

O TELETRABALLO E AS SÚAS FONTES DE REGULACIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN Á AUTONOMÍA COLECTIVA*

SUSANA RORÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de León
srode@unileon.es

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.

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

*Este ensaio ten a súa base na conferencia impartida co mesmo título nas "Tardes de actualidade laboral", organizadas polo Consello Galego de Relacións Laborais en colaboración coa Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela, baixo a dirección do profesor Garate Castro.

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 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.

SUMARIO

1. O PUNTO DE PARTIDA: PREMISAS DO REAL DECRETO-LEI 8/2020 ACTUALMENTE CORRIXIDAS; 1.1. O DOMICILIO COMO EXCLUSIVO *LOCUS LABORIS*. 1.2. A OBRIGATORIEDADE DA MEDIDA; 1.3. AUTOAVALIACIÓN VOLUNTARIA COMO ÚNICA GARANTÍA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS; 2. O REAL DECRETO-LEI 28/2020: NOVIDADES E ALGUNHAS CUESTIÓNS PENDENTES; 2.1. CONCEPTO; 2.2. O PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDADE COMO PREMISA INELUDIBLE; 2.2.1. PACTO ESCRITO; 2.2.2. COPIA BÁSICA; 2.2.3. MODIFICACIÓN DO ACORDO E REVERSIBILIDADE; 2.3.

EQUIPARACIÓN DE DEREITOS; 2.4. DEREITO Á DESCONEXIÓN E AO REXISTRO HORARIO; 2.5. HORARIO FLEXIBLE E CONCILIACIÓN; 2.5.1. FLEXIBILIDADE HORARIA; 2.5.2. TRABALLO REMOTO E PLAN MECUIDA; A) TITULARIDADE INDIVIDUAL; B) DINÁMICA DO DEREITO; C) REDUCIÓN DE XORNADA E DE SALARIO; 2.6. DEREITO Á INTIMIDADE E PROTECCIÓN DE DATOS; 2.7. DEREITO Á PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS; 2.8. DEREITOS COLECTIVOS; 3. A CHAMADA Á NEGOCIACIÓN COLECTIVA; 3.1. CONCISO PANORAMA CONVENCIONAL PREVIO; 3.2. UNHA VISIÓN *AD FUTURUM*; 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. O PUNTO DE PARTIDA: PREMISAS DO REAL DECRETO-LEI 8/2020 ACTUALMENTE CORRIXIDAS

A posibilidade de desempeñar as tarefas profesionais para o empresario fóra do espazo físico constituído polo centro de traballo foi recoñecida pola normativa laboral histórica, pensando en determinadas actividades artesanais tales como as de costura ou ensamblaxe que, polo seu carácter sinxelo e rudimentario, non necesitaban equipos especialmente complexos e podían desenvolverse no propio lugar de residencia do traballador. Agora ben, sen esquecer este antecedente, como é obvio, o xurdimento das novas tecnoloxías dixitais afianzou decisivamente cun escaso custo a posibilidade de levar a cabo a prestación laboral sen coincidencia espazo-temporal entre empregador e operario. 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 en calquera momento e, como non, dende calquera emprazamento (*anytime, anywhere*)¹. Non obstante, ata o mes de marzo de 2020 eran escasas as experiencias que no

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.

noso país acolleron esta fórmula. Non obstante, o panorama cambia radicalmente con motivo da covid-19, non en balde tal e como demostran as estatísticas en xullo de 2020 o 16,20 por 100 dos ocupados (3.015.200) traballaron dende o seu propio domicilio máis da metade dos días fronte ao 4,81 por 100 observado en 2019².

Na procura dun equilibrio entre, dun lado, minimizar os riscos de contaxios e, en consecuencia, de contraer a enfermidade por covid-19, e, doutro, evitar paralizar a actividade produtiva e o incremento de desemprego inherente, o art. 5 Real decreto-lei 8/2020, do 17 de marzo, ditado aos tres días da declaración do estado de alarma polo Real decreto 463/2020, do 14 de marzo³, apostou polo teletraballo de forma contundente e acolleu, entre todas as variables en presenza, como forma de actividade a distancia, fóra do marco físico da empresa matriz, só unha delas, a de traballo a domicilio ("*full time home based teleworking*")⁴. Obsérvase no espírito da norma unha idea clara de partida: quen puido acollerse a este sistema de teletraballo pode considerarse privilexiado atendendo a un dobre rede de motivos: dun lado, pola eliminación do risco de contaxio nos contactos cos compañeiros, clientes e usuarios ou nos traxectos sobre todo se se ten que utilizar transporte público; doutro, porque puido manterse en activo, evitando ver

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

³ Prorrogado ata en seis ocasións: en primeiro lugar, ata o día 12 de abril (por Resolución do Congreso dos Deputados do 25 de marzo de 2020); en segundo termo, ata o 26 de abril (por Resolución do Congreso dos Deputados do 9 de abril de 2020); en terceiro lugar, ata o 10 de maio (por Resolución do Congreso dos Deputados do 22 de abril de abril); en cuarto, lugar ata o 24 de maio (por Resolución do Congreso dos Deputados do 6 de maio); en quinto lugar, ata o 7 de xuño (por Resolución do Congreso dos Deputados do 20 de maio); en sexto termo, ata o 21 de xuño (por Resolución do Congreso dos Deputados do 3 de xuño).

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.

suspendidos ou extinguidos os seus contratos por cesamento da actividade laboral con carácter temporal ou definitivo⁵.

Agora ben, aínda sendo isto certo, pois o teletraballo converteuse nun porto de refuxio para moitos asalariados fronte á pandemia e as súas repuntas, non hai que deixar de alertar sobre algúns extremos escuros do réxime xurídico obrante no Real decreto-lei 8/2020, xustificados nun inicio por adoptarse nunha situación de emerxencia de forma súbita aínda que sostida ata o 21 de setembro de 2020⁶, pero necesitados de corrección *ad futurum*. Trátase principalmente dos tres seguintes:

1.1. O DOMICILIO COMO EXCLUSIVO *LOCUS LABORIS*

O art. 5 Real decreto-lei 8/2020 impuxo o teletraballo, por razóns epidemiolóxicas, naquelas actividades onde fose posible realizar a actividade no domicilio do traballador esixindo a oportuna reorganización produtiva, facendo provisión de forma plena das súas vantaxes e esquecendo os seus inconvenientes.

Entre as primeiras, cabe destacar que, ademais de coadjuvar a contraer a infección por coronavirus e minimizar futuras repuntas, leva consigo outros beneficiosos efectos como pode ser a redución da contaminación, a fixación de poboación en determinados territorios, especialmente áreas rurais, as facilidades para a conciliación da vida laboral e familiar, a eliminación dos tempos de desprazamento improdutivos, a rebaixa do absentismo e dos accidentes *in itinere*, a atracción e retención do talento ou, por non seguir, a súa contribución para crear ambientes laborais máis limpos e menos nocivos⁷.

Entre os segundos, procede facer referencia ás dificultades de conexión sufridas polos residentes en territorios afastados, a falta de habilidades dixitais polivalentes (*multitasking*) das

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 e ss.

que carecen algúns colectivos como as mulleres ou os traballadores maduros, os frecuentes ciberataques destinados a obter información empresarial sensible, a asunción de custos polos asalariados que tiveron que achegar equipos e redes, a falta de planificación estratéxica en canto a obxectivos, cronograma e resultados a alcanzar na nova situación, a carga emocional derivada da intensificación da dedicación, a difuminación das fronteiras entre o tempo de traballo e o tempo de descanso con repercusións negativas para a saúde do traballador, o incremento das intromisións na vida persoal e privacidade favorecidas polos instrumentos de conexión, a falta de sentido de pertenza corporativa e identificación coa empresa, a quebra dos hábitos de vida saudable, os conflitos traballo-familia, non en balde o fogar convértese nun espazo de convivencia entre a persoa traballadora e os seus descendentes e/ou ascendentes, moitas veces necesitados de coidados incompatibles co desenvolvemento da actividade laboral e, como non, o estrañamento social, non só con superiores e compañeiros, senón con familiares e amigos⁸. O traballo en exclusiva no domicilio do traballador durante períodos longos de tempo acrecenta moitos destes inconvenientes.

1.2. A OBRIGATORIEDADE DA MEDIDA

Facendo abstracción de tales pexorativas circunstancias e asumindo o aforismo latino, traído aquí de forma impropia, *salus populi suprema lex*, o lexislador da emerxencia a través do Real decreto-lei 8/2020 establece o tránsito obrigatorio ao traballo domiciliario para ambas as partes do contrato, esquecendo o principio de voluntariedade bilateral esixido polo art. 13 ET (que require pacto escrito) e tamén polo Acordo marco europeo de 2002, asinado polas partes sociais a nivel comunitario (CES, UNICE, UEAPME e 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. e LUDICONE, F.: "El trabajo ágil y el teletrabajo en el escenario europeo y comparado: dinámicas emergentes, efectos sobre la

Por unha banda, o traballador non se podía opoñer á medida manifestando a súa preferencia por seguir acudindo ao centro de traballo ou por acollerse a unha suspensión da relación laboral¹⁰. É máis, este carácter compulsorio dende o punto de vista subxectivo convértese en obxectivo cando se declara o confinamento total de traballadores en actividades non esenciais á luz do Real decreto-lei 10/2020, pois, dende o 30 marzo ao 9 de abril, o teletraballo convértese na única maneira de seguir desenvolvendo a actividade laboral.

Por outra banda, as empresas estaban obrigadas á preceptiva reorganización para a implantación do teletraballo, a condición de que se cumpran estas amplas circunstancias: "se iso é técnica e razoablemente posible" e "se o esforzo de adaptación resulta proporcionado". Loxicamente, hai determinadas actividades onde está claro que resulta imposible desenvolver a actividade laboral no domicilio: sector socio-sanitario e farmacéutico, transporte, almacenaxe, tendas de alimentación, limpeza, repartición, agricultura, gandaría e pesca, emprego doméstico, turismo, así como –por non seguir-- edificación e actividade manufactureira. Noutros casos, trátase de ámbitos funcionais onde se impuxo o cesamento de tarefas sen posibles alternativas que non puideron recuperarse, aínda con restricións, ata a desescalada: comercio (excepto alimentación, sanidade e bens de primeira necesidade), hostalaría, entretemento ou cultura. No outro extremo, hai certos quefaceres onde o teletraballo resulta plenamente factible: educación, comercio, comunicación, banca, seguros, deseño ou, por non seguir, tarefas de xestión e administrativas. Agora ben, noutras moitas ocupacións, o criterio a favor ou en contra da imposición desta modalidade de traballo remoto non está tan claro, sendo un compoñente esencial a considerar non só as posibilidades técnicas senón o custo monetario que supón a súa implementación e o seu contraste cos beneficios inherentes. É máis, tamén pode suceder que, aínda que sexa oportuno

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

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

o teletraballo dende o punto de vista técnico e o montante pecuniario do investimento esixido sexa admisible, fágase inviable dende o punto de vista produtivo, se acaece unha redución intensa da demanda como consecuencia da situación xerada, que fai difícil a viabilidade da empresa en caso de manter os emolumentos salariais e de cotización¹¹, pero esta circunstancia non se podía ver no curto prazo. Por tanto, razóns técnicas, económicas, organizativas e de produción concorren neste caso, concibidas como conceptos xurídicos en branco carentes da pertinente definición por parte do lexislador. Todo iso sen esquecer que as empresas, á luz do art. 5 Real decreto-lei 8/2020, tiñan a obriga de poñer en marcha un sistema de traballo a distancia como mecanismo preferente fronte ao cesamento temporal ou redución da actividade, isto é, fronte ao recurso aos ERTE, derivados dunha dobre circunstancia, ben de forza maior (art. 22 Real decreto-lei 8/2020), ben de causas obxectivas, isto é, "económicas, técnicas, organizativas e de produción" (art. 23 Real decreto-lei 8/2020)¹².

1.3. AUTOAVALIACIÓN VOLUNTARIA COMO ÚNICA GARANTÍA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS

O art. 5 Real decreto-lei 8/2020 permite que naquelas empresas nas que o teletraballo non estivese previsto con anterioridade ao estado de alarma, excepcionalmente enténdese cumprida a obriga de efectuar a avaliación de riscos a través dunha autoavaliación realizada voluntariamente pola propia persoa traballadora contestando a un formulario tipo¹³. Esquécese, por tanto, o lexislador de urxencia de que os teletraballadores se ven sometidos a cuantiosos riscos, principalmente psíquicos, con manifestación senlleira en patoloxías asociadas á tensión,

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.

que chegan a afectar a un de cada tres asalariados¹⁴. Moitos traballadores pasaron a desenvolver o traballo a distancia sen experiencia previa, sumidos, no contexto sanitario de pandemia, en situacións de profunda angustia derivadas da evolución preocupante da incidencia do virus, da incerteza sobre a viabilidade da empresa ante unha conxuntura económica adversa, da presión familiar consecuencia do confinamento no domicilio de menores ou de maiores necesitados de coidados ou –por non seguir– da carencia de espazos e ferramentas adecuados¹⁵.

Estes teletraballadores sobrevidos non só van sufrir problemas ergonómicos como consecuencia dun mal acondicionamento do lugar de traballo destinado a usos domésticos, unidos a dificultades visuais e músculo-esqueléticas derivadas da utilización de pantallas de visualización en posturas inapropiadas, senón tamén numerosos inconvenientes psicosociais graves que non poden ser silenciados, tales como os xenerais relacionados co “tecnoestrés”, motivado pola introdución e uso das novas tecnoloxías¹⁶, dentro do cal atopan cabida distintas realidades entre as que destaca, en primeiro lugar, a “tecnoadicción” ou compulsión a utilizar as TIC en todo momento e a estar sempre ao día cos avances, xerando unha auténtica dependencia; en segundo termo, a “tecnoansiedade”, onde a persoa experimenta altos niveis de activación fisiolóxica non pracenteira, a modo de tensión e malestar, fronte ao uso das TIC... que leva a pensamentos negativos sobre tales instrumentos e sobre a súa propia capacidade e competencias; en terceiro lugar, a

¹⁴ O 70 por 100 das doenzas de natureza psíquica ou física de carácter psicossomático padecidas polos traballadores que terminan en incapacidade temporal derivan da tensión. Eurofound, 2017. Na doutrina, 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 e ss.

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

“tecnofobia”, que se manifesta nunha resistencia a falar e mesmo pensar sobre tecnoloxía, xerando unha alarma ou ansiedade ante ela e pensamentos hostís respecto diso; en cuarto lugar, a “tecnofatiga” ou esgotamento mental e cognitivo consecuencia do uso das ferramentas informáticas, cuxa manifestación máis extrema é a síndrome de “data smog”, causada pola sobrecarga de datos manexados ao utilizar internet¹⁷.

Co obxectivo de facilitar o tránsito cara ao traballo a domicilio naqueles ambientes empresariais onde non estivese previsto pero fose posible, o Real decreto-lei 8/2020 entende cumprida a obriga de efectuar a avaliación de riscos do art. 16 LPRL, con carácter provisional, a través dunha autoavaliación realizada de forma voluntaria pola persoa traballadora, circunstancia que tornará en papel mollado a tarefa de identificar os axentes nucleares do incremento da carga intelectual do traballo e os seus nocivos efectos. A única fórmula esixida consistirá na posta a disposición do traballador dun cuestionario no que se incorpora unha longa batería de preguntas configuradas en abstracto sen ter en conta os condicionantes específicos de desenvolvemento da actividade *in casu*, que non servirá para adoptar decisións óptimas de intervención nin estratexias de organización, nin tampouco para adquirir un mínimo coñecemento fiable das circunstancias nas que o asalariado presta a súa actividade, tendo en conta que as respostas son voluntarias nun dobre sentido: o traballador completa se quere o documento recibido e dispón de total liberdade para enviálo ou non, unha vez cuberto, ao remitente¹⁸. Ningunha consecuencia se deriva do rexeitamento por parte do operario a cubri-lo ou a remitilo, pois, por unha banda, non pode considerarse como incumprimento contractual nin sequera como infracción leve por desobediencia a instrucións respecto diso recibidas do

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 e 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 e ss.

empregador; e, por outra, a dita oposición non pode bloquear a implantación *ex lege* do sistema de traballo a distancia, deseñado con carácter obrigatorio para ambas as partes¹⁹. Como facilmente pode adiviñarse esta configuración apártase dos principios de “empresa tecnoloxicamente responsable”²⁰ e “de precaución”, que deberían cobrar máxima relevancia ante a expansión dun virus de dimensións descoñecidas que esixiu unha nova forma de traballar capaz de crear ou incrementar os riscos laborais²¹.

A autoavaliación comporta unicamente que o teletraballador comproba, se quere, un posto de traballo en abstracto no que se utilizan pantallas de visualización de datos e recibe suxestións xenéricas para adoptar voluntariamente medidas preventivas, o cal non deixa senón translucir un enfoque moi superficial, á vez que desagregado da realidade. A empresa facilita unha lista estándar de autocomprobación e informa a través dun formulario-tipo ao teletraballador sobre os riscos relacionados co medio ambiente de traballo, os equipos informáticos e os métodos produtivos habitualmente utilizados no desempeño dun labor dixitalizado, carecendo o asalariado da capacitación necesaria para asimilar os contidos recibidos, moitas veces afastados da realidade da súa situación laboral.

Nada di tampouco o Real decreto-lei 8/2020 sobre que ocorre se a persoa asalariada, tras efectuar a súa propia autoavaliación, alcanzase a conclusión de que o teletraballo resulta lesivo (por exemplo, por afectacións “raquiais” previas, dificultades de visión, falta de condicións mínimas na vivenda, fatiga insuperable etc.) Nestes casos parece evidente que correspondería á empresa adoptar as actuacións preventivas necesarias para eliminar ou reducir e controlar tales riscos ou, no seu caso, proporcionar os correspondentes medios de protección ou EPI. En caso de

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

²⁰ MERCADOR 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 e 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.

incumprimento ou que o traballador considerase que as medidas ofrecidas polo empregador son insuficientes, parece lóxico considerar que na situación de emerxencia sanitaria a única saída posible é a súa inclusión nun ERTE²². Á calor das reflexións anteriores, a estimación sobre o mecanismo de autoavaliación non pode ser senón crítica porque queda nun mero trámite formal, devindo incapaz de cumprir os obxectivos das normas de prevención de riscos laborais²³.

2. O REAL DECRETO-LEI 28/2020: NOVIDADES E ALGUNHAS CUESTIÓN PENDINGES

A extensión exponencial do teletraballo como resposta ás restricións e medidas de contención da pandemia e o seu mantemento dilatado no tempo con preocupantes repuntas suscitou a necesidade de proceder a unha regulación completa nunha norma substantiva única capaz de encher o baleiro existente, corrixindo ao tempo os defectos da regulación tenue e precipitada levada a cabo polo Real decreto-lei 8/2020²⁴, promulgado nun contexto de alerta sanitaria máxima ante o perigo do colapso do sistema sanitario.

Non obstante, para evitar cambios substanciais no réxime xurídico aplicable aos teletraballadores sobrevidos, cuxa experiencia en traballo remoto aínda se manifesta tenue, o propio Real decreto-lei 28/2020 establece un sistema de transitoriedade: "o traballo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación do art. 5 Real decreto-lei 8/2020 seguirá rexéndose pola normativa laboral ordinaria, aínda que coa obriga por parte das empresas de dotar aos traballadores afectados dos medios, equipos, ferramentas e

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 e ss.

consumibles, así como de atender a o mantemento que resulte necesario e de compensar os gastos derivados para a persoa traballadora a distancia, se existisen e non estivesen xa compensados, na forma que estableza a negociación colectiva" (disposición transitoria 3ª). Estas tres obrigas empresariais convértense no núcleo irredutible *ad futurum*: proporcionar os utensilios de traballo, asumir o seu mantemento e compensar os gastos que o teletraballo poida ocasionar ao asalariado.

A nova norma ten un obxectivo ambicioso que trata de dar resposta ao crecemento cuantitativo do número de traballadores que pasaron a prestar servizos baixo esta fórmula sobre todo no sector servizos: "proporcionar unha regulación suficiente, transversal e integrada nunha norma substantiva única que dea respostas a diversas necesidades, equilibrando o uso destas novas formas de prestación de traballo por conta allea e as vantaxes que supoñen para empresas e persoas traballadoras, dun lado, e un marco de dereitos que satisfagan, entre outros, os principios sobre o seu carácter voluntario e reversible, o principio de igualdade de trato nas condicións profesionais, en especial a retribución, incluída a compensación de gastos, a promoción e a formación profesional, o exercicio de dereitos colectivos, os tempos máximos de traballo e os tempos mínimos de descanso, a igualdade de oportunidades no territorio, a distribución flexible do tempo de traballo, así como os aspectos preventivos relacionados basicamente coa fatiga física e mental, o uso de pantallas de visualización de datos e os riscos de illamento" (exposición de motivos).

2.1. CONCEPTO

O Real decreto-lei 28/2020 establece previsións claras á hora de fixar o seu ámbito de aplicación.

1.- Mentres o art. 5 Real decreto-lei 8/2020 (teletraballo imposto) se estende a calquera actividade pública ou privada, con independencia da dimensión da empresa, que permita o seu desenvolvemento no domicilio do traballador, o actual Real decreto-lei 28/2020 abarca exclusivamente aos traballadores por conta allea, quedando á marxe da súa regulación os empregados públicos, tanto funcionarios (ou

estatutarios) como laborais. É o Real decreto-lei 29/2020, do 29 de setembro, o que establece o réxime xurídico do teletraballo nas Administracións públicas e de recursos humanos no Sistema Nacional de Saúde.

2.- A diferenza da opción adoptada polo Real decreto 8/2020 centrada exclusivamente no traballo no domicilio, o Real decreto-lei 28/2020 define o traballo a distancia de maneira máis ampla, isto é, “como unha forma de organización do traballo ou de realización da actividade laboral conforme á cal esta se presta no domicilio da persoa traballadora ou no lugar elixido por esta”. Retoma, por tanto, o concepto do anterior art. 13 ET, na versión outorgada polo Real decreto-lei 3/2012, pois ademais do traballo a domicilio (*homeoffice*), admite calquera outro posible co atributo de traballo remoto, como podería ser un centro telemático no que presta servizos un número variable de asalariados sen vinculación entre si e para o mesmo ou para distintos empregadores (telecentros ou telecottages) e igualmente incorpora os lugares variables ou móbiles ou, utilizando terminoloxía máis actualizada, os denominados emprazamentos nómades²⁵.

3.- Aínda que o Real decreto 8/2020 reducía o xénero a unha única especie, pois unicamente se refería á realización de toda a xornada en réxime de teletraballo (“*full time home based teleworking*”), o art. 1.1 *in fine* Real decreto 28/2020 admite o traballo a distancia mixto ou combinado co traballo presencial, de maneira que regula o denominado “teletraballo regular”, isto é, aquel que “se preste, nun período de referencia de tres meses, un mínimo do trinta por cento da xornada”, parámetro que vén ser dun mínimo de dous días á semana. Concrétase, por tanto, a redacción máis ambigua que utilizaba o art. 13 ET, que aludía ao adverbio “preponderante”, o cal parecía esixir un parámetro de máis do 50 por 100 de realización do traballo extra muros do centro de traballo.

O Real decreto-lei 28/2020 entende que se aplica a regra da proporcionalidade en función da duración do contrato de

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.

traballo. Esta matización expón un interrogante de partida respecto da aplicación da proporcionalidade: se afecta á duración da xornada nos contratos a tempo parcial, o cal pode levar a traballos remotos irrisorios; ou se se concreta só respecto do período de referencia de tres meses, hipótese máis adecuada, avalada polo teor literal do precepto.

4.- Nos contratos celebrados con menores e nos contratos en prácticas e para a formación e a aprendizaxe a porcentaxe devén máis estrita, pois o mínimo de presencialidade ascende ao cincuenta por cento, "sen prexuízo do desenvolvemento telemático, no seu caso, da formación teórica vinculada a estes últimos" (art. 3).

5.- O art. 2 c) Real decreto 28/2020 acolle un concepto amplo de lugar de traballo presencial, pois non só se remite ao centro de traballo senón tamén ao emprazamento determinado pola empresa, avanzando na senda das novas formas de traballar, asociadas á innovación tecnolóxica, afastadas dunha localización física e espacial. Tal adscrición permite, dende logo, o exercicio das máis elementais facultades de democracia na empresa (*vr. gr.*, resultar elector e elixible nas eleccións sindicais), pero tamén para cuestións tales como fixar os limiares necesarios para a constitución de órganos de representación²⁶.

6.- Tamén queda extra muros desta regulación o teletraballo asociado a razóns de conciliación. Outra cousa é que o teletraballador teña os mesmos dereitos de conciliación que os traballadores presenciais.

2.2.O PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDADE COMO PREMISA INELUDIBLE

O teletraballo ha de ser froito do pacto voluntario entre o empresario e o traballador tanto polo que refire á súa concertación *ab initio* como durante o desenvolvemento da relación, pero sempre antes do comezo do traballo a distancia. En definitiva, que o asalariado poida aceptar ou non a oferta de transformar o seu contrato como interno a outro nexo a distancia, non atopa aval nin no art. 41 ET nin

²⁶ En caso de desaparición de tal centro de traballo, os teleoperarios, do mesmo xeito que o resto do persoal, deberán ser adscritos a outro centro de traballo, STS 28 abril 2017 (RJ 2017\2768).

tampouco no art. 40 ET, senón nos art. 1091 ("as obrigas que nacen dos contratos teñen forza de lei entre as partes contratantes e deben cumprirse a teor dos mesmos") e 1256 CC ("a validez e o cumprimento dos contratos non poden deixarse ao arbitrio dun dos contratantes")²⁷, que esixen manifestación de vontade concorde con carácter bilateral.

Séguese mantendo a prohibición de transmutar de forma unilateral a natureza de traballador interno noutro en remoto, parcial ou totalmente, ata o punto de que a xurisprudencia non aceptou sequera a dita alteración pola vía do art. 41 ET porque "este precepto se refire ás modificacións substanciais que se produzan no marco dun determinado contrato de traballo, pero non ás condicións que poidan determinar un cambio no réxime contractual"²⁸, máxime cando esta novación vai ter un impacto "na convivencia no fogar ou na vida privada do traballador, que deben quedar á marxe tanto das modificacións unilaterais do citado precepto, como tamén das decisións da autonomía colectiva, que han de operar sobre materias de interese xeral pero non sobre aquelas que pertencen á vida privada do traballador"²⁹.

Tampouco é posible aplicar a canle deseñada polo art. 40 ET, que regula os supostos de mobilidade xeográfica, isto é, os cambios, transitorios ou estables, por causas empresariais, do lugar de traballo que impliquen mutación da residencia habitual do traballador, isto é, do seu domicilio real a efectos civís. A dimensión laboral da modificación da residencia en desprazamentos (que implica habitar temporalmente nunha localización distinta á habitual) e traslados (que supón cambiar definitivamente de morada) é a base sobre a que se constrúen os vixentes procedementos e garantías que debeñen aquí inaplicables, entre os cales se prevé, como paradigma, a saída extintiva indemnizada a pedimento do traballador con 20 días de salario por ano de servizo en traslados con desacordo, sen discusión da causa empresarial. A implicación vital da

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).

residencia, con todo o que iso supón, é o motivo que habilita este tipo de compensacións económicas ante a falta de aquiescencia, sen que ninguén poida ser obrigado a habitar onde non desexa³⁰, non sendo relevante *a priori* que se soporten prexuízos³¹. Esta voluntariedade atópase reforzada determinando que non serán causas xustificativas da extinción do contrato nin da modificación substancial das condicións de traballo: a) a negativa a traballar a distancia; b) o exercicio da reversibilidade ao traballo presencial, e c) as *dificultades* para o *desenvolvemento adecuado* da actividade laboral a distancia que estean exclusivamente relacionadas co cambio dunha prestación presencial a outra que inclúa traballo a distancia (art. 5.2). Fora conveniente que o lexislador engadise que tampouco poden ser obxecto de sanción tales supostos.

2.2.1. Pacto escrito

O devandito acordo debe formalizarse por escrito como requisito "*ad probationem*", ben como un anexo ao vínculo contractual ou ben dentro do propio clausulado. O propio art. 8.2 ET esixe a celebración por escrito dos contratos de "os traballadores que traballen a distancia".

O art. 7 Real decreto 28/2020 detalla o contido mínimo obrigatorio [sen prexuízo do que se estableza nos convenios ou acordos colectivos (disp. adic. 1ª RDL)] a incluír no pacto a celebrar por escrito: "a) Inventario de medios, equipos e ferramentas, tanto consumibles como elementos mobles, e vida útil ou período máximo para a renovación destes; b) Enumeración dos gastos que puidese ter a persoa traballadora polo feito de prestar servizos a distancia, forma de cuantificación da compensación que obrigatoriamente debe aboar a empresa e momento e forma para realizala; c) Horario de traballo e dentro del, no seu caso, regras de dispoñibilidade; d) Porcentaxe e distribución, no seu caso, entre traballo presencial e traballo a distancia; e) Centro de traballo ao que queda adscrita a persoa traballadora a distancia e onde, no seu caso, desenvolverá a parte da

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

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

xornada de traballo presencial; f) Lugar de traballo a distancia elixido pola persoa traballadora para o desenvolvemento do traballo a distancia; g) Duración de prazos de aviso previo para o exercicio das situacións de reversibilidade, no seu caso; h) Medios de control empresarial da actividade; i) Procedemento a seguir no caso de producirse dificultades técnicas que impidan o normal desenvolvemento do traballo a distancia; j) Instrucións ditadas pola empresa, coa participación da representación legal das persoas traballadoras, en materia de protección de datos, especificamente aplicables no traballo a distancia; k) Instrucións ditadas pola empresa, previa información á representación legal das persoas traballadoras, sobre seguridade da información, especificamente aplicables no traballo a distancia; l) Duración do traballo a distancia”.

A única ocasión na que se modifica o Real decreto legislativo 5/2000, do 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da Lei de infraccións e sancións da orde social (LISOS) por mor do presente Real decreto-lei 28/2020 ten como obxecto introducir no seu art. 7.1 a referencia a “non formalizar o acordo de traballo a distancia nos termos e cos requisitos legal e convencionalmente previstos”.

2.2.2. Copia básica

Seguindo o ronsel do art. 8.4 ET, a empresa deberá formalizar e entregar á representación legal das persoas traballadoras unha copia de todos os acordos de traballo a distancia que se realicen e das súas actualizacións, excluíndose os datos que puidesen afectar á intimidade persoal á luz da Lei orgánica 1/1982, do 5 de maio. Para iso contará cun prazo non superior a 10 días, acreditándose a entrega mediante a firma por parte daquela representación legal. Despois, remitiraa á oficina de emprego. A obriga da empresa de formalizar copia e remítala á oficina de emprego tamén procederá aínda que non exista representación legal das persoas traballadoras.

O cumprimento destes deberes empresariais non necesita dispoñer do consentimento dos afectados, pois quedaría incluído nas excepcións a dita aquiescencia ao contar co aval da letra c) do art. 6 Regulamento (UE) 2016/679, do

27 de abril, de protección de datos, en virtude do cal “o tratamento é necesario para o cumprimento dunha obriga legal aplicable ao responsable do tratamento” xustifica a devandita provisión de datos.

2.2.3. Modificación do acordo e reversibilidade

O art. 8 Real decreto 28/2020 recolle as esixencias a observar para proceder á novación do acordo de traballo a distancia inicialmente suscrito, incluído a porcentaxe de presencialidade, a saber:

- 1.- É necesario outro acordo escrito entre a empresa e a persoa traballadora, formalizándose con carácter previo á súa aplicación.
- 2.- O devandito acordo ha de poñerse en coñecemento dos representantes dos traballadores, pero non se esixe a entrega de copia.

O art. 8.2 Real decreto-lei 28/2020 engade a obriga de “informar... da existencia de postos de traballo vacantes para o seu desenvolvemento presencial”, tendo ademais prioridade para ocupar postos de traballo que se realicen total ou parcialmente de maneira presencial quen dende o inicio da relación laboral leve a cabo durante a totalidade da súa xornada o traballo remoto.

En suma, é esixible un novo dobre acordo expreso escrito para deixar sen efecto o anterior, sen que tal consecuencia poida levarse a cabo a través do procedemento de modificacións substanciais das condicións de traballo nin tampouco de mobilidade xeográfica. Con todo, o art. 8.3 habilita aos convenios ou acordos colectivos para “establecer os mecanismos e criterios polos que a persoa que desenvolve traballo presencial poida pasar a traballo a distancia ou viceversa, así como las preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como as relacionadas coa formación, a promoción e estabilidade no emprego de persoas con diversidade funcional ou con riscos específicos, a existencia de pluriemprego ou pluriactividade ou a concorrencia de determinadas circunstancias persoais ou familiares, así como a ordenación das prioridades establecidas no presente Decreto Lei”.

Termina o art. 8 Real decreto-lei 28/2020 sinalando que no deseño destes mecanismos deberase evitar a perpetuación de roles e estereotipos de xénero e deberase ter en conta o momento da corresponsabilidade, debendo ser obxecto de diagnóstico e tratamento por parte do plan de igualdade.

En fin, ante a falta de concorrencia da vontade concorde das partes, cabe expor dúas alternativas: se o empresario impuxese a volta ao traballo presencial en contra da vontade do asalariado, este último, á espera dos pronunciamentos xudiciais respecto diso, gozaría da posibilidade de extinguir o contrato con indemnización de 33 días de salario por ano de servizo co máximo de 24 mensualidades á luz do art. 50 ET. En caso de concorrer efectiva causa económica, técnica, organizativa ou de produción, o empresario deberá tramitar un despedimento obxectivo.

Sexa como for, as reclamacións sobre acceso, reversión e modificación do traballo a distancia tramitaranse conforme o procedemento que regula o novo art. 138 bis Lei 36/2011, do 10 de outubro, reguladora da xurisdición social (LRXS) (disposición final 2ª Real decreto-lei 28/2020).

2.3. EQUIPARACIÓN DE DEREITOS

Principio esencial da nova regulación é o da equivalencia de dereitos entre os traballadores a distancia e os presenciais, incorporado baixo o rótulo "igualdade de trato e de oportunidades e non discriminación" no art. 4, que ademais de recoñecerse a través dunha formulación xeral ("as persoas que desenvolven traballo a distancia terán os mesmos dereitos que ostentasen se prestasen servizos no centro de traballo da empresa, salvo aqueles que sexan inherentes á realización da prestación laboral naquel de maneira presencial, e non poderán sufrir prexuízo en ningunha das súas condicións laborais, incluíndo retribución, estabilidade no emprego, tempo de traballo, formación e promoción profesional"), reitérase e desenvólvese neste precepto ou noutros dispersos nunha serie de supostos:

1.- Dereito á formación.- As empresas non só deberán adoptar as medidas necesarias para garantir a participación efectiva nas accións formativas das persoas que traballan a

distancia, en termos equivalentes ás das persoas que prestan servizos no centro de traballo da empresa, senón garantirlles a formación necesaria para o adecuado desenvolvemento da súa actividade tanto ao momento de formalizar o acordo de traballo a distancia como cando se produzan cambios nos medios ou tecnoloxías utilizadas (art. 9 Real decreto-lei 28/2020), evitando recursos subrepticios a despedimentos obxectivos.

2.- Dereito á promoción profesional.- A empresa deberá informar, de maneira expresa e por escrito, das posibilidades de ascenso que se produzan, xa se trate de postos de desenvolvemento presencial ou a distancia (art. 10 Real decreto-lei 28/2020).

3.- Dereitos retributivos.- Terán dereito a percibir, como mínimo, a retribución total establecida conforme o seu grupo profesional, nivel, posto e funcións, así como os complementos establecidos para os traballadores presenciais, particularmente aqueles vinculados ás condicións persoais, os resultados da empresa ou as características do posto de traballo [art. 8.1 *in fine* Real decreto-lei 28/2020].

Esta previsión complementábase co dereito a que o "desenvolvemento do traballo a distancia "sexa "sufragado ou compensado pola empresa", non podendo supoñer a asunción por parte da persoa traballadora de gastos relacionados cos equipos, ferramentas e medios vinculados ao desenvolvemento da súa actividade laboral. Tal previsión tenta corrixir outro dos esquecementos do Real decreto-lei 8/2020, que radicaba na falta de consideración dos esforzos económicos que implica para o traballador a achega de dispositivos dixitais da súa propiedade para o desenvolvemento do traballo (portátiles, tablets, teléfonos...), da conexión a fibra óptica, isto é, *software* e *hardware*, e do acondicionamento de espazos do domicilio. Moitas veces tales contías non quedaban compensadas co aforro nos desprazamentos ás instalacións empresariais, máxime de ter en conta que se o teletraballo se alonga tamén serán cuantiosas as facturas de calefacción ou refrixeración, luz, ampliación do seguro do fogar para cubrir riscos de

roubo, incendio ou destrución da documentación empresarial ou compra de mobiliario e material de oficina³². A aposta do lexislador de urxencia do Real decreto-lei 8/2020 polo teletraballo a domicilio supuxo, na maior parte das ocasións, unha implantación informal do sistema BYOD (*bring your own device*). incluíndo posibles variantes e modalidades como BYOT (Bring Your Own Technology), BYOS (Bring Your Own Service) ou BYOA (Bring Your Own App)³³, é dicir, ten lugar a achega do empregado dos seus dispositivos e/ou infraestruturas móbiles persoais e mesmo, ás veces, non tan persoais porque son compartidos con outros membros da familia. A inexistencia doutras alternativas que esixisen unha programación previa e un investimento corporativo á que non deu tempo supoñía *de facto* un aforro nada insignificante para a loxística da empresa derivado non só da falta de adquisición de tales ferramentas senón da ausencia de pago dos correspondentes suplidos aos empregados, que actualmente quedou corrixida polo art. 12 Real decreto-lei 28/2020, que recoñece o dereito do traballador a distancia a ser sufragado ou compensado pola empresa, sen que poida supoñer a asunción por parte da persoa traballadora de "gastos relacionados cos equipos, ferramentas e medios vinculados ao desenvolvemento da súa actividade laboral", quedando habilitados "os convenios ou acordos colectivos para establecer o mecanismo para a determinación e compensación ou pago dos devanditos gastos".

4.- Dereito á dotación de medios técnicos.- En íntima conexión cos dereitos salariais, recoñécese "o dereito á dotación suficiente e mantemento de medios, equipos e ferramentas necesarios para o desenvolvemento da actividade" (art. 11.1 Real decreto-lei 28/2020), con remisión expresa ao inventario incorporado ao acordo

³² DALMAN PONS, I. E FERRER PUIG, R.: "Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempo de crisis", *Revista de Economía, Empresa y Sociedad*, núm. 4, 2015, pp. 52 e ss. ou 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.

asinado entre as partes e ao previsto no convenio colectivo ou acordo colectivo de aplicación. Recoñécese igualmente o dereito á atención precisa no caso de dificultades técnicas, especialmente no caso de teletraballo domiciliario (art. 11.2 Real decreto 28/2020).

Particular atención merecen os problemas de seguridade informática, non en balde tan pronto como un empregado opera cun dispositivo que se conecta a unha rede (intranet, internet etc.), xa sexa mediando interaccións físicas ou inalámbricas, xérase unha necesidade de facer fronte a posibles fugas nun dobre sentido. Por unha banda, non é descartable a migración de software malicioso (*malware*) dende o terminal do traballador ata os equipos e redes de titularidade empresarial. Por outro, tampouco é difícil que se produzan fugas de informacións sensibles para os intereses do negocio. Por iso é polo que resulta moi recomendable a creación de protocolos, máis aló das mencións esixidas para a súa incorporación no pacto escrito, sobre o uso de tales ferramentas, de modo que debería estar prevista a confección pola empresa dunha guía ou polo menos unhas instrucións claras sobre a forma de proceder ante a lentitude do sistema e avarías, as caídas da rede, os virus informáticos, a verificación da garantía de autenticidade dos correos electrónicos recibidos, os patróns normais para a descarga de ficheiros ou a confidencialidade da información que se está xestionando evitando o acceso de familiares conviventes ou intrusións remotas (fendas de seguridade)³⁴.

5.- Os traballadores a distancia non poderán sufrir prexuízo algún nin modificación nas condicións pactadas, en particular en materia de tempo de traballo ou de retribución, polas dificultades técnicas ou outras non imputables ás persoas traballadoras, que eventualmente puidesen producirse, sobre todo en caso de teletraballo. Exclúese, outra vez, a aplicación do art. 41 ET [art. 4.2 Real decreto 28/2020].

³⁴ AXENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: Recomendacións para protexer os datos persoais en situacións de mobilidade e teletraballo. <https://www.aepd.es/media/guias/nota-tecnica-protoger-datos-teletrabajo.pdf>

6.- As empresas están obrigadas a evitar calquera discriminación, directa ou indirecta, particularmente por razón de sexo, das persoas que traballan en remoto, tomando en conta as súas características laborais no diagnóstico, implementación, aplicación, seguimento e avaliación de medidas e plans de igualdade (art. 4.3 Real decreto 28/2020).

7.-As empresas han de ter en conta as particularidades do traballo a distancia á hora de configurar e aplicar medidas contra o acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria e acoso laboral. Na elaboración de medidas de protección das vítimas de violencia de xénero, debe de tomarse en consideración as posibles consecuencias e particularidades da prestación de traballo en remoto (art. 4.4 Real decreto 28/2020), de xeito que se modifica a tal fin o art. 37.8 ET.

2.4. DEREITO Á DESCONEXIÓN E AO REXISTRO HORARIO

A tensión que todo traballo supón normalmente xera un cansazo que adoita (ou debería) eliminarse tras un adecuado descanso³⁵. Agora ben, cando a esixencia profesional é constante a fatiga chega a cronificarse, o suxeito ve alterada a súa eficiencia funcional e comezan a manifestarse síntomas que, a longo prazo, afectan de maneira drástica á saúde e estabilidade dos afectados (perdas de concentración, memoria, debilidade xeral, diminución da capacidade de resistencia, falta de sono, angustia, pánico, dores musculares e articulares, problemas gastrointestinais e cardiovasculares, afeccións dermatolóxicas...)³⁶, levando, mesmo, ao consumo compulsivo de fármacos. É máis, e en ocasións, o abuso destes medicamentos termina en auténticas adicións a ansiolíticos e antidepresivos e en hábitos tóxicos, tales

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 e ss.

como o exceso de café, alimentos procesados, alcol, tabaco, e outro tipo de drogas³⁷.

O Real decreto-lei 8/2020 non tivo en conta tales perspectivas ignorando que os teletraballadores a domicilio realizaron un "sobre esforzo para adaptarse de forma súbita ás novas esixencias" e van estar sometidos a unha enorme tensión, dando lugar a unha situación paradoxal, en tanto a ausencia de presenza física, lonxe de implicar unha menor presión, pode traer aparelado o efecto contrario, ao ter que operar baixo modalidades especialmente incisivas³⁸, pois poden recibir ordes a través do propio instrumento de traballo ou da rede a calquera hora do día ou da noite, incrementado a esixencia de dispoñibilidade e esforzo nun ambiente laboral carente de experiencia previa³⁹, máxime nunha situación de confinamento, de desescalada ou de repuntas ante a expansión dunha pandemia que fan ao traballador estar sempre atento a correos electrónicos, documentos *en liña*, vídeochamadas ou whatsapp, dada a preocupación constante por unha posible perda de emprego.

A fragmentación do tempo de traballo, a extensión da xornada e a dedicación temporal intensa son tres trazos característicos fundamentais do teletraballo. Resulta difícil, como pode imaxinarse, establecer un sistema efectivo, obxectivo, fiable e accesible de control do tempo de traballo desenvolvido non só na distancia senón nun emprazamento, o domicilio do traballador, con características moi distintas a un centro de traballo, que fan difícil, se non se superan os métodos tradicionais, a observancia máis aló dun mero cumprimento pro forma do elocuente teor que utiliza o art. 34.9 ET: "a empresa garantirá o rexistro diario de xornada, que deberá incluír o horario concreto de inicio e finalización da xornada de traballo de cada persoa traballadora". O art. 14

³⁷ MARTÍNEZ SELVA, J.M.: *Tensión 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 e ss.

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.

Real decreto 28/2020 mostra preocupación pola fatiga do traballador e volve insistir no dereito ao rexistro horario no traballo a distancia, sen prexuízo da flexibilidade horaria, de conformidade co establecido na negociación colectiva. O rexistro da xornada está destinado, pois, a modular a fixación do traballo por obxectivos ("traballo tecnolóxico ao axuste") ou a perpetua dispoñibilidade ("presentismo dixital")⁴⁰.

En relación directa co anterior, o art. 18 Real decreto-lei 28/2020 recolle o dereito á desconexión dixital das persoas que traballen a distancia fóra do seu horario de traballo nos termos do art. 88 Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos persoais e garantía dos dereitos dixitais (LOPDyGDD). Merece unha valoración positiva que o art. 18 Real decreto 28/2020 regule a desconexión non só como dereito do traballador senón como deber da empresa, "o cal supón unha limitación do uso dos medios tecnolóxicos de comunicación empresarial e de traballo, durante os períodos de descanso, así como o respecto á duración máxima da xornada e a calquera límite e precaución en materia de xornada que dispoñan a normativa legal ou convencional aplicables" (art. 18. 1 segundo parágrafo).

Agora ben, retomando os termos do art. 88 LOPDyGDD, aínda cando pretende garantir o respecto dos períodos de descanso, permisos e vacacións, así como da intimidade persoal e familiar, recoñecendo a facultade do traballador, incluído o que presta servizos a domicilio, a non desenvolver actividades fóra da xornada, nin a ser contactado polo empregador a través de medios dixitais ou electrónicos, sen que a súa actitude negativa, pasiva ou evasiva signifique desaprobación ningunha no ámbito da relación de traballo⁴¹, o certo é que en

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 e ss.

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 e ss. ou MERCADER UGUINA, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 24 e ss.

defecto de convenio colectivo⁴² ou de acordo de empresa, unicamente cabe unha alternativa: “o poder de dirección empresarial é o instrumento apto para regular as modalidades de exercicio do dereito de desconexión dixital” co fin de reducir a fatiga e os riscos psicosociais inherentes⁴³. É máis, aínda no hipotético caso de estar contemplado e regulado en instrumentos convencionais propiamente ditos, nada impide que a empresa elabore normas internas máis detalladas, respectando sempre o disposto no convenio ou no acordo de empresa⁴⁴. O dereito a desconexión convértese, polo tanto, nunha quimera en mans do empresario no contexto do traballo remoto⁴⁵.

⁴² Poucas son as normas convencionais que se ocupan do tema, podendo mencionar CC Grupo AXA (BOE, 10 outubro 2017); CC do sector industria, servizos e instalacións do metal da Comunidade de Madrid (BOCAM, 14 febreiro 2019); CC Barcelona Cicle de l’Auga (BOP Barcelona, 16 abril 2018); CC EUI Limited Sucursal España (BOP Sevilla, 21 agosto 2018); CC ONCE (BOE, 18 xaneiro 2018); Acordo interprofesional de Cataluña para os anos 2018-2020 (DO Generalitat, 7 de setembro 2018); IX Acordo marco do Grupo Repsol (Res. 4 xaneiro 2018); Acordo sobre o tempo de traballo de IKEA (xuño de 2018); o Plan de igualdade do Hipermercado Carrefour (BOE, 26 xaneiro 2019); Acordo sobre desconexión do Grupo Telefónica (incorporado como Anexo XIII no II Convenio colectivo (BOE, 15 setembro 2019); CC Grupo Marítima Dávila (BOE, 11 outubro 2018) ou Acordo do BBVA sobre rexistro de xornada e desconexión dixital (26 setembro 2019). Un estudo sobre tales instrumentos convencionais pode atoparse 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). V., por extenso, as propostas para incluír na negociación colectiva deseñadas por UGT no documento “*Estado de la negociación colectiva en seguridad y salud (2019)*”, comentadas por GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “Revolución industrial 4.0, 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 e ss.

⁴³ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdade 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.

Esta mesma idea subxace, no fondo, na nova regulación incorporada no Real decreto-lei 28/2020 que establece a obriga empresarial, previa audiencia da representación legal dos traballadores, de elaborar unha política interna, dirixida tamén ao persoal directivo “na que se definirán as modalidades de exercicio do dereito á desconexión e as accións de formación e sensibilización do persoal sobre un uso razoable das ferramentas tecnolóxicas que evite o risco de fatiga informática”. Dedicarase atención especial a preservar “o dereito á desconexión dixital nos supostos de realización total ou parcial de traballo a distancia, así como no domicilio da persoa empregada vinculado ao uso con fins laborais de ferramentas tecnolóxicas”.

Habílitase igualmente, de maneira semellante a como fai o art. 88 LOPDyGDD, aos convenios colectivos ou acordos colectivos para poder establecer “os medios e medidas adecuadas para garantir o exercicio efectivo do dereito á desconexión no traballo a distancia e a organización adecuada da xornada de forma que sexa compatible coa garantía de tempos de descanso”.

2.5. HORARIO FLEXIBLE E CONCILIACIÓN

O art. 4.5 Real decreto 28/2020 recoñece que os traballadores en remoto teñen os mesmos dereitos de conciliación que os presenciais. Pola súa banda, o art. 13 establece a posibilidade de flexibilizar o horario, de conformidade co acordo de traballo a distancia e a negociación colectiva, “respectando os tempos de dispoñibilidade obrigatoria e a normativa sobre tempo de traballo e descanso”.

2.5.1. Flexibilidade horaria

A conexión específica entre a conciliación familiar e laboral en beneficio do asalariado e o traballo a distancia como instrumento de flexibilidade horaria atópase no disposto no art. 34.8 ET, na súa redacción tras o Real decreto 6/2019, do 1 de marzo, onde o coidado de fillo ou dependente convértese no obxectivo prioritario, deixándose de lado calquera outro posible interese do traballador (saúde, formación etc.), que resulta irrelevante á hora de facilitar o desenvolvemento da

actividade laboral de forma remota. Tamén a Directiva 2019/1158 do Parlamento europeo e do Consello do 20 de xuño de 2019 relativa á conciliación da vida familiar e a vida profesional dos proxenitores e os cuidadores, e pola que se derroga a Directiva 2010/18/UE do Consello, aínda non incorporada ao noso acervo lexislativo, contempla o recurso ao teletraballo como resposta ás necesidades de conciliación e a súa relación coa flexibilidade horaria.

Ademais de supeditar o exercicio desta facultade de traballo a distancia a unha previa petición por parte do asalariado, o art. 34.8 ET segue condicionando a súa efectividade: primeiro, a que se trate de cambios "razoables" e proporcionados ás necesidades das persoas traballadoras e ás demandas organizativas ou produtivas, quedando incólume a facultade de oposición empresarial; segundo, a demanda realizarase conforme o que dispuxese para o efecto o convenio colectivo, ao que se lle fai un chamamento para que, de modo obrigatorio, estableza "os termos de exercicio, que se acomodarán a criterios e sistemas que garantan a ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre as persoas traballadoras dun ou doutro sexo"; terceiro, ante o silencio convencional, haberá de abrirse un procedemento de negociación individualizada, durante un período máximo de 30 días, concluído o cal a empresa é quen haberá de comunicar se acepta a expectativa, expón unha alternativa ou denega o exercicio do dereito indicando as "razóns obxectivas" en que se sustenta a súa decisión. Por tanto, o desexo do lexislador foi converter á negociación colectiva na vía principal para articular o dereito e dotala de preferencia para regular esta materia en detrimento do pacto individual que só poderá xogar nun único suposto (isto é, ausencia de previsión contida en negociación colectiva)⁴⁶, onde nin basta a mera conveniencia conciliatoria, nin existe obriga empresarial de aceptar a proposta (que, ademais, debe ser proporcionada), só de negociala individualmente de boa fe,

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.

afastado de calquera ánimo caprichoso ou abusivo, debendo expor unha oferta alternativa que posibilite, de forma razoable, as pretensións de conciliación ou xustificar suficientemente por escrito a negativa. Desta maneira, o órgano xudicial que ventile *a posteriori* o asunto, a través da canle do art. 139 LRXS, debe realizar un xuízo de proporcionalidade dobre, relativo á necesidade, idoneidade e razoabilidade, tanto da proposta como da denegación co fin de alcanzar un xusto equilibrio entre ambas as argumentacións consideradas *in casu* as circunstancias concurrentes⁴⁷.

Este réxime de teletraballo queda extra muros da regulación ofrecida polo Real decreto-lei 28/2020. Outra cousa é que calquera teletraballador poida acollerse ás posibilidades de flexibilidade que outorga o art. 34.8 ET: “adaptacións da duración e distribución da xornada de traballo” ou “na ordenación do tempo de traballo”.

2.5.2. Traballo remoto e Plan MeCuida

O art. 6 Real decreto-lei 8/2020, cuxa vixencia se prorrogou ata o 31 de xaneiro de 2021, recoñece o dereito do asalariado á adaptación na forma de realizar a actividade laboral, enumerando varias posibilidades, entre as que se inclúe “a prestación de traballo a distancia”. Esta facultade atribúese a aqueles traballadores que acrediten deberes de coidado persoal e directo a persoas dependentes por circunstancias excepcionais relacionadas coa covid-19, multiplicadas ante o peche de diversos establecementos públicos ou concertados, como centros escolares, residencias de maiores ou centros de día, ou pola imposibilidade de contar cos coidadores contratados con carácter previo. Esta posibilidade de traballo remoto queda á marxe do réxime xurídico do Real decreto-lei 28/2020. Outra cousa é que os teletraballadores tamén poidan pedir as adaptacións ou reducións de xornada que o art. 6 Real decreto-lei 8/2020 habilita.

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.

A) Titularidade individual

O lexislador de urxencia, do mesmo xeito que fai o art. 34.8 ET, acolle como fundamento da súa regulación motivos de “conciliación da vida laboral e familiar”, pero realiza unha descrición un tanto orixinal dos parentes, cuxo coidado outorga a posibilidade de teletraballar, facendo referencia non aos “fillos ou fillas menores de 12 anos” aos que se refire o art. 34.8 ET, senón ao “cónxuxe ou parella de feito, así como ... familiares de consanguinidade ata o segundo grao”. Na medida en que non alude ao parentesco por afinidade e que equipara ás unións matrimoniais cos vínculos de convivencia *more uxorio*, cabe entender que non se permite utilizar este dereito para atender a un membro da familia da parella, o cal contribúe ao impulso da corresponsabilidade masculina no coidado dos familiares propios, por consanguinidade, e á repartición equitativa das cargas familiares. Recoñécese, emporiso, o dereito de conciliación para o coidado dun membro da parella polo outro compoñente⁴⁸.

Así o corrobora, con carácter marcadamente pedagóxico, o propio art. 6 Real decreto-lei 8/2020 cando aclara que se trata dun dereito individual de cada un dos proxenitores ou coidadores, que debe ter como presuposto a repartición corresponsable das obrigas de coidado e a evitación da perpetuación de roles, seguindo neste aspecto o ronsel do Real decreto-lei 6/2019, así como da nova Directiva 2019/1158, do 20 de xuño, que aposta pola repartición equilibrada dos coidados dos fillos e doutros familiares física ou mentalmente dependentes adoptando unha perspectiva subxectiva para lograr unha distribución equilibrada da titularidade dos dereitos⁴⁹. Esta visión cobra o máximo interese para as mulleres, que sofren frecuentes

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.

interrupcións no seu desenvolvemento profesional por motivos tales como a maternidade ou as decisións a favor do coidado da familia, o que a miúdo implica dificultades para manter o seu emprego e menores posibilidades para retomar tardiamente a súa carreira, co inherente descenso na atención polo sistema de Seguridade Social ⁵⁰.

B) Dinámica do dereito

O lexislador de urxencia reconece "o dereito a acceder" á modalidade de traballo a distancia se se dan as razóns de coidado sinaladas. En principio este teor parece que atribúe unha mellor posición ao interesado que o art. 34.8 ET, cuxa redacción utiliza a expresión "dereito a solicitar". Agora ben, na práctica, as diferenzas quedan disipadas de inmediato porque aínda cando a concreción do dereito á modificación do lugar de traballo corresponde inicialmente á persoa traballadora, tanto no seu alcance como no seu contido, o certo é que en ambos os casos o exercicio debe ser acordado co empregador, coa posibilidade de acudir á xurisdición social a través do art. 139 LRJS, se houbese discrepancias. Así, se a empresa e a persoa traballadora chegan a un acordo, xa sexa porque a primeira acepta, xa sexa porque propón outra fórmula que convence ao traballador, non haberá problema. Noutro caso, non cabe o exercicio automático, senón que o traballador deberá utilizar a vía procesual mencionada, o cal resultará pouco satisfactorio na práctica totalidade dos supostos por tratarse dunha situación necesitada de solución inmediata e atoparse o sistema de administración de xustiza practicamente paralizado pola pandemia, máxime cando esta modalidade procesual non foi tomada en consideración polo Real decreto inicial de declaración do estado de alarma a efectos de excluíla do seu mandato de suspensión dos prazos procesuais, que salvagardaba unicamente ás modalidades de conflito colectivo e tutela de dereitos fundamentais. Con todo, o Real decreto-lei 16/2020, do 29 de abril, cualifica, mes e medio despois, como urxente e de

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.

tramitación preferente este tipo de procesos, de maneira que se poderá conseguir, no mellor dos casos, unha satisfacción tardía, unida a unha indemnización de danos e prexuízos, pois o art. 139 LRXS permite formular tal reparación⁵¹, debendo o xuíz ponderar os intereses de ambas as partes, razón pola cal o contido da sentenza achegarase a unha verdadeira arbitrase con compensación económica⁵².

Tendo en conta que a situación de urxencia impide seguir os trámites do art. 34.8 ET, pois, como xa consta, esixe que "a empresa, ante a solicitude... abra un proceso de negociación coa persoa traballadora durante un período máximo de trinta días"⁵³, é lóxico que o art. 6 Real decreto-lei 8/2020 adopte unha canle máis dinámica concedendo "a concreción inicial á persoa traballadora, tanto no seu alcance como no seu contido, a condición de que estea xustificada, sexa razoable e proporcionada, tendo en conta as necesidades concretas de coidado que debe dispensar, debidamente acreditadas, e as necesidades de organización da empresa". Acolle, ademais, como premisa o principio de boa fe ao esixir que "empresa e persoa traballadora deberán facer o posible por chegar a un acordo", aínda que non obriga a alcanzar tal resultado. Utilízase, por tanto, unha fórmula moi coñecida por ser a empregada nos períodos de consultas.

⁵¹ SSTSX Canarias 12 marzo 2019 (rec. 1596/2018), que aplica o texto da LISOS, para cuantificar os danos morais, atendendo ao previsto no art. 7.5 do devandito texto legal (infraccións en materia de xornada).

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.

⁵³ Finalizado o mesmo, a empresa, por escrito, comunicará a aceptación da petición, exporá unha proposta alternativa que posibilite as necesidades de conciliación da persoa traballadora ou ben manifestará a negativa ao seu exercicio. Neste último caso, indicaranse as razóns obxectivas nas que se sustenta a decisión". NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares", cit., p. 110.

Así mesmo, son distintas as posibilidades de materialización da adaptación, pois o art. 34.8 ET alude á variabilidade en “a ordenación do tempo de traballo e na forma de prestación, incluída a prestación do seu traballo a distancia”, mentres o art. 6 Real decreto 8/2020 menciona con maior detalle variadas posibilidades: “a distribución do tempo de traballo ou calquera outro aspecto das condicións de traballo, cuxa alteración ou axuste permita que a persoa traballadora poida dispensar a atención ou coidado... pode consistir en cambio de quenda, alteración de horario, horario flexible, xornada partida ou continuada, cambio de centro de traballo, cambio de funcións, cambio na forma de prestación de traballo, incluíndo a prestación de traballo a distancia, ou en calquera outro cambio de condicións que estivese dispoñible na empresa ou que puidese implantarse de modo razoable e proporcionado, tendo en conta o carácter temporal e excepcional das medidas contempladas na presente norma”. Non obstante, ambos os preceptos recollen a posibilidade de pasar a prestar o traballo a distancia con xustificación en motivos de conciliación, quedando habilitada unha canle extraordinaria de modificación substancial das condicións de traballo por unha vía moi distinta á do art. 41 ET e extra muros tamén do Real decreto-lei 28/2020.

C) Redución de xornada e de salario

Nada impide que os teletraballadores se acollan ao previsto no art. 6 Real decreto-lei 8/2020, que recoñece tamén o dereito da persoa traballadora a gozar dunha minoración da súa xornada de traballo coa rebaixa proporcional dos emolumentos se se dan as mesmas circunstancias excepcionais que se mencionaron para a adaptación das condicións de traballo⁵⁴. Unicamente, habería que ter en conta a limitación do 30 por 100 establecida no art. 1 Real decreto-lei 28/2020, pois se o traballo remoto se realizase nunha menor porcentaxe, non se aplicaría o réxime xurídico deste Real decreto-lei.

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.

Os termos de exercicio desta prerrogativa, cualificada como "excedencia excepcional"⁵⁵, remítense ao previsto nos arts. 37.6 e 37.7 ET, de maneira que se trata dun dereito subxectivo de titularidade neutra, que non queda condicionado ao acordo, non en balde vai acompañado do sacrificio sufrido como detrimento das retribucións. As únicas matizacións fronte ao réxime estatutario xeral son as referidas no art. 6.3 Real decreto-lei 8/2020, a saber:

1.-É titular deste dereito "quen por razóns de garda legal teña ao seu coidado directo algún menor de doce anos ou unha persoa con discapacidade que non desempeñe unha actividade retribuída...". E, para estes efectos, convén lembrar dúas cousas: dun lado, tendo en conta a alocución "coidado directo", só quen exerza a patria potestade ou a tutela poderán exercitar este dereito; doutro, teñen a consideración de persoas con discapacidade aquelas a quen se lles recoñeceu un grao igual ou superior ao 33%, entendendo que cumpren esta esixencia "os pensionistas da Seguridade Social que teñan recoñecida unha pensión de incapacidade permanente no grao de total, absoluta ou gran invalidez, e os pensionistas de clases pasivas que teñan recoñecida unha pensión de xubilación ou de retiro por incapacidade permanente para o servizo ou inutilidade" (art. 4.2 Real decreto-lei 1/2013).

Tamén pode gozar deste dereito "quen precise encargarse do coidado directo dun familiar, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de idade, accidente ou enfermidade non poida valerse por si mesmo", sen que neste caso sexa necesario que "non desempeñe actividade retribuída".

2.-A redución non está suxeita aos límites cuantitativos do art. 37.6 ET: mínimo un oitavo e máximo da metade. A teor do art. 6 Real decreto-lei 8/2020 pode alcanzar o 100 por 100, aínda que neste último caso é necesario que o dereito da persoa traballadora estea xustificado e sexa razoable e proporcionado en atención á situación da empresa. Debido á

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

previsión expresa da norma de urxencia, cabe interpretar que a redución debe exporse en relación coa xornada "diaria".

3.- A comunicación da minoración debe producirse con 24 horas de antelación (non é necesario que se realice cos quince días que esixe con carácter xeral o art. 37.6 ET).

En fin, dada a ausencia de máis especialidades, é mester engadir só dous extremos:

Por unha banda, as discrepancias resólvense conforme á canle prevista no art. 139 LRXS, de maneira que cabe solicitar tamén a indemnización de danos e prexuízos⁵⁶.

Por outro, recoñécese un incremento ficticio das cotizacións ata un 100 por 100, isto é, como se non se producira tal redución (art. 237 LXSS) no que se refire ás prestacións por xubilación, incapacidade permanente, morte e supervivencia, maternidade e paternidade (agora nacemento e coidado de menor), quedando excluídas as de incapacidade temporal, risco durante o embarazo ou durante a lactación natural, e coidado de menores afectados por cancro ou outra enfermidade grave.

Aínda que nun principio barallouse esta posibilidade, non se recoñeceu unha prestación de Seguridade Social que cubra os salarios deixados de percibir de maneira similar a como sucede co subsidio derivado da redución de xornada (como mínimo á metade) para o coidado de fillo enfermo, afectado por cancro (melanoma, carcinoma ou tumores malignos) ou por calquera outra enfermidade grave que implique un ingreso hospitalario de longa duración e requira a necesidade de atención directa, continua e permanente⁵⁷. Esta axuda ascende ao 100 por 100 da base reguladora da situación de incapacidade temporal derivada de continxencias profesionais aplicada en igual redución á minoración da xornada, manténdose as cotizacións como se

⁵⁶ SSTSX Canarias 12 marzo 2019 (rec. 1596/2018) e 19/2019), que aplican a LISOS para cuantificar os danos morais, atendendo ao previsto no art. 7.5 do devandito texto legal (infraccións en materia de xornada).

⁵⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "Un nuevo supuesto de redución 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.

non se practicara tal minoración (arts. 190 a 192 LXSS)⁵⁸. En relación con esta última prestación, o Real decreto 11/2020 deixa a salvo aos proxenitores que estivesen a percibir esta prestación das suspensións de contrato ou das reducións de xornada que traian causa do previsto nos arts. 22 e 23 Real decreto-lei 8/2020, de maneira que, "nestes casos, o expediente de regulación temporal de emprego que tramite o empresario só afectará o traballador beneficiario deste subsidio na parte da xornada non afectada polo coidado do menor", sendo compatible, por tanto, "o percibo do subsidio por coidado de menores afectados por cancro ou outra enfermidade grave, coa percepción da prestación por desemprego que como consecuencia da redución da xornada, afectada por un expediente de regulación temporal de emprego, puidese ter dereito a percibir".

Aínda que tamén se está pensando introducir ampliacións, no momento presente só se protexen cunha prestación de incapacidade temporal, como situación asimilada a accidente de traballo, aqueles períodos de illamento ou contaxio das persoas traballadoras provocados pola covid-19 (salvo que se probe que o contaxio da enfermidade contraeuse con causa exclusiva na realización do traballo; nese caso a incapacidade temporal será cualificada directamente como accidente de traballo) (art. 5 Real decreto 6/2020). A ficción xurídica, por tanto, é dobre: dun lado, considérase en incapacidade temporal a quen, en puridade, nin está enfermo nin necesita tratamento médico; doutro, confírese a unha enfermidade, en principio común, a condición de profesional a efectos do subsidio por incapacidade temporal con todas as consecuencias que esta cualificación supón na práctica, isto é, para causar o dereito non é necesario acreditar período de carencia, a prestación devindícase dende o primeiro día, a súa contía ascende ao 75% da base reguladora e o seu custo corre a cargo do sistema da Seguridade Social, polo que a empresa non tería

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.

que aboar os primeiros días de baixa⁵⁹. As Instrucións aclaratorias relativas ao novo procedemento de remisión de partes dos servizos públicos de saúde por coronavirus matizan a primeira das premisas anteriores, entendendo que se considera contacto estreito para xustificar o illamento domiciliario subsidiado, segundo o Ministerio de Sanidade, ao que estivo en contacto cunha persoa con síntomas compatibles ou diagnosticada de covid-19, dende 48 horas antes do inicio de síntomas ou do diagnóstico se a persoa é asintomática, proporcionando coidados ou estando no mesmo lugar que a persoa enferma a menos de 2 metros e durante máis de 15 minutos, sen as medidas de protección adecuadas⁶⁰.

2.6. DEREITO Á INTIMIDADE E PROTECCIÓN DE DATOS

En momentos pretéritos, quizá un dos atractivos que puidese ter o traballo a distancia en sectores rudimentarios como o téxtil ou o calzado era que a distancia co empregador permitía ao traballador gozar dunha ampla autonomía e unha baixa intensidade de control da súa actividade, tal e como recoñecía mesmo o antigo teor do art. 13 ET anterior á reforma de 2012⁶¹. Como resulta fácil intuír, tal situación cambiou drasticamente nun contexto produtivo tecnoloxicamente avanzado, pois cando o teletraballador utiliza intensivamente equipos infotelemáticos, todas as súas accións quedan rexistradas con extraordinaria precisión requirindo un intenso ritmo de traballo⁶².

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

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 e ss.

⁶² LOUSADA AROCHENA, J.F. e 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.

A igualdade de dereitos como programática declaración de intencións leva implícita, loxicamente con plenos efectos, a igualdade en obrigas e responsabilidades⁶³, de tal sorte que o teletraballador queda plenamente sometido ao poder directivo empresarial, e ás ordes e instrucións que o empregador poida emitir, así como ás súas prerrogativas de supervisión e disciplinarias facilitadas pola innovación técnica⁶⁴. O propio art. 22 Real decreto-lei 28/2020 recoñece que “a empresa poderá adoptar as medidas que estime máis oportunas de vixilancia e control para verificar o cumprimento pola persoa traballadora das súas obrigas e deberes laborais, incluída a utilización de medios telemáticos”.

O desenvolvemento do traballo dixital remoto non impide que dende a dirección da empresa se instrumenten medidas de control, ben directo e en tempo real, ben diferido, mediante a utilización de sistemas *in accounting*⁶⁵ ou técnicas de intelixencia artificial altamente invasivas, que permiten obter facilmente unha visión moi próxima dos usos dos dispositivos (profesional ou persoal) e dos patróns de comportamento do titular, podendo coñecer facilmente preferencias de todo tipo (a súa orientación sexual, afeccións, gustos, hábitos e pensamento político ou sindical)⁶⁶. Pódense rexistrar con facilidade e a escaso custo informacións procedentes das ferramentas informáticas: dende o pulsado do teclado e os movementos do rato efectuados en todo momento polo traballador ata capturas de pantalla realizadas ao azar ou a intervalos, pasando polo seguimento das aplicacións utilizadas e tempo de emprego destas, polas veces que se marcou o teléfono e mesmo polo rastrexo de datos conseguidos

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.) e VILLALBA SÁNCHEZ, A. (Coord.), Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 112.

⁶⁴ Tal e como conclúe a STS 11 abril 2005 (RJ 2005/4060).

⁶⁵ PURCALLA BONILLA, J.A. e 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.

mediante calquera outro instrumento, como cámaras de visualización ou ferramentas de gravación de audio, sen esquecer, ao cabo, a frecuente utilización dos sistemas de puntuación baseados en algoritmos⁶⁷. Dáse, así, cabida ao fenómeno denominado "látego dixital"⁶⁸ ou cando menos ten lugar unha extensión desbordada dos sistemas de inspección existentes no lugar de traballo á esfera doméstica onde debería rexer o principio de privacidade de forma plena pero resulta lamentablemente atacado⁶⁹. Todo iso dentro dun mercado individualismo, pois a desaparición da referencia ao centro de traballo físico tras un dilatado período de traballo a domicilio, rompe a solidariedade entre compañeiros, dificulta a cooperación no desenvolvemento da prestación e impide a promoción de intereses comúns ante a inexistencia dun espazo compartido⁷⁰.

Prevalece, por tanto, o interese empresarial, por iso é polo que o art. 22 Real decreto-lei 28/2020 esixe "a consideración debida á súa dignidade e tendo en conta, no seu caso, a capacidade real dos traballadores con discapacidade", e, con maior rotundidade, o art. 17 recoñece a garantía do dereito á intimidade e á protección de datos nos termos da LOPDyGDD, de acordo co seu principios ordenadores "idoneidade, necesidade e proporcionalidade dos medios utilizados", termos que pretenden asegurar, ao cabo, que non se utilice un determinado medio de control se pode haber outro menos invasivo dos dereitos fundamentais do traballador. Cobra pleno sentido, por tanto, o previsto nos arts. 87 e 89 LOPDyGDD, referidos respectivamente ás garantías no control

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

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 e 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.

dos dispositivos informáticos⁷¹ e na utilización dos sistemas de vídeo e audio vixilancia⁷².

É máis, o art. 17.2 Real decreto-lei 28/2020 veta a posibilidade de esixir a instalación de programas ou aplicacións en dispositivos propiedade da persoa traballadora, pois non cabe dúbida a gran cantidade de datos persoais acumulables en instrumentos persoais: fotografías, axendas, mensaxes, contrasinais, datos bancarios, sanitarios etc. Igualmente, o art. 17.2 dispón que a empresa tampouco poderá esixir a utilización destes dispositivos no desenvolvemento do traballo a distancia, o cal enlaza co dereito do traballador "á dotación e mantemento adecuado por parte da empresa de todos os medios, equipos e ferramentas necesarios para o desenvolvemento da actividade" (art. 11 Real decreto-lei 28/2020).

Como non podía ser doutra maneira, no caso no que voluntariamente o traballador achegase os seus propios útiles de traballo, o empregador debería ter en conta o previsto no art. 18 ET, relativo ao rexistro da persoa do traballador e os seus efectos particulares⁷³, cuxo teor literal esixe tres requisitos: a) a concorrencia dunha serie de razóns concretas e obxectivas, isto é, protección do patrimonio empresarial e/ou o dos demais traballadores da empresa; b) a realización en horas de traballo e no centro de traballo; e c) a presenza dun representante dos traballadores ou, na súa falta, doutro asalariado, ademais de respectarse sempre a dignidade e intimidade⁷⁴.

Agora ben, en ningún caso procede entender tampouco que a

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. e 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).

⁷³ SSTSX Málaga 25 febreiro 2000 (rec. 2207/1999), Madrid 13 novembro 2001 (rec. 3885/2001) e Cantabria 20 febreiro 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.

achega voluntaria do traballador dos seus propios utensilios vai significar a impunidade dos asalariados fronte ao poder disciplinario do empresario, non en balde o uso ilícito da súa propia tecnoloxía pode carrexar a imposición de sancións cando chegue a coñecemento do empregador sen vulneración de dereitos fundamentais⁷⁵, sendo necesario, emporiso, contar con autorización xudicial (art. 90.4 LRXS)⁷⁶. Podería admitirse unicamente, como excepción á necesaria autorización xudicial, que o traballador preste o seu consentimento explícito e con posibilidade de revogación para que o empresario poida monotorizar soamente o espazo dedicado ás tarefas profesionais, quedando á marxe desta posibilidade os datos persoais ou íntimos, sempre que ambos os planos (corporativo e privado) estean perfectamente diferenciados e que o empresario cumpra o resto de principios que regula o ordenamento de protección de datos: transparencia, intervención mínima, subsidiariedade, temporalidade, licitude e responsabilidade proactiva⁷⁷. Cuestión distinta é se esa aquiescencia se prestou de forma libre ao estar condicionada pola conservación da propia relación laboral nun contexto adverso e de gran incerteza, o cal correspondería valorar *in casu*.

Pola súa banda, o art. 17.3 Real decreto-lei 28/2020, repetindo o teor do art. 87.3.1 LOPDyGDD, encárgase de establecer a obriga da empresa de fixar, contando coa representación legal dos traballadores, criterios de utilización das ferramentas de traballo dixitais, respectando os estándares mínimos de protección da súa intimidade de acordo cos usos sociais e os dereitos recoñecidos legal e constitucionalmente.

Engade, ademais, que “os convenios colectivos ou acordos colectivos poderán especificar os termos dentro dos cales as persoas traballadoras poden facer uso por motivos persoais

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

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

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

dos equipos informáticos postos á súa disposición por parte da empresa para o desenvolvemento do traballo a distancia, tendo en conta os usos sociais dos devanditos medios e as particularidades do traballo a distancia” (art. 17.3.2 Real decreto-lei 28/2020).

Este teor debe ser completado co disposto no art. 87 *in fine* LOPDyGDD, en virtude do cal “o acceso polo empregador ao contido de dispositivos dixitais respecto dos que admitise o seu uso con fins privados requirirá que se especifiquen de modo preciso os usos autorizados e se establezan garantías para preservar a intimidade dos traballadores, tales como, no seu caso, a determinación dos períodos en que os dispositivos poderán utilizarse para fins privados. Os traballadores deberán ser informados dos criterios de utilización aos que se refire este apartado”.

2.7. DEREITO Á PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS

O art. 15 Real decreto-lei 28/2020, recollendo os termos do anterior art. 13 ET, atribúe aos traballadores a distancia o dereito a unha adecuada protección en materia de seguridade e saúde, resultando de aplicación o establecido na Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais (LPRL) e a súa normativa de desenvolvemento. O empresario ha de cumprir, por tanto, os deberes xerais de avaliar os riscos (art. 16 LPRL), facilitar equipos e medidas de protección (art. 17), informar e formar sobre ambos os extremos, isto é, riscos e medidas de protección (arts. 18 e 19), incluídas as de emerxencia (art. 20 LPRL) ou garantir o estado de saúde en función dos riscos (art. 22 LPRL). Agora ben, ese acertado mandato, cargado de boas intencións, non garante por si mesmo a remoción dos obstáculos que se opoñen a que todas as complexas e prolixas disposicións normativas na materia sexan efectivamente aplicables a un medio de traballo remoto tan peculiar como o domicilio do traballador.

Certo é que na medida en que o posto se atopa na residencia do empregado, ao empresario vaille resultar moi difícil cumprir algúns dos seus deberes preventivos, dadas as dificultades de controlar as condicións en que se presta a actividade, vixiar que o lugar e o equipamento está adaptado

ás esixencias de seguridade e saúde ou comprobar que o dependente cumpre as ordes impartidas.

Sexa como for, a acción preventiva debe comezar sempre cunha avaliación dos perigos que poden xerarse pola realización da actividade laboral. Este deber constitúe o punto de arranque, o primeiro paso, non en balde a posibilidade de loitar eficazmente contra o risco parte dun coñecemento exhaustivo daquel⁷⁸. A posibilidade de sufrir accidentes ou enfermidades profesionais non poderá estimarse obxectivamente se non se posúen métodos seguros que permitan á empresa determinar a amplitude, gravidade e evolución no tempo dos diferentes factores que participan no seu desencadeamento, así como adquirir un mellor coñecemento de tales elementos, tendo en conta a natureza da actividade, as características dos postos e dos propios traballadores que deban desempeñalos. Unha vez coñecidos estes extremos, procede adoptar unha actitude proactiva, non meramente reactiva ou reparacionista, co fin de deseñar medidas para a eliminación da nocividade detectada e, como último paso, se iso non fose de todo posible, optar por unha planificación coherente para a súa redución⁷⁹.

De aí a importancia de deseñar as canles necesarias para un diagnóstico precoz, razón pola cal o art. 16 Real decreto-lei 28/2020 establece que “ a avaliación de riscos e a planificación da actividade preventiva do traballo a distancia deberán ter en conta os riscos característicos desta modalidade de traballo, poñendo especial atención a factores psicosociais, ergonómicos e organizativos. En particular, deberá terse en conta a distribución da xornada, os tempos de dispoñibilidade e a garantía dos descansos e desconexións durante a xornada”. Toma en consideración, por tanto, os principais factores de risco que inciden no traballo a distancia.

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 Unha 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.

En todo caso, este precepto aclara que “a avaliación de riscos unicamente debe alcanzar á zona habilitada para a prestación de servizos, non estendéndose ao resto de zonas da vivenda”. Unha correcta avaliación esixe unha adecuada descrición do posto ou postos ameazados (funcións, responsabilidades, requisitos de cualificación, esixencias ambientais, temporais e de organización...) e das tarefas (que se fai, como, por que e condicións precisas para iso -actividades sensoriais, perceptivas e mentais necesarias; capacidades, recursos propios, existencia e dispoñibilidade doutros externos, condicións ambientais e de organización-), así como do grupo de persoas adscritas (número, idades, período de aprendizaxe, formación, experiencia e outras variables coñecidas). O cumprimento destas obrigas empresariais require contar con toda a información acerca dos riscos aos que está exposta a persoa que traballa a distancia, de maneira que, conforme sinala o art. 16.2 Real decreto-lei 28/2020, se fose necesario visitar o lugar onde se desenvolve o traballo a distancia, deberá emitirse un informe escrito por quen tivese competencias en materia preventiva que xustifique o devandito extremo. Este informe entregarase ao traballador e aos delegados de prevención. A referida visita requirirá, en calquera caso, o permiso do traballador, cando se trata do seu domicilio ou do doutra persoa física. De non contar con tal permiso, o cumprimento dos deberes preventivos por parte da empresa levarase a cabo, acollendo o principio de colaboración necesaria, en función de “a determinación dos riscos que se derive da información solicitada da persoa traballadora segundo as instrucións do servizo de prevención”.

Queda garantido, como non podía ser doutra maneira, a inviolabilidade do domicilio, sen poder esquecer a posibilidade aberta polo art. 76.5 LRXS de solicitar autorización xudicial por parte da Inspección de Traballo.

2.8. DEREITOS COLECTIVOS

A mención expresa aos dereitos colectivos (como traballadores por conta allea que son) non resulta do todo superflua, de atender ao crecente individualismo que se promove e alimenta nas prestacións de servizos marcadas

pola desaparición dun centro de traballo físico e as dificultades que supoñen as relacións colectivas nun mundo cada vez máis dixitalizado, onde rompe a solidariedade necesaria para construír unha negociación e pode impedir a promoción de intereses comúns e a superación da competencia entre os propios traballadores, ben pola súa invisibilización, ben porque a prestación de servizos a distancia fai desaparecer os lazos de compañeirismo⁸⁰.

Despois de recoñecer aos traballadores a distancia o dereito ao exercicio dos seus dereitos de natureza colectiva co mesmo contido e alcance que o resto das persoas traballadoras do centro ao que están adscritos e de atribuír á negociación colectiva a posibilidade de establecer as condicións para garantir este exercicio en atención ás singularidades da súa prestación con respecto pleno ao principio de igualdade de trato e de oportunidades, o art. 19.2 Real decreto-lei 28/2020 entra no exercicio da acción sindical, obrigando á empresa a “fornecer á representación legal das persoas traballadoras os elementos precisos para o desenvolvemento da súa actividade representativa..., (debendo) asegurarse que non existen obstáculos para a comunicación entre as persoas traballadoras a distancia e os seus representantes legais, así como co resto de persoas traballadoras”.

Este teor modifica a interpretación vertida ata o momento polo Tribunal Constitucional na súa sentenza 281/2005, do 7 de novembro, que atribuíu á negociación colectiva a posibilidade de pautar os termos de uso destes medios informáticos polos representantes, disciplinando, entre outros, os aspectos relativos ao volume de correo electrónico admitido (número, tamaño ou formato), a posibilidade ou non de contar cun espazo na intranet da empresa ou mesmo a titularidade do dereito (seccións sindicais, representantes unitarios ou ambos); ante o silencio da negociación colectiva, admitía o seu uso cando o sistema xa existise sen obriga de creación *ex novo* pola empresa, condicionado a catro esixencias: non se perturbase a actividade normal produtiva

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

da empresa; o uso sindical non prevalecese sobre o uso empresarial, de tal maneira que a empresa pode perfectamente predeterminar as condicións de utilización para fins sindicais, a condición de que non o exclúe en termos absolutos; en caso de conflito, prevalecería o interese empresarial sobre o sindical; en fin, o uso do correo non poderá comportar un gravame adicional para a empresa, en forma de asunción de maiores custos.

En cambio, co novo teor legal, as representacións existentes (unitarias e sindicais) poderán solicitar á empresa a creación dun sistema electrónico que garanta a comunicación bilateral entre representantes e traballadores, incluíndo un taboleiro virtual e o acceso ás direccións electrónicas. Certo é que as direccións de correo electrónico entran na categoría de dato persoal, pero, segundo a Axencia de Protección de Datos, o seu coñecemento xa se considerou esencial para o exercicio fundamental da liberdade sindical, admitíndose a cesión sen a necesidade de consentimento dos seus titulares, sempre que non "existan outros procedementos automatizados... que permitan a satisfacción deste dereito sen necesidade de realizar unha cesión". En todo caso, o responsable do tratamento (sindicato ou representación unitaria) debe garantir o dereito de oposición do traballador, cesando de maneira inmediata no tratamento dos datos, e o cumprimento do principio de finalidade sen poder utilizar os datos para obxectivos distintos do exercicio de tarefas de representación. Como excepción, estableceuse que durante o período electoral debe prevalecer o dereito á actividade sindical, consagrado no art. 2.1 LOLS sobre o dereito fundamental á protección de datos, de maneira que os traballadores non poderán opoñerse ao tratamento dos seus datos persoais, sempre que o uso que se realice sexa adecuado para os fins do propio proceso electoral⁸¹.

Finalmente, o art. 19.3 Real decreto-lei 28/2020 esixe á empresa que garanta que os traballadores a distancia poden participar "de maneira efectiva nas actividades organizadas ou convocadas pola súa representación legal ou polo resto das persoas traballadoras en defensa dos seus intereses

⁸¹ Resolución do 15 de marzo de 2018.

laborais". Sorprende, non obstante, o inciso final deste precepto, pois en lugar de apostar polo voto electrónico coas debidas garantías, faino por "a participación efectiva presencial para o exercicio do dereito a voto nas eleccións a representantes legais". Cabe interpretar *a sensu contrario*, que se admite a primeira modalidade (voto en liña) para outras votacións, como puidese ser en asuntos tratados en asemblea.

Descendendo ao casuismo para revisar o articulado do Real decreto-lei 28/2020, obsérvase a chamada á intervención dos representantes con distinta intensidade e cunha clara falta de sistemática:

- 1.- Recepción de copia básica do pacto sobre teletraballo (art. 6).
- 2.- Participación na redacción das instrucións ditadas pola empresa en materia de protección de datos a incluír no pacto escrito [art. 7 j)]; na elaboración pola empresa dos criterios de utilización polos traballadores dos dispositivos dixitais respectando en todo caso os estándares mínimos de protección da súa intimidade de acordo cos usos sociais e os dereitos recoñecidos legal e constitucionalmente (art. 17.3) ou na confección das instrucións que establece a empresa no marco da lexislación sobre protección de datos (art. 20.1).
- 3.- Recepción de información sobre as instrucións ditadas pola empresa sobre seguridade da información para incorporar ao pacto por escrito [art. 7 k) ou art. 20.2]; a modificación das condicións establecidas no acordo de traballo a distancia, incluído a porcentaxe de presencialidade (art. 8.1) ou os postos de traballo vacantes de carácter presencial que se produzan (art. 8.2).
- 4.- Audiencia previa na elaboración empresarial dunha política interna dirixida a persoas traballadoras, incluídas as que ocupen postos directivos, na que definirán as modalidades de exercicio do dereito á desconexión e as accións de formación e de sensibilización do persoal sobre un uso razoable das ferramentas tecnolóxicas que evite o risco de fatiga informática (art. 18.2).

3. A CHAMADA Á NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como xa consta, o Acordo Europeo sobre teletraballo foi o primeiro acordo específico, froito da negociación colectiva, subscrito entre os interlocutores sociais dos Estados membros. En España, o Acordo Interconfederal para a Negociación Colectiva do ano 2003, incorporou o texto do devandito Acordo europeo e encargou a unha comisión de seguimento a súa adaptación e desenvolvemento conforme á realidade interna, tendo en conta aqueles ámbitos nos que podería existir maior interese. Os sucesivos Acordos para o emprego e a negociación colectiva (2015, 2016 e 2017) estableceron algúns criterios específicos, pero o resultado foi moi escaso, pois son moi puntuais os convenios que se ocupan ata o momento desta materia⁸².

Baixo tales premisas, o Real decreto-lei 28/2020 non só establece unha serie de principios mínimos tentando igualar o tratamento xurídico laboral nos aspectos máis importantes desta forma de organización do traballo, senón que considera imprescindible acudir na medida necesaria á negociación colectiva, que se converte en instrumento esencial para completar a normativa aplicable en cada un dos sectores específicos ou empresas con posibilidade de establecer criterios propios.

3.1. Conciso panorama convencional previo

Claro é o propósito do Real decreto-lei 28/2020 de terminar coa falta de tradición negocial nesta materia tanto a nivel de sector como a nivel de empresa, máis aló, como excepción, de corporacións de tamaño grande ou moi grande⁸³, con capacidade suficiente para asumir unha xestión flexible e

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

autoconclusa dos recursos humanos⁸⁴; e, aínda por riba, as máis das veces límitanse a efectuar unha mera remisión ao teor legal ou aos referentes internacionais na materia, sen achegar un verdadeiro armazón regulatorio da figura no concreto ámbito de vixencia do convenio⁸⁵. Nalgún caso, realízase unha mera alusión xenérica á creación dunha comisión co obxecto de avanzar no desenvolvemento do teletraballo⁸⁶ ou se define o que é un contrato a distancia, remitindo o seu réxime xurídico ao pacto acordado polas partes⁸⁷.

Entre as escasas previsións convencionais existentes con contido substantivo, cabe mencionar como máis senlleiras as referidas aos requisitos esixidos para poder teletraballar, as posibilidades de reversibilidade, a compensación de gastos, o seu deseño como fórmula de conciliación ou, en fin, a equiparación de dereitos⁸⁸:

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

⁸⁵ QUINTANILLA NAVARRO, R.E.: “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 e ss.

⁸⁶ Art. 23 Convenio colectivo Michelín España Portugal, SA (BOE 3 xullo 2020, núm. 183) ou disposición adicional 4ª Convenio colectivo rexistradores da propiedade, mercantís e de bens mobles e o seu persoal auxiliar (BOE 27 febreiro 2020, núm. 50).

⁸⁷ Art. 11 Convenio colectivo Empresa Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 27 febreiro 2020, núm. 50): “as persoas traballadoras con contratos indefinidos (e con independencia da súa xornada) poderán, de forma voluntaria, prestar os seus servizos a distancia (nos seus domicilios, ou no lugar libremente elixido por eles) de maneira mixta ou total”. Remiten directamente ao acordo individual, entre outros, art. 10 XIX Convenio colectivo xeral da industria química (BOE 8 agosto 2018, núm. 191) ou art. 23.10 Convenio colectivo de almacenistas e importadores de produtos químicos industriais e de droguería, perfumería (BOE 21 setembro 2018, núm. 229).

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 quen se segue na presente exposición.

1.-Para poder acollerse ao réxime de teletraballo, nalgunhas ocasións esíxese que o asalariado conte cunha "antigüidade de seis meses" e que o proxecto ou área funcional ao que pertenza o permita⁸⁹. Noutros casos, a antigüidade elévase a "doce meses", sendo necesario que pertenza a "áreas, unidades ou actividades e tipos de traballo que polas súas características a empresa determine que son susceptibles de acollerse"⁹⁰. Tamén se esixen certos requisitos técnicos como "ter coñecementos informáticos que lle permitan asumir a teleprestación, que o posto concreto reúna os condicionantes adecuados para a súa cobertura remota, achegar o traballador un lugar adecuado no seu domicilio ou mostrar un adecuado desempeño sostido no tempo"⁹¹. Nalgún caso, recoñécese o dereito "a teletraballar un día á semana"⁹², acollendo unha porcentaxe distinta dos limiares do Real decreto 28/2020.

2.- En canto ás condicións de volta ao traballo presencial, cabe destacar algunhas cláusulas dubidasas, á vista da nova regulación, como son aquelas que establecen que ambas as partes están lexitimadas para reclamar o retorno á situación de presencialidade : o traballador nos 2 meses seguintes dende que a súa prestación a distancia empezou a operar e ao final de cada ano natural; e a empresa cando concorran razóns técnicas ou organizativas que reclamen a volta á presencialidade⁹³. Tendo en conta que, como xa se dixo, o empregador non pode acudir ao seu *ius variandi* extraordinario para impoñer o teletraballo⁹⁴, resulta cando menos dubidoso que vía convenio se habilite a facultade

⁸⁹ Art. 49 IV Convenio colectivo Nacional Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU (BOE 12 agosto 2020, num. 217).

⁹⁰ Art. 43 Convenio colectivo Grupo Selecta (BOE 30 xaneiro 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, SLU (BOE 12 agosto 2020, num. 217).

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

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

inversa, para permitir a reversión á prestación presencial cando concorran tales motivos empresariais. Máis exorbitante aínda parece aquela previsión convencional que establece sen rubores que o empregador poderá, “en calquera momento” e sen necesidade de alegar causa ningunha, “extinguir as situacións de teletraballo”, debendo o operario volver prestar os seus servizos nos locais da empresa; aínda que tal facultade rescisoria do pacto de teletraballo se concede tamén, neste caso, ao propio traballador, co só requisito, en ambos os casos, de preavisar cun período de 15 días⁹⁵ ou de “un mes”⁹⁶.

Nalgunha ocasión, regúlase a reversibilidade por forza maior impropia definida no propio texto pactado: “a empresa poderá requirir á persoa traballadora a súa presenza no centro de traballo nos casos de situacións urxentes ou excepcionais que requiran dunha coordinación específica (folgas de provedores ou folgas que afecten os servizos ofrecidos a clientes), sucesos extraordinarios, implantación de novos clientes cuxo servizo necesite adaptación ou un período de fidelización, implantación de novas políticas, formación, necesidades específicas do cliente ou do servizo. En ningún caso incluíranse nin se considerarán neste apartado as folgas que secunden as persoas traballadoras da empresa”⁹⁷. Ou tamén nalgún caso queda salvagardado un compromiso de presencialidade, pois o traballador debe “acudir a cantas reunións sexa convocado por parte do responsable da unidade no centro de traballo, xa sexan reunións periódicas como imprevistas”⁹⁸.

Algunha cláusula convencional establece unha especie de período de proba no sistema de teletraballo con libre revogación, pois prevé que “transcorridos os dous primeiros meses de teletraballo, avaliarase a idoneidade para

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

⁹⁶ Art. 43 Convenio colectivo Grupo Selecta (BOE 30 xaneiro 2020, núm. 26).

⁹⁷ Art. 11 Convenio colectivo Empresa Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 27 febreiro 2020, núm. 50)

⁹⁸ Art. 43 Convenio colectivo Grupo Selecta (BOE 30 xaneiro 2020, núm. 26).

teletraballar e a satisfacción de ambas as partes con este sistema de traballo”⁹⁹.

3.- Son relativamente frecuentes aquelas contías compensatorias extrasalariais dispostas como compensación dos maiores gastos en subministracións soportadas polo traballador como consecuencia do desenvolvemento da prestación a distancia, tales como maior gasto de calefacción, luz, ou conexión a Internet¹⁰⁰. Mesmo, nalgúns casos (poucos pero significativos), determinadas partidas previstas na norma pactada si que se pode dicir que revisten natureza salarial, no amplo teor do art. 26 ET, en tanto aparecen como complemento capaz de actuar como incentivo para tratar de lograr que a un maior número de traballadores lles poida resultar atractivo o traballo a distancia, establecendo para iso un verdadeiro “complemento por teletraballo”¹⁰¹ que, ás veces e en consecuencia, exclúe a percepción doutras partidas, como as compensacións por comida ou desprazamento¹⁰². Dende un punto de vista similar, aínda que con matices, algún convenio alude ao “complemento casa/oficina”, o cal non mostra ás claras se se trata dunha verdadeira partida salarial, ou dunha compensación polos gastos a efectuar no fogar, nese caso merecería a consideración de extrasalarial¹⁰³.

Agora ben, non cabe admitir, con todo, a exclusión convencional á empresa de soportar tales partidas como se recolle algunha vez, o cal contradí abertamente o teor do Real decreto-lei, pois en tal caso o traballador está a

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

¹⁰⁰ Acordo colectivo de implantación de teletraballo SHS, Polar Sistemas Informáticos, SL.

¹⁰¹ Así, art. 50 Convenio colectivo British Petroleum Oil España (BOE 6 febreiro 2018, núm. 33) ou Convenio colectivo Tecnocon España Solutions, SA (BOE 11 abril 2014, núm. 88).

¹⁰² Art. 60 Convenio colectivo Grupo ONO (BOE 1 xullo 2013, núm. 156) ou art. 50 Convenio colectivo British Petroleum Oil España, (BOE 6 febreiro 2018, núm. 33).

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

comprometer algo máis que o seu esforzo produtivo¹⁰⁴. Cabe destacar a existencia dalgunha cláusula ambigua que debe ser depurada, pois, por unha banda, establece que “a empresa será responsable de facilitar, instalar e manter os equipamentos necesarios para o teletraballo regular así como prover dun servizo adecuado de apoio técnico”, pero, por outro, admite “acordo polo que se estableza que a persoa traballadora utilice o seu propio equipo”, engadindo que “a empresa unicamente se fará cargo do custo do servizo da internet das persoas traballadoras que teletraballen cando, pola posición e servizos prestados, se requira unha determinada conexión a internet (cunha velocidade e ancho de banda específicos)”¹⁰⁵.

4.- Tamén son relativamente numerosos (dentro da aludida escaseza xeral) os convenios colectivos¹⁰⁶, que se refiren ao teletraballo como fórmula de conciliación da vida persoal, familiar e laboral dos traballadores, implementada, por tanto, sen que concorra un especial interese produtivo, máis aló de que a tolerancia empresarial desta práctica redunde en maior satisfacción do persoal e, ao cabo, nun incremento indirecto da produtividade.

4.- Ao xenérico principio de igualdade entre os teletraballadores e os presenciais aluden varias normas

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

¹⁰⁵ Art. 11 Convenio colectivo Empresa Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 27 febreiro 2020, núm. 50).

¹⁰⁶ Tanto a nivel de empresa [Art. 48 Convenio colectivo Siemens, SA (BOE 17 xuño 2020, núm. 169), art. 89 Convenio colectivo empresas vinculadas a Telefónica (BOE 13 novembro 2019, núm. 273), art. 54 Convenio colectivo da Axencia de Medio Ambiente e Auga de Andalucía (BO. Junta de Andalucía 20 decembro 2018, núm. 245) ou art. 69 Convenio colectivo Repsol Butano, SA (BOE 20 agosto 2018, núm. 201)], como de sector [art. 10 do XIX Convenio colectivo xeral da industria química (BOE 8 agosto 2018, núm. 191), art. 20 Convenio colectivo do sector de empresas de publicidade (BOE 10 febreiro 2016, núm. 35), art. 7 Convenio colectivo do sector do comercio de flores e plantas (BOE 6 setembro 2018, núm. 216), art. 19 Convenio colectivo estatal da prensa diaria (BOE 29 agosto 2019, núm. 205) ou art. 20 Convenio xeral para o sector de entidades de seguros, reaseguros e mutuas de accidentes de traballo (BOE 1 xuño 2017, núm. 130)].

pactadas¹⁰⁷. Algunha norma colectiva engade, a efectos de determinar as condicións aplicables ao teletraballador, o concepto (importado da xurisprudencia do TXUE) do "traballador comparable que preste servizos nos locais da empresa"¹⁰⁸.

Sexa como for, conforme á disposición transitoria 1ª Real decreto-lei 28/2020, as relacións de traballo vixentes e reguladas con anterioridade á súa publicación (23 de setembro de 2020) por convenios ou acordos colectivos sobre condicións de prestación de servizos a distancia poden manterse conforme a un dobre panorama:

--Se os convenios ou acordos referidos teñen prazo de vixencia: a aplicación do Real decreto-lei 28/2020 producirase dende o momento en que estes decaian.

--Se non prevén un prazo de duración, o Real decreto-lei 28/2020 aplicarase integramente unha vez transcorrido 1 ano dende a súa publicación no BOE/BOE, isto é, a partir do 23 de setembro de 2021, salvo que as partes asinantes acorden expresamente un prazo superior máis amplo, que como máximo poderá ser de 3 anos.

Ademais, conservaranse os dereitos ou condicións máis beneficiosas que viñesen gozando e que se reflectirán no acordo de teletraballo que se haberá de formalizar no prazo

¹⁰⁷ Entre outros, art. 72 Convenio colectivo Repsol Butano, SA (BOE 20 agosto 2018, núm. 201), art. 40 Convenio colectivo Orange España, SAU (BOE 19 outubro 2019, núm 251), art. 89 Convenio colectivo empresas vinculadas a Telefónica (BOE 13 novembro 2019, núm. 273), art. 64 Convenio colectivo Grupo ONO (BOE 1 xullo 2013, núm. 156), art. 11 Convenio colectivo do sector da industria e comercio de aceite e derivados (BO. Comunidad de Madrid 7 abril 2018, núm. 83), art. 25 Convenio colectivo do sector do comercio do metal (BO. Comunidad de Madrid 2 maio 2016, núm. 103); art. 20 Convenio xeral para o sector de entidades de seguros, reaseguros e mutuas de accidentes de traballo (BOE 1 xuño 2017, núm. 130); art. 8 II Convenio colectivo Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE 30 xullo 2020, núm. 206); art. 49 IV Convenio colectivo nacional Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, SLU (BOE 12 agosto 2020, num. 217) ó Art. 43 Convenio colectivo Grupo Selecta (BOE 30 xaneiro 2020, núm. 26).

¹⁰⁸ Art. 20 Convenio colectivo do sector de empresas de publicidade (BOE 10 febreiro 2016, núm. 35) ou punto 23.10 Convenio colectivo de almacenistas e importadores de produtos químicos industriais e de droguería, perfumería e anexos (BOE 21 setembro 2018, núm. 229).

de tres meses dende que o Real decreto-lei resulte de aplicación.

En fin, atendendo á disposición transitoria 1ª.3, para os acordos de traballo a distancia de carácter individual vixentes o 23 de setembro de 2020 non derivados de convenios ou acordos colectivos, tamén se establece, ademais da conservación das eventuais mellores condicións, un prazo de 3 meses, neste caso ata o 23 de decembro de 2020, para efectuar as correspondentes adaptacións ou modificacións.

3.2. Unha visión *ad futurum*

Tentando revertir o escaso interese negocial, o Real decreto-lei 28/2020 chama incesantemente á negociación colectiva. Así:

En primeiro lugar, na exposición de motivos: “á hora de definir as tarefas e actividades susceptibles de traballo a distancia, os criterios de preferencia no acceso a esta modalidade, o exercicio da reversibilidade, os distintos dereitos de contido económico asociados a esta forma de prestación e organización, o contido do acordo e mesmo as porcentaxes de traballo a distancia para os efectos de definir en sectores profesionais específicos o que considera traballo a distancia regular” (Exposición de motivos).

En segundo termo, a disposición adicional 1ª, que cunha falta de sistemática remite aos convenios ou acordos colectivos, en dous parágrafos distintos, a posibilidade de establecer:

1.- “En atención á especificidade da actividade concreta do seu ámbito, a identificación dos postos de traballo e funcións susceptibles de ser realizados a través do traballo a distancia, as condicións de acceso e desenvolvemento da actividade laboral mediante esta modalidade, a duración máxima do traballo a distancia, así como contidos adicionais no acordo de traballo a distancia e (en cláusula aberta) cantas outras cuestións se considere necesario regular”.

2.- “Unha xornada mínima presencial no traballo a distancia, o exercicio da reversibilidade ao traballo nos locais da empresa, unha porcentaxe ou período de referencia inferiores aos fixados no presente Real decreto-lei para os efectos de cualificar como ‘regular’ esta modalidade de execución da

actividade laboral, unha porcentaxe de traballo presencial dos contratos formativos diferente ao previsto no mesmo, sempre que non se celebren con menores de idade, así como as posibles circunstancias extraordinarias de modulación do dereito á desconexión”¹⁰⁹.

En terceiro lugar, repasando o texto articulado do Real decreto-lei 28/2020, chama a atención a enorme cantidade de veces que se produce unha chamada á negociación colectiva:

1.-Art. 5.1, con ocasión do carácter voluntario do teletraballo, que permite, con todo, á negociación colectiva recoñecer o dereito ao traballo a distancia.

2.- Art. 5.3, que habilita á negociación colectiva para regular o exercicio da reversibilidade ao traballo presencial.

3.- Art. 13, que recoñece o dereito da persoa que realiza o traballo a distancia a flexibilizar o horario de conformidade cos termos da negociación colectiva.

4.- Art. 14, que remite á negociación colectiva o establecemento do sistema de rexistro horario, no que conste, entre outros, o momento de inicio e finalización da xornada.

5.- Art. 19.1, que atribúe á negociación colectiva o establecemento das condicións para garantir o exercicio dos dereitos colectivos dos traballadores remotos.

6.- Art. 21, á hora de concretar as obrigas dos traballadores de cumprir as instrucións de uso e conservación dos instrumentos de traballo.

En cuarto lugar, tamén son moi numerosas as referencias no articulado do Real decreto-lei á intervención do convenio colectivo ou pacto colectivo:

1.- Art. 7.1, para modular o contido mínimo do pacto escrito suscrito entre traballador e empresario.

2.- 7.1 b), que esixe a necesaria correspondencia da cantidade de compensación por gastos establecida no pacto individual coa establecida en convenio ou acordo colectivo.

¹⁰⁹ Así, por exemplo, algún convenio colectivo prevé que se poida teletraballar entre 1 e 4 días á semana, en función do acordo ao que cheguen o traballador e o seu superior directo, Anexo V Convenio colectivo Telefónica Móviles, SAU (BOE 13 novembro 2019, núm. 273).

3.- Art. 8.3, para establecer mecanismos e criterios polos que a persoa que desenvolve traballo presencial pode pasar a traballo a distancia ou viceversa, preferencias en función de determinadas circunstancias (formación, promoción e estabilidade no emprego de persoas con diversidade funcional ou con riscos específicos, pluriemprego ou pluriactividade, circunstancias persoais ou familiares), así como ordenación de prioridades.

4.- Art. 11, para a dotación e mantemento adecuado por parte da empresa de todos os medios, equipos e ferramentas necesarios para o desenvolvemento da actividade.

5.- Art. 12.2, para a determinación, e compensación ou pago ao traballador dos gastos que ocasione o teletraballo.

6.-Art. 17.3, para especificar os termos dentro dos cales as persoas traballadoras poden facer uso por motivos persoais dos equipos informáticos postos á súa disposición por parte da empresa.

7.- Art. 18.2, para establecer os medios e medidas adecuadas a fin de garantir o exercicio efectivo do dereito á desconexión e a organización adecuada da xornada de forma que sexa compatible coa garantía de tempos de descanso.

En fin, a pesar desta reiteración nas remisións, non cabe ocultar a boa vontade da que parte o lexislador: apostar por unha maior regulación convencional que dote dun adecuado marco ao desenvolvemento do teletraballo capaz de evitar o fácil recurso ao traballo en remoto invisible ou á marxe da condición de laboralidade ¹¹⁰.

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

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.

- 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. e 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.
- 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. e 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. e 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. e 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. e 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. e CASAS BAAMONDE, M.E., Dirs.): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Madrid (Francis Lefebvre), 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. e 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.
- MIRÓ 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. e 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. e 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.
- THIBAULT 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.