación a distancia empezó a operar y al final de cada año natural; y la empresa cuando concurren razones técnicas u organizativas que reclamen la vuelta a la

⁸⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: "El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios: experiencias en la negociación colectiva", en AA.VV (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): Nuevos escenarios y nuevos contenidos en la negociación colectiva, Madrid, CCNCC, 2020 (en prensa), autor a quien se sigue en la presente exposición.

⁸⁹ Art. 49 IV Convenio Colectivo Nacional Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain S.L.U (BOE 12 agosto 2020, num. 217).

⁹⁰ Art. 43 Convenio Colectivo Grupo Selecta (BOE 30 enero 2020, núm. 26).

⁹¹ Art. 72 Convenio Colectivo Repsol Butano SA (BOE 20 agosto 2018, núm. 273).

⁹² Art. 49 IV Convenio Colectivo Nacional Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain S.L.U (BOE 12 agosto 2020, num. 217).

presencialidad⁹³. Teniendo en cuenta que, como ya se ha dicho, el empleador no puede acudir a su *ius variandi* extraordinario para imponer el teletrabajo⁹⁴, resulta cuando menos dudoso que vía convenio se habilite la facultad inversa, para permitir la reversión a la prestación presencial cuando concurren tales motivos empresariales. Más exorbitante aún parece aquella previsión convencional que establece sin rubores que el empleador podrá, “en cualquier momento” y sin necesidad de alegar causa alguna, “extinguir las situaciones de teletrabajo”, debiendo el operario volver a prestar sus servicios en los locales de la empresa; si bien, tal facultad rescisoria del pacto de teletrabajo se concede también, en este caso, al propio trabajador, con el solo requisito, en ambos casos, de preavisar con un período de 15 días⁹⁵ o de “un mes”⁹⁶.

En alguna ocasión, se regula la reversibilidad por fuerza mayor impropia definida en el propio texto paccionado: “la empresa podrá requerir a la persona trabajadora su presencia en el centro de trabajo en los casos de situaciones urgentes o excepcionales que requieran de una coordinación específica (huelgas de proveedores o huelgas que afecten a los servicios ofrecidos a clientes), sucesos extraordinarios, implantación de nuevos clientes cuyo servicio necesite adaptación o un período de fidelización, implantación de nuevas políticas, formación, necesidades específicas del cliente o del servicio. En ningún caso se incluirán ni considerarán en este apartado las huelgas que secunden las personas trabajadoras de la empresa”⁹⁷. O también en algún caso queda salvaguardado un compromiso de

⁹³ Anexo V Convenio Colectivo Telefónica Móviles SAU (BOE 13 noviembre 2019, núm. 18).

⁹⁴ FERREIRO REGUEIRO, C.: “La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L. Ed. y VILLALBA SÁNCHEZ, A. Coord.): *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2016, pp. 51 y ss.

⁹⁵ Art. 72 Convenio Colectivo Repsol Butano SA (BOE 20 agosto 2018, núm. 201).

⁹⁶ Art. 43 Convenio Colectivo Grupo Selecta (BOE 30 enero 2020, núm. 26).

⁹⁷ Art. 11 Convenio Colectivo Empresa Carlson Wagonlit España S.L.U (BOE 27 febrero 2020, núm. 50)

presencialidad, pues el trabajador debe “acudir a cuantas reuniones sea convocado por parte del responsable de la unidad en el centro de trabajo, ya sean reuniones periódicas como imprevistas”⁹⁸.

Alguna cláusula convencional establece una especie de período de prueba en el sistema de teletrabajo con libre revocación, pues prevé que “transcurridos los dos primeros meses de teletrabajo, se evaluará la idoneidad para teletrabajar y la satisfacción de ambas partes con este sistema de trabajo”⁹⁹.

3.- Son relativamente frecuentes aquellas cuantías compensatorias extrasalariales dispuestas como compensación de los mayores gastos en suministros soportados por el trabajador como consecuencia del desarrollo de la prestación a distancia, tales como mayor gasto de calefacción, luz, o conexión a Internet¹⁰⁰. Incluso, en algunos casos (pocos pero significativos), determinadas partidas previstas en la norma pactada sí que se puede decir que revisten naturaleza salarial, en el amplio tenor del art. 26 ET, en tanto aparecen como complemento capaz de actuar como incentivo para tratar de lograr que a un mayor número de trabajadores les pueda resultar atractivo el trabajo a distancia, estableciendo para ello un verdadero “complemento por teletrabajo”¹⁰¹ que, a veces y en consecuencia, excluye la percepción de otras partidas, como las compensaciones por comida o desplazamiento¹⁰². Desde un punto de vista similar, aunque con matices, algún convenio alude al “complemento casa/oficina”, lo cual no muestra a las claras si se trata de una verdadera partida

⁹⁸ Art. 43 Convenio Colectivo Grupo Selecta (BOE 30 enero 2020, núm. 26).

⁹⁹ Art. 40 Convenio Colectivo Orange España SAU (BOE 18 octubre 2019, núm. 251).

¹⁰⁰ Acuerdo colectivo de implantación de teletrabajo SHS, Polar Sistemas Informáticos SL.

¹⁰¹ Así, art. 50 Convenio Colectivo British Petroleum Oil España (BOE 6 febrero 2018, núm. 33) o Convenio Colectivo Tecnocom España Solutions SA (BOE 11 abril 2014, núm. 88).

¹⁰² Art. 60 Convenio Colectivo Grupo ONO (BOE 1 julio 2013, núm. 156) o art. 50 Convenio Colectivo British Petroleum Oil España, (BOE 6 febrero 2018, núm. 33).

salarial, o de una compensación por los gastos a efectuar en el hogar, en cuyo caso merecería la consideración de extrasalarial¹⁰³.

Ahora bien, no cabe admitir, sin embargo, la exclusión convencional a la empresa de soportar tales partidas como se recoge alguna vez, lo cual contradice abiertamente el tenor del Real Decreto Ley, pues en tal caso el trabajador está comprometiendo algo más que su esfuerzo productivo¹⁰⁴. Cabe destacar la existencia de alguna cláusula ambigua que debe ser depurada, pues, por un lado, establece que "la empresa será responsable de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular así como proveer de un servicio adecuado de apoyo técnico", pero, por otro, admite "acuerdo por el que se establezca que la persona trabajadora utilice su propio equipo", añadiendo que "la empresa únicamente se hará cargo del coste del servicio de internet de las personas trabajadoras que teletrabajen cuando, por la posición y servicios prestados, se requiera una determinada conexión a internet (con una velocidad y ancho de banda específicos)"¹⁰⁵.

4.- También son relativamente numerosos (dentro de la aludida escasez general) los convenios colectivos¹⁰⁶, que se

¹⁰³ Art. 53 Convenio Colectivo Telefónica On the Spot, SAU (BOE 21 febrero 2014, núm. 45).

¹⁰⁴ Anexo V Convenio Colectivo Telefónica Móviles SAU (BOE 13 noviembre 2019, núm. 273).

¹⁰⁵ Art. 11 Convenio Colectivo Empresa Carlson Wagonlit España S.L.U (BOE 27 febrero 2020, núm. 50).

¹⁰⁶ Tanto a nivel de empresa [Art. 48 Convenio Colectivo Siemens SA (BOE 17 junio 2020, núm. 169), art. 89 Colectivo Colectivo empresas vinculadas a Telefónica (BOE 13 noviembre 2019, núm. 273), art. 54 Convenio Colectivo de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (BO. Junta de Andalucía 20 diciembre 2018, núm. 245) o art. 69 Convenio Colectivo Repsol Butano SA (BOE 20 agosto 2018, núm. 201)], como de sector [Art. 10 del XIX Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE 8 agosto 2018, núm. 191), art. 20 Convenio Colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE 10 febrero 2016, núm. 35), Art. 7 Convenio Colectivo del Sector del comercio de flores y plantas (BOE 6 septiembre 2018, núm. 216), art. 19 Convenio Colectivo Estatal de la prensa diaria (BOE 29 agosto 2019, núm. 205) o art. 20 Convenio General para el Sector de Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (BOE 1 junio 2017, núm. 130)].

refieren al teletrabajo como fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, implementada, por tanto, sin que concurra un especial interés productivo, más allá de que la tolerancia empresarial de esta práctica redunde en mayor satisfacción de la plantilla y, a la postre, en un incremento indirecto de la productividad.

4.- Al genérico principio de igualdad entre los teletrabajadores y los presenciales aluden varias normas paccionadas¹⁰⁷. Alguna norma colectiva añade, a efectos de determinar las condiciones aplicables al teletrabajador, el concepto (importado de la jurisprudencia del TJUE) del "trabajador comparable que preste servicios en los locales de la empresa"¹⁰⁸.

Sea como fuere, conforme a la disposición transitoria 1ª Real Decreto Ley 28/2020, las relaciones de trabajo vigentes y reguladas con anterioridad a su publicación (23 de septiembre de 2020) por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia pueden mantenerse conforme a un doble panorama:

--Si los convenios o acuerdos referidos tienen plazo de vigencia: la aplicación del Real Decreto Ley 28/2020 se producirá desde el momento en que estos decaigan.

¹⁰⁷ Entre otros, art. 72 Convenio Colectivo Repsol Butano SA (BOE 20 agosto 2018, núm. 201), art. 40 Convenio Colectivo Orange España SAU (BOE 19 octubre 2019, núm. 251), art. 89 Convenio Colectivo empresas vinculadas a Telefónica (BOE 13 noviembre 2019, núm. 273), art. 64 Convenio Colectivo Grupo ONO (BOE 1 julio 2013, núm. 156), art. 11 Convenio Colectivo del Sector de la Industria y Comercio de Aceite y derivados (BO. Comunidad de Madrid 7 abril 2018, núm. 83), art. 25 Convenio Colectivo del Sector del comercio del metal (BO. Comunidad de Madrid 2 mayo 2016, núm. 103); art. 20 Convenio General para el Sector de Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (BOE 1 junio 2017, núm. 130); art. 8 II Convenio Colectivo Accepta Servicios Integrales SLU (BOE 30 julio 2020, núm. 206); art. 49 IV Convenio Colectivo Nacional Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain S.L.U (BOE 12 agosto 2020, num. 217) ó Art. 43 Convenio Colectivo Grupo Selecta (BOE 30 enero 2020, núm. 26).

¹⁰⁸ Art. 20 Convenio Colectivo del sector de empresas de publicidad (BOE 10 febrero 2016, núm. 35) o Punto 23.10 Convenio Colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 21 septiembre 2018, núm. 229).

--Si no prevén un plazo de duración, el Real Decreto Ley 28/2020 se aplicará íntegramente una vez transcurrido 1 año desde su publicación en el BOE, esto es, a partir del 23 de septiembre de 2021, salvo que las partes firmantes acuerden expresamente un plazo superior más amplio, que como máximo podrá ser de 3 años.

Además, se conservarán los derechos o condiciones más beneficiosas que se vinieran disfrutando y que se reflejarán en el acuerdo de teletrabajo que se habrá de formalizar en el plazo de tres meses desde que el Real Decreto Ley resulte de aplicación.

En fin, atendiendo a la disposición transitoria 1ª.3, para los acuerdos de trabajo a distancia de carácter individual vigentes a 23 de septiembre de 2020 no derivados de convenios o acuerdos colectivos, también se establece, además de la conservación de las eventuales mejores condiciones, un plazo de 3 meses, en este caso hasta el 23 de diciembre de 2020, para efectuar las correspondientes adaptaciones o modificaciones.

3.2. Una visión *ad futurum*

Intentando revertir el escaso interés negocial, el Real Decreto Ley 28/2020 llama incesantemente a la negociación colectiva. Así:

En primer lugar, en la exposición de motivos: "a la hora de definir las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los criterios de preferencia en el acceso a esta modalidad, el ejercicio de la reversibilidad, los distintos derechos de contenido económico asociados a esta forma de prestación y organización, el contenido del acuerdo e incluso los porcentajes de trabajo a distancia a los efectos de definir en sectores profesionales específicos lo que considera trabajo a distancia regular" (Exposición de motivos).

En segundo término, la disposición adicional 1ª, que con una falta de sistemática remite a los convenios o acuerdos colectivos, en dos párrafos distintos, la posibilidad de establecer:

1.- "En atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a

distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y (en cláusula abierta) cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular”.

2.- “Una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o período de referencia inferiores a los fijados en el presente Real Decreto Ley a los efectos de calificar como ‘regular’ esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión”¹⁰⁹.

En tercer lugar, repasando el texto articulado del Real Decreto Ley 28/2020, llama la atención la enorme cantidad de veces que se produce una llamada a la negociación colectiva:

1.-Art. 5.1, con ocasión del carácter voluntario del teletrabajo, que permite, no obstante, a la negociación colectiva reconocer el derecho al trabajo a distancia.

2.- Art. 5.3, que habilita a la negociación colectiva para regular el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial.

3.- Art. 13, que reconoce el derecho de la persona que realiza el trabajo a distancia a flexibilizar el horario de conformidad con los términos de la negociación colectiva.

4.- Art. 14, que remite a la negociación colectiva el establecimiento del sistema de registro horario, en el que conste, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

5.- Art. 19.1, que atribuye a la negociación colectiva el establecimiento de las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores remotos.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, algún convenio colectivo prevé que se pueda teletrabajar entre 1 y 4 días a la semana, en función del acuerdo al que lleguen el trabajador y su superior directo, Anexo V Convenio Colectivo Telefónica Móviles SAU (BOE 13 noviembre 2019, núm. 273).

6.- Art. 21, a la hora de concretar las obligaciones de los trabajadores de cumplir las instrucciones de uso y conservación de los instrumentos de trabajo.

En cuarto lugar, también son muy numerosas las referencias en el articulado del Real Decreto Ley a la intervención del convenio colectivo o pacto colectivo:

1.- Art. 7.1, para modular el contenido mínimo del pacto escrito suscrito entre trabajador y empresario.

2.- 7.1 b), que exige la necesaria correspondencia de la cantidad de compensación por gastos establecida en el pacto individual con la establecida en convenio o acuerdo colectivo.

3.- Art. 8.3, para establecer mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, preferencias en función de determinadas circunstancias (formación, promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, pluriempleo o pluriactividad, circunstancias personales o familiares), así como ordenación de prioridades.

4.- Art. 11, para la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad.

5.- Art. 12.2, para la determinación, y compensación o abono al trabajador de los gastos que ocasione el teletrabajo.

6.-Art. 17.3, para especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa.

7.- Art. 18.2, para establecer los medios y medidas adecuadas en aras a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso.

En fin, pese a esta reiteración en las remisiones, no cabe ocultar la buena voluntad de la que parte el legislador: apostar por una mayor regulación convencional que dote de un adecuado marco al desarrollo del teletrabajo capaz de evitar el fácil recurso al trabajo en remoto invisible o al

margen de la condición de laboralidad¹¹⁰.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGRA VIFORCOS, B.: "Robotización y digitalización. Implicaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo", *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: "El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento", *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Juezas para la Democracia*, 2019.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A.: "La regulación de empleo debida al covid-19: aspectos laborales y de Seguridad Social", *Diario La Ley*, núm. 9615, 2020.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Lugar único, múltiple y ausencias de lugar a partir de la negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019.
- "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020.
- ARAGÓN REYES, C.: "El covid-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., Dirs.): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Madrid, Francis Lefebvre, 2020.
- BARRIOS BAUDOR, G.: "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2019 (BIB 2018/14719).
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, La Ley, 2019.

¹¹⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, pp. 199.

- BLASCO JOVER, C.: "La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de la jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 2, 2019.
- BOLOGNA, S. y LUDICONE, F.: "El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes, efectos sobre la calidad del trabajo e instrumentos de regulación", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: "Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10. 2018.
- "Los lugares de trabajo en las coordenadas de la industria 4.0", *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019.
- "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019.
- "Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de Seguridad Social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria del covid-19", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020.
- CRUZ VILLALÓN, J.: "Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores", *Trabajo y Derecho*, núm. 63, 2020.
- CRUZ VILLALÓN, J.: "Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la pandemia", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020.
- DALMAN PONS, I. Y FERRER PUIG, R.: "Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempo de crisis", *Revista de Economía, Empresa y Sociedad*, núm. 4, 2015.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: "Trabajo a distancia", en AA.VV (GOERLICH PESET, J.M., Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A.: "Implantación del teletrabajo en las empresas ante una situación de emergencia",

<https://www.laboral-social.com/coronavirus-implantacion-teletrabajo-empresas-modelo-anexo-contrato.html>

- FALGUERA BARÓ, M.A.: *Análisis de urgencia de la legislación laboral durante el estado de alarma por el covid-19*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "¿Es suficiente este derecho laboral excepcional por aluviones frente a la pandemia del covid-19?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 445, 2020.
- FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: "El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del covid-19", *Diario La Ley*, núm. 9703, 2020.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona, Aranzadi, 2019.
- FERREIRO REGUEIRO, C.: "La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva", en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L. Ed. y VILLALBA SÁNCHEZ, A. Coord.): *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Pamplona (Aranzadi), 2016.
- GALLARDO MOYA, R.: *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio; de la máquina de hilar al ordenador*, Madrid, *Ibidem*, 1998.
- GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2016, 2019, (BIB 2019/1432).
- GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "Art. 16. Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva", *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, *La Ley*, 2008.
- GONZÁLEZ TAPIA, M.L.: "Derecho a la desconexión digital y teletrabajo", *Diario La Ley*, núm. 9606, 2020.
- GOÑI SEIN, J.L.: "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", *Documentación Laboral*, núm. 117, 2019.

- GUALDA ALCALÁ, F.J.: "Las medidas laborales de emergencia ante el covid-19: las primeras medidas laborales ante la contención social limitada y la paralización general de la actividad laboral", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020.
- IGARTÚA MIRÓ, M.T.: "El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 432, 2019.
- "El impacto de la robótica en el mundo laboral: nuevos retos para la seguridad y salud en el trabajo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.
- KAHALE CARRILLO, D.T.: "La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.
- LAHERA FORTEZA, J.: "Las transformaciones del lugar de trabajo", *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019.
- "Flexiseguridad laboral en la crisis del coronavirus", en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., Dirs.): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: "Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español", en AA.VV.: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre el régimen jurídico en Derecho Español y Comparado*, Pamplona, Aranzadi, 2015.
- MACÍAS GARCÍA, M.C.: "El modelo decente de seguridad y salud laboral. Estrés y tecnoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nuevas formas de siniestralidad laboral", *Adapt. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 4, 2019.
- MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Estrés laboral. Guía práctica para empresarios y empleados*, Madrid, Pearson, 2004.

- MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R.: "Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable", *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 23, 2018.
- MIRO MORROS, D.: "El uso del correo electrónico en la empresa: protocolos internos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 874, 2013 (BIB 2013/2511).
- MOLINA NAVARRETE, C.: "Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 441, 2019.
- MUNÍN SÁNCHEZ, L.M.: "Los poderes del empresario ante el teletrabajo: el control y sus límites", *Trabajo a distancia y teletrabajo*. MELLA MÉNDEZ, L. Ed. y VILLALBA SÁNCHEZ, A. (Coord.), Pamplona, Aranzadi, 2006.
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.
- POQUET CATALÁ, R.: "Registro sobre la persona del trabajador: proporcional, necesario e idóneo (a propósito de la STSJ Baleares de 8 de noviembre de 2017)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018.
- PRECIADO DOMENECH, C.H.: *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Pamplona, Aranzadi, 2019.
- PURCALLA BONILLA, J.A. y PRECIADO DOMENECH, C.H.: "Trabajo a distancia vs teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2013.

- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: "Teletrabajo: delimitación, negociación colectiva y conflictos", en AA.VV.: *Tecnologías de la información y la comunicación y relaciones de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2014.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 22, 2020.
- "Luces y sombras del teletrabajo a domicilio en una nueva economía de `bajo contacto", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233, 2020.
- "Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por covid-19", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *et alii*: "La negociación colectiva en el sector de teletrabajo", en AA.VV.: *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Madrid, CCNCC/MTAS, 2001.
- SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Madrid, Francis Lefebvre, 2020.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Un nuevo supuesto de reducción de jornada... en la LPGE para 2011", en AA.VV.: *Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral*, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2011.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "Poderes directivos y nuevas tecnologías", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La pandemia del covid-19 conmociona las relaciones laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo* (BIB 2020/11308).
- TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Madrid, Civitas, 2005.
- "Los riesgos psicosociales en relación con las circunstancias de la actividad (especial atención a determinados sectores de importancia en Castilla y León)", en AA.VV (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir.)

Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León, León, Eolas, 2016.

--"El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios: experiencias en la negociación colectiva", en AA.VV (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): Nuevos escenarios y nuevos contenidos en la negociación colectiva, Madrid, CCNCC, 2020 (en prensa).

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: "El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2919.

THIBAUT ARANA, J.: *El teletrabajo*, Madrid, CES, 2000.

TODOLÍ SIGNES, A.: "El cumplimiento de la primera Ley de la robótica: análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo", *Labour&LawIssues*, vol. 5, núm. 2, 2019.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: "El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017.