



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 25 (2021), pp. 265-303

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2021.25.0.8807>

EL TRABAJO A DISTANCIA EN EL REAL DECRETO-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE

TELEWORKING IN THE ROYAL DECREE 28/2020, SEPTEMBER 22ND

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular de Universidad – Universidade da Coruña

Magistrado suplente TSJ/Galicia

<https://orcid.org/0000-0002-1526-2316>

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

<https://orcid.org/0000-0002-4629-0539>

Recibido: 21/05/2021

Aceptado: 22/10/2021

Resumen Hoy en día, uno de los temas estrella en el ámbito jurídico laboral es la novedosa regulación del trabajo a distancia. Se trata de un complejo tema, pobremente regulado en nuestro Estado, que ha recibido un importante espaldarazo normativo tras la publicación del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia, que se ocupa de normar todo lo relativo al trabajo a distancia, como género, y el teletrabajo, como especie del mismo.

Palabras clave: Trabajo a distancia-Teletrabajo-Acuerdo Marco Europeo-Derecho de la Unión Europea-Negociación colectiva.

Abstract: Nowadays, one of the starring themes in the legal-labour field is the new regulation of distance work. It is a complex issue, poorly regulated in our State, which has received significant regulatory support after the publication of Royal Decree-Law 28/2020, of September 22, on distance work, which deals with regulating everything related to remote work, as a genre, and telework, as a species of it.

Keywords: remote working; telecommuting; European framework agreement; European Law; collective negotiation.

SUMARIO: I. LA FUNCIÓN ECONÓMICO SOCIAL DEL TRABAJO A DISTANCIA. II. LAS FUENTES REGULADORAS. III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RDL 28/2020. 1. Ámbito material. 2. Ámbito temporal. IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE REGULACIÓN. 1. Igualdad y condiciones de empleo. 2. Voluntariedad y acceso al teletrabajo. V. EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA. VI. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A DISTANCIA. 1. Derecho a la carrera profesional. 2. Dotación y mantenimiento de medios y abono y compensación de gastos. 3. Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo. 4. Derecho a la prevención de riesgos laborales. 5. Derechos relacionados con el uso de medios digitales. 6. Derechos colectivos. VII. LAS FACULTADES DE ORGANIZACIÓN, DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

I. LA FUNCIÓN ECONÓMICO SOCIAL DEL TRABAJO A DISTANCIA

Una de las resultas legislativas de la pandemia de la COVID-19 que más ha interesado a los laboristas no es otra que la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia¹. Su relevancia viene provocada ya no solo por el hecho de que —como reconoce su propia exposición de motivos— “el trabajo a distancia se mostrara como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia”, sino y sobre todo porque ha venido a colmar una clamorosa laguna legal. Y es que, en efecto, la ausencia de una norma concreta y específica que regulase el teletrabajo en el Reino de España venía siendo largamente denunciada desde hace años por amplios sectores de la doctrina laborista, habida cuenta la parca regulación del trabajo a distancia contenida en el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores². Es cierto, no obstante, que la situación de pandemia provocada por la COVID-19 ha sido en gran medida el verdadero detonante de la reforma legal, pero ello no resta mérito al hecho de que finalmente el teletrabajo cuente en nuestro ordenamiento jurídico con una norma sustantiva propia que regule esta particular forma de prestación de servicios. Lo confiesa (de nuevo) la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2020, aunque de manera un tanto rimbombante, al asegurar que su objetivo no es otro que el de

¹ BOE de 23 de septiembre de 2020.

² Así, se ha llegado a decir que “la regulación contenida en el precepto legal es exigua, de carácter básico y, no cabe duda, necesitada de un desarrollo legislativo preciso, que al menos ambicione despejar las numerosas cuestiones, hoy sin respuesta, que surgen por las especialidades de esta modalidad de trabajo; en este sentido, la protección de datos y de la vida privada, el control de la jornada, las contingencias profesionales en el contexto del teletrabajo o la prevención de riesgos laborales, demandan con urgencia un marco regulador” (PÉREZ AGULLA, S., “El teletrabajo en la era digital”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 427).

“proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades”.

Por lo tanto, casi dos décadas después del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, de 16 de julio de 2002³ (en adelante AMET), y transcurridos más de veinte años desde la adopción del Convenio número 177 de la OIT sobre trabajo a domicilio⁴ (por cierto, nunca ratificado por el Reino de España), el legislador español ha considerado oportuno brindar a los sujetos del contrato de trabajo una regulación específica del que marbetea como “trabajo a distancia”, más allá del pobre tratamiento jurídico que venía proporcionando el Estatuto de los Trabajadores. Y es que, hasta la entrada en vigor de la norma sobre el trabajo a distancia⁵, la norma laboral por antonomasia se venía ocupando desde sus inicios del “trabajo a domicilio” (así lo denominaba la norma estatutaria de 1995⁶), o del que rotulaba en su art. 13 como “trabajo a distancia”, mediante “una regulación de mínimos, casi limitada a proclamar el principio de igualdad entre trabajadores a distancia y presenciales, en especial en determinados ámbitos”⁷.

Pero las cosas, sin duda, han cambiado. Cuando en la década de los setenta del Siglo XX, las personas trabajadoras asignadas al sector terciario superaron en número a las del sector industrial en las sociedades occidentales —momento histórico marcado como origen de la sociedad de la información— es cuando surge el teletrabajo. En aquel instante, definido socialmente por la Crisis del Petróleo de 1973, el teletrabajo se presentó como la solución a muchos problemas⁸: se reducirían los desplazamientos con el consiguiente ahorro energético, mayor fluidez del tráfico viario y reducción de la polución urbana; se minimizarían los costes de las empresas al no necesitar de sedes físicas, o poder reducirlas a su mínima expresión; se facilitaría el acceso al empleo de personas con movilidad reducida, que no pueden ausentarse de su domicilio por la asunción de cargas familiares o en lugares

³ Sobre el mismo, véanse, ampliamente, SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Algunos puntos críticos en relación con el teletrabajo”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 13 y ss.; y CAÑADAS SÁNCHEZ, F.J., *Teletrabajo: Revisión teórica y análisis jurídico-laboral*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017, págs. 81 y ss., localizable en <https://digibug.ugr.es>.

⁴ Adopción: Ginebra, 83ª reunión CIT (20 junio 1996).

⁵ “A los 20 días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de lo establecido en su disposición adicional séptima” (DF 14ª del RDL 28/2020).

⁶ Así era hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio de 2012), cuyo art. 6 modificó el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, dando nueva rúbrica al precepto, que es justo la que contempla el de 2015.

⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el Derecho español”, en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L., ed., y VILLALBA SÁNCHEZ, A., coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 42.

⁸ El término teletrabajo “surgió en 1973, en el seno del grupo de científicos estadounidenses de la Universidad de Carolina del Sur (University of Southern California), bajo la dirección del físico Jack Nilles, conocido como «padre del teletrabajo». El grupo de Nilles realizaba estudios sobre la aplicación de las tecnologías informáticas para rentabilizar los beneficios económicos de las empresas, mediante la reducción del desplazamiento de los trabajadores a los lugares de trabajo y su sustitución por el traslado de la información necesaria transferida por el trabajador desde su domicilio o el centro de trabajo más próximo. En el contexto de la crisis del petróleo de entonces, la propuesta de Nilles permitía ahorrar el gasto de combustible vinculado al desplazamiento de los trabajadores en las horas punta y, asimismo, reducir la emisión de gases nocivos para el medio ambiente” (USHAKOVA, T., “El teletrabajo en el derecho de la OIT”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015, pág. 3).

de difíciles comunicaciones, permitiendo la radicación de las personas en zonas rurales; se potenciaría la autonomía de las personas trabajadoras en la distribución de sus tiempos, previniendo el estrés laboral y mejorando su satisfacción con el trabajo; consiguientemente, se mejoraría la productividad.

Tan idílico panorama demostró no serlo tanto cuando posteriormente, durante las décadas siguientes, se analizó la implementación real del teletrabajo. El aislamiento de las personas teletrabajadoras las desvinculaba de la socialización en el trabajo y de la promoción profesional, generando patologías psíquicas, y diluyendo la reivindicación colectiva con la consiguiente tendencia a la baja de las condiciones laborales. En tales casos, las condiciones adecuadas de seguridad e higiene en el puesto de trabajo ni son fáciles de implementar por las empresas, ni son sencillas de controlar por la autoridad laboral. Hay un riesgo de huida del derecho del trabajo dada la ventaja que supone la externalización de la actividad de las empresas y la posible contratación de falsos autónomos. Por otro lado, el riesgo de difuminación de los tiempos de trabajo y de ocio puede conducir a la invasión del trabajo digitalizado sobre la vida personal y familiar (hiperconectividad, infoxicación, contaminación tecnológica o sociedad del cansancio). En definitiva, la ausencia de una normativa adecuada que, en garantía de los derechos de las personas teletrabajadoras, ataje estas dificultades, suele invocarse precisamente como otro inconveniente más.

Otra circunstancia a considerar es que el teletrabajo, aún con sus particularidades, ha sido usado por las mujeres para poder conciliar su trabajo con las cargas derivadas del cuidado de hijos o familiares. Nada nuevo bajo el sol. Ya en la sociedad industrial el trabajo a domicilio era una alternativa para las mujeres en orden a conciliar trabajo con familia. En la sociedad de la información, esto mismo vuelve a ocurrir en el teletrabajo. Así las cosas, el teletrabajo se suma al elenco de trabajos atípicos muy feminizados (trabajos a tiempo parcial, trabajos fijos discontinuos, trabajos temporales). Pero la solución a este dilema, que viene siendo conceptualizado como “dilema de Wollstonecraft”⁹ —ser trabajadora sin hijos o

⁹ “Carole Pateman, que describió por primera vez este dilema, le dio el nombre de Mary Wollstonecraft, la escritora inglesa que vivió entre 1759 y 1797 y quien, durante el período de intensos debates tras la Revolución Francesa, escribió una de los primeros textos feministas, titulado *Vindication of the Rights of Women* (1792). Este libro trata la cuestión de extender los derechos de ciudadanía a las mujeres. La posición de Wollstonecraft se distingue de la de las teóricas feministas de su época, que pedían una ciudadanía igual a la de los hombres. Según Wollstonecraft, las mujeres son distintas de los hombres, y la ley debe reconocer las diferencias. El trabajo no pagado de las esposas/madres es equivalente al trabajo pagado de sus maridos. Ambos papeles son fundamentales para la sociedad, y por lo tanto la sociedad debe reconocer ambos, concediendo derechos de ciudadanía tanto a mujeres como a hombres” (LOMBARDO, E., “La política de género de la UE: ¿Atrapada en el «Dilema de Wollstonecraft»?”, en GARCÍA INDA, A., *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, S.A., Zaragoza, 2002, pág. 226). Por su parte, “La Vindicación fue publicada en 1792 en Londres y ese mismo año aparecía la segunda edición. Pronto le siguieron ediciones en Dublín, París y otras capitales. Su significado puede percibirse con mayor claridad al comprobar que un año antes, en 1791, Francia se había dotado de una Constitución que reconocía los derechos políticos y civiles de los ciudadanos varones. Sin embargo, esa Constitución negaba expresamente los mismos derechos a las mujeres. Por ello, siguiendo los pasos de Olimpe de Gouges, Mary Wollstonecraft se resistió a dejar escapar la oportunidad que ofrecía la ciudadanía a las mujeres” (POSTIGO ASENJO, M., *Género e igualdad de oportunidades. la teoría feminista y sus implicaciones ético-políticas*, Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2006, pág. 19, localizable en <http://www.biblioteca.uma.es>). Por último, acerca de Olympe de

ser madre sin trabajo¹⁰—, no se soluciona confinando a las mujeres en trabajos con menores derechos, pues eso solo perpetúa la situación de subordinación femenina en el trabajo, y también en la familia, donde el trabajo de cada miembro de la pareja, y sus condiciones laborales, mediatiza todas las decisiones vitales, de ahí que tendencialmente se dedicará al cuidado el miembro de la pareja con un peor trabajo.

Pues bien, el teletrabajo ni es la panacea universal ni es una forma contemporánea de esclavitud, y la realidad ha demostrado sus posibilidades como mecanismo de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras¹¹. El teletrabajo bien implementado tiene más ventajas que inconvenientes. Aunque se debería subrayar “bien implementado”, lo que pasa necesariamente por una legislación adecuada donde (además de garantizar el principio de voluntariedad, lo que ya se sale del objetivo de nuestro estudio) se reconozca efectivamente el derecho a la no discriminación con relación al trabajo sedentario en la sede de la empresa. El principio de igualdad entre el teletrabajo y el trabajo sedentario se tiñe, además, con las consecuencias derivadas de la feminización del colectivo afectado, que pueden determinar la aplicación de la prohibición de discriminación sexista indirecta si la medida empresarial generadora de una desventaja particular atendiendo al género de las personas teletrabajadoras no se justifica objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados¹².

Gouges, véase RON LATAS, R.P., “Olympe de Gouges (Montauban 1748 - París 1793)”, localizable en <https://www.valedordopobo.ga>, dentro del apartado “hablamos de feminismo”.

¹⁰ Según el dilema de Wollstonecraft, “las dos rutas que las mujeres han seguido en su lucha por una ciudadanía plena aparecen problemáticas. Un camino busca la extensión a las mujeres de los derechos de ciudadanos masculinos (la lucha por la igualdad); el otro defiende que las mujeres, «como mujeres», poseen habilidades, intereses y necesidades que requieren una ciudadanía distinta de la que tienen los hombres (la lucha por la diferencia). Sin embargo, ambos caminos, aun siendo progresivos, tienen consecuencias negativas para las mujeres” (LOMBARDO, E., “La política de género de la UE: ¿Atrapada en el «Dilema de Wollstonecraft»?”, en GARCÍA INDA, A., Género y Derechos Humanos, Mira Editores, S.A., Zaragoza, 2002, pág. 226). Así, “cuando Mary Wollstonecraft en 1792 afirmó en su libro *A Vindication of the Rights of Women* «Voy a hablar en nombre de las de mi sexo» (Wollstonecraft, 1792/1796, p. 342) conectó el estatus de la ciudadanía a la identidad sexual. No fue ella, sin embargo, quien había inaugurado esta conexión. Lo que Wollstonecraft hizo al reclamar la igualdad y la plena ciudadanía para las mujeres fue hacer esa petición desde una estructura de igualdad fundamentada en la identidad de un sujeto varón como modelo de ciudadanía universal. Dos siglos más tarde, cuando la teoría feminista de la segunda ola, es decir a partir de los años 70, desarrolla sus análisis políticos de denuncia de la desigualdad pone de manifiesto la trampa en la que se encontró Mary Wollstonecraft. Es la trampa señalada por Carole Pateman (1988/1995) como «dilema de Wollstonecraft» según el cual se fuerza a las mujeres a decidir la ciudadanía a través de una igualdad, entendida muchas veces como mismidad, (con lo cual serán «hombres de segunda»); o a través de la diferencia, entendida usualmente como diferencia respecto del modelo legitimado de sujeto, (con lo cual serán ciudadanas «de segunda»)” (REVERTER BAÑON, S., “La dialéctica feminista de la ciudadanía”, en *Athenaeum Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, vol. 11, núm. 3, 2011, pág. 121).

¹¹ Al respecto, sobre un caso particular, véase NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. “Teletrabajo durante la pandemia, ¿una herramienta de conciliación?: El caso de la Comunidad de Madrid”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 165 y ss.

¹² Sobre la discriminación sexista indirecta, véase, de manera amplia, LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombre. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 157 y ss.

Sea como sea, lo cierto es que, desde la perspectiva de las personas trabajadoras, el trabajo a distancia se valora como un mecanismo idóneo para conciliar vida personal, familiar y laboral. Así se reconoce tanto en las normas comunitarias como en el derecho español, de ahí que se haya integrado la posibilidad de solicitarlo dentro del derecho a adaptar la jornada de trabajo con fines de conciliación¹³. Asimismo, el trabajo a distancia posibilita la realización de pluralidad de actividades laborales a jornada completa por quienes se encuentran en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, coadyuvando a la deseable reinserción social de los trabajadores con discapacidad. En estas ocasiones, el pensionista se encuentra con que, según el art. 198.2 de la Ley General de la Seguridad Social, “las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”, sin embargo, la presencia del teletrabajo ha ayudado al Tribunal Supremo a descartar una interpretación restrictiva del precepto¹⁴, estimando que “este planteamiento cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa -en el indicado marco de actividades sedentarias- un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida”¹⁵.

Pero es que, desde la perspectiva de las empresas y Administraciones públicas, el trabajo a distancia es un medio de modernizar la organización del trabajo, de abaratar costes de asentamiento y de responder a las necesidades de conciliación de su personal, lo que repercutirá en su implicación en el proyecto empresarial. De igual manera, el trabajo a distancia es fundamental para favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rural¹⁶. Y finalmente, el trabajo a distancia resulta ser un instrumento idóneo para el mantenimiento de la actividad laboral en un contexto de pandemia. Las recomendaciones de las autoridades sanitarias dirigidas a reducir la expansión de la COVID-19 han puesto de manifiesto los beneficios de la modalidad del trabajo no presencial en aquellos puestos en que sea posible, precisamente por su capacidad potencial de reducir la probabilidad de exposición y, consecuentemente, de contagio.

II. LAS FUENTES REGULADORAS

El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, no es más que la necesidad de ocuparse, de una vez por todas, de un ámbito de las relaciones laborales que ya venía interesando al legislador internacional desde hace décadas. Si exceptuamos el Convenio núm. 177 de la OIT, habida cuenta que (como sabemos) nunca ha sido ratificado por el

¹³ Cfr. Art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ Por ejemplo, aquellas superfluas, accidentales o esporádicas.

¹⁵ STS de 30 de enero de 2008 (Rec. núm. 480/2007). En este mismo sentido, véanse SSTS de 23 de abril de 2009 (Rec. núm. 2512/2008), 14 de octubre de 2009 (Rec. núm. 3429/2008), 16 de octubre de 2013 (Rec. núm. 907/2012) y 20 de marzo de 2019 (Rec. núm. 2648/2017).

¹⁶ Al respecto, véanse las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, aprobadas por Consejo de Ministros el 29 de marzo de 2019, localizables en la web del Ministerio de Política Territorial y Función Pública (www.mptfp.gob.es).

Reino de España, resulta que a nivel comunitario el teletrabajo se encontraba ya previsto en el AMET, cuya suscripción tenía por finalidad —dentro de las políticas de flexiseguridad auspiciadas por la Unión Europea— establecer un marco general a desarrollar por las organizaciones miembros de las partes firmantes (CES, UNICE/UEAPME y CEEP). Se trata, sin embargo, de una norma que, al no haber adoptado forma de directiva, sino solo de acuerdo entre agentes sociales europeos, no ha sido traspuesta al derecho español interno, aunque sí asumida por los agentes sociales españoles, más en concreto, fue publicado en su momento como anexo del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003¹⁷, y desde entonces todos los sucesivos acuerdos interconfederales han recordado su contenido como modelo a seguir en la negociación colectiva. Hoy en día, el vigente IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018-2020¹⁸, se remite (en su art. 1º) al III Acuerdo 2015-2017¹⁹, en el que las organizaciones empresariales y sindicales volvieron recordar el contenido del AMET sobre teletrabajo como pauta para su desarrollo²⁰.

Debe insistirse, no obstante, en que esta asunción del AMET por los acuerdos interconfederales no equivale a una transposición en nuestro derecho interno, de manera que no se altera su naturaleza meramente obligatoria con respecto a las partes firmantes, sin que pueda por lo tanto hablarse de eficacia *erga omnes* del mismo. Así lo decidió en su momento el Tribunal Supremo, concluyendo que “el Acuerdo no es aplicable todavía en nuestro ordenamiento, pues su publicación como Anexo del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva no equivale a una recepción en Derecho interno a través de la negociación colectiva, al tener el mencionado Acuerdo Interconfederal sólo una eficacia obligacional para las partes que lo suscriben en orden al respeto de las orientaciones y criterios que han de seguirse en la negociación, y en esta materia las organizaciones empresariales y sindicales firmantes sólo se comprometen «a promover la adaptación y el desarrollo» del Acuerdo Marco Europeo «a la realidad española»”²¹.

Algo parecido sucede con la normativa comunitaria europea. Aunque el teletrabajo facilita las relaciones laborales con componente internacional, ninguna de las normas comunitarias reguladoras de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable a la relación laboral o de la ley aplicable a efectos de Seguridad Social, contempla especificidad alguna relativa al teletrabajo; es más, ni siquiera el TJUE ha analizado todavía la cuestión. Todo el complejo aparato normativo comunitario considera como criterio de conexión, aunque con distinto alcance, el lugar de prestación de los servicios, lo que en algunos casos de teletrabajo es complejo de determinar. Por ejemplo, en el teletrabajo internacional *on line*, es decir, cuando el trabajador realiza su trabajo a través de una conexión a la red de la empresa de tal manera que, aunque realiza materialmente su trabajo en un país determinado, el resultado de ese trabajo se produce en otro país diferente. En general el

¹⁷ BOE de 24 de febrero de 2003.

¹⁸ Aprobado por Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo (BOE de 18 de julio de 2018).

¹⁹ Aprobado por Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo (BOE de 20 de junio de 2015).

²⁰ En concreto, en el apartado 4 de su Capítulo IV, relativo a instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo.

²¹ STS de 11 de abril de 2005 (Rec. núm. 143/2004).

teletrabajo —sea el *on line* o sea el *off line*, es decir el realizado por el trabajador sin conexión a la red de la empresa— permite a las empresas desplazar la producción a países con leyes más favorables que las de la sede de la empresa²², con el consabido riesgo de *dumping social*, tanto intracomunitario²³ como extracomunitario²⁴.

En suma, a nivel estatal el trabajo a distancia, concepto inclusivo del teletrabajo y del trabajo a domicilio, se regula hoy en el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, del trabajo a distancia. Hasta su aprobación el trabajo a distancia se recogía en el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, cuya redacción vigente actualmente se limita (lógicamente) a realizar una remisión a dicho RDL 28/2020. Y es que, hasta la entrada en vigor de la norma sobre el trabajo a distancia²⁵, el Estatuto de los Trabajadores se venía ocupando desde sus inicios del “trabajo a domicilio” (así lo denominaba la norma estatutaria de 1995²⁶), o del que rotulaba en su art. 13 como “trabajo a distancia”, mediante “una regulación de mínimos, casi limitada a proclamar el principio de igualdad entre trabajadores a distancia y presenciales, en especial en determinados ámbitos”²⁷, lo que admitía, y sigue admitiendo, que la regulación legal se complete con lo que decidan los interlocutores sociales plasmado en la normas colectivas que puedan llegar a negociar.

Y así es, en efecto, por cuanto que el propio RDL 28/2020 utiliza su disposición adicional primera (rubricada “el trabajo a distancia en la negociación colectiva”), para abordar la cuestión, aceptando de manera expresa la complementariedad de la normativa paccionada en la materia. Así, en primer lugar, permite a los convenios o acuerdos colectivos “establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren

²² Sobre los problemas que plantean los trabajadores a distancia transnacionales, véase LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., *El contrato de trabajo internacional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2013; y GARCÍA RUBIO, M.A., “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020: concepto y fuentes reguladoras”, en LÓPEZ BALAGUER, M. (dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 57.

²³ Al respecto, véase CARRASCOSA BERMEJO, D. “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado único estado de la cuestión y perspectivas”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, págs. 37 y ss.

²⁴ Al respecto, véase RON LATAS, R.P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., “La integración del trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 211, 2018, págs. 113 y ss., y sobre el concepto véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Dumping social”, en AA.VV., *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 783 y ss.

²⁵ “A los 20 días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de lo establecido en su disposición adicional séptima” (DF 14ª del RDL 28/2020).

²⁶ Así era hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio de 2012), cuyo art. 6 modificó el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, dando nueva rúbrica al precepto, que es justo la que contempla el de 2015.

²⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el Derecho español”, en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L., ed., y VILLALBA SÁNCHEZ, A., coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 42.

necesario regular”²⁸. En segundo término admite que los interlocutores sociales puedan regular, mediante “convenios o acuerdos colectivos..., una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en el presente real decreto-ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión”²⁹.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RDL 28/2020.

1. Ámbito material

El RDL 28/2020 se aplica, según dispone su art. 1, a las relaciones de trabajo en las que concurren las condiciones descritas en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que se desarrollen a distancia con carácter regular, lo cual exige examinar: 1) el concepto de trabajo a distancia, inclusivo del teletrabajo en todas sus modalidades; 2) la exigencia de regularidad en el trabajo a distancia; y 3) la prestación del trabajo por cuenta ajena. De este modo, el trabajo a distancia, de acuerdo con la definición contenida en el art. 2.a) del RDL 28/2020, es una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ella, durante toda su jornada o parte de la misma, con carácter regular³⁰. La definición de trabajo a distancia presenta por ello carácter amplio, al incluir el clásico trabajo a domicilio y el más moderno teletrabajo. En consecuencia, mientras que el tradicional trabajo a domicilio no es más que un trabajo manual característico de la actividad industrial, en cambio, el teletrabajo se desarrolla a distancia mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación³¹.

Partiendo de esa caracterización normativa, los elementos configuradores del teletrabajo se pueden reducir a los tres siguientes: 1) se presta regularmente fuera de los locales de la empresa, aunque se podría realizar en ellos, a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede respecto de un comercial; 2) deben utilizarse de manera principal las tecnologías de la información para la realización del trabajo, no pudiéndose hablar de teletrabajo cuando su utilización es accesorio; y 3) la forma de organización y/o de realización del trabajo se produce en empresas reticulares, que permiten el funcionamiento de personas o equipos autónomos y que se diferencian de la tradicional empresa industrial con organización jerarquizada. De igual manera, prestando atención a esos elementos configuradores, las modalidades de teletrabajo pueden diferenciarse según tres parámetros distintivos. En primer lugar, atendiendo al lugar de prestación de los servicios, esto es, se pueden desarrollar en el domicilio, en centros satélites de la empresa constitutivos de una

²⁸ Apartado 1.

²⁹ Apartado 2.

³⁰ Se contraponen así al trabajo presencial, entendido como “aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa” (Art. 2.c] del RDL 28/2020).

³¹ Art. 2.b) del RDL 28/2020.

unidad descentralizada, en centros de teletrabajo donde prestan servicios teletrabajadores de varias empresas, o en situación de itinerancia de la persona trabajadora. En segundo término, y prestando atención a la comunicación con la red de la empresa, cabe tanto el teletrabajo *off line*³², como el teletrabajo *on line*³³. Por último, atendiendo al tiempo dedicado al teletrabajo, se puede tratar de un teletrabajo a tiempo completo, o de un teletrabajo que se combina con trabajo presencial, siendo aquel el dominante. En cambio, si el teletrabajo no es preponderante, estaríamos ante un trabajo presencial que a veces se presta en teletrabajo, pero que, al no ser este el principal, se sigue considerando trabajo presencial.

Como género en el que englobar la especie del teletrabajo³⁴, el RDL 28/2020 entiende el trabajo a distancia de manera regular siempre que “se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo”³⁵. De acuerdo, pues, con la norma, el trabajador presencial que realice trabajo a distancia sin alcanzar ese umbral sigue rigiéndose por la normativa laboral común. Por su lado, la persona trabajadora a distancia que llegue a esos límites normativos puede ser trabajador a distancia a tiempo completo o a tiempo parcial en el caso de que, alcanzándolos, no realice toda su jornada a distancia.

En cualquier caso, para el legislador la regularidad se debe verificar sobre un referente temporal trimestral, de manera que, dentro de él, el trabajo a distancia se puede distribuir regular o irregularmente, siempre que, en este caso, en promedio trimestral alcance el umbral normativo. Así, dada la existencia de un referente trimestral, una persona trabajadora cuya jornada se sitúe alrededor de dicho umbral, puede ser presencial en un trimestre y trimestral en el siguiente con una pequeña alteración en el tiempo de trabajo presencial o a distancia. Existen, no obstante, limitaciones cuando se trate de contratos celebrados con menores y en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, ya que en tal caso la exigencia de porcentaje de trabajo presencial es superior, pues “solo cabrá acuerdo de trabajo a distancia que garantice, como mínimo, un porcentaje del cincuenta por ciento de prestación de servicios presencial, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica vinculada a estos últimos”³⁶. Esta limitación se justifica, para los contratos de trabajo celebrados con menores, en su vulnerabilidad, las necesidades de formación y descanso, y la especial susceptibilidad a los riesgos vinculados al trabajo a distancia (fatiga física y mental, aislamiento, problemas de seguridad y de acoso

³² Es decir, el trabajador recibe el trabajo, lo hace sin estar conectado con la empresa, y luego lo envía.

³³ Esto es, el trabajador realiza el trabajo en conexión con la empresa mediante una conexión en una sola dirección del empresario al trabajador o del trabajador al empresario (*one way line*), o en las dos direcciones (*two way line*), siendo esta última la modalidad más habitual y la que posibilita una interacción continua entre el empresario y el trabajador.

³⁴ Conviene no olvidar que “el teletrabajo es solo una parte del género que constituye el trabajo a distancia (Purcalla Bonilla y Preciado Doménech, 2013: 486). Así, es posible encontrar trabajo a distancia que no incluya teletrabajo, y de igual modo, existe trabajo con dispositivos tecnológicos que no supone trabajo a distancia” (ÁLVAREZ CUESTA, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, en *Lan Harremanak [Revista de relaciones laborales]*, núm. 43, 2020, pág. 176).

³⁵ Art. 1, párrafo 2º del RDL 28/2020.

³⁶ Art. 3 del RDL 28/2020.

en el trabajo). Respecto de los contratos formativos, se trata de una cautela para garantizar el cumplimiento de su objeto, ya sea la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursado, ya la obtención de cualificación profesional, pero siempre bajo la adecuada supervisión de la empresa. Pese a todo, los convenios y acuerdos colectivos podrán regular un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad³⁷. Esta cláusula de descuelgue se comprende en el sobreentendido de que la negociación colectiva garantiza las finalidades formativas de los contratos de formación. Al no hacerse precisión al ámbito del convenio o acuerdo colectivo, cualquier convenio o acuerdo colectivo puede usar esta facultad.

Sea como fuere, lo cierto es que solo cabrá hablar de trabajo a distancia cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena, de los trabajadores dependientes a los que se refiere el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como de manera rotunda declara el propio art. 1 de la norma sobre el trabajo a distancia: “Las relaciones de trabajo a las que resultará de aplicación el presente real decreto-ley serán aquellas en las que concurran las condiciones descritas en el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, esto es, “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Ahora bien, aunque la persona trabajadora a distancia para serlo por cuenta ajena debe reunir las exigencias de laboralidad de la norma estatutaria, sucede que, a causa de la libertad de ubicación, a veces también la libertad de horario, y en particular cuando se realiza sin conexión con la red empresarial (teletrabajo *offline*), la nota de la dependencia se atenúa notablemente. Por ello, el trabajo a distancia (y más en particular el teletrabajo) puede plantear serias dificultades en orden a delimitar cuál es dependiente y cuál es autónomo.

Como afirmación general, la jurisprudencia insiste en considerar que la dependencia no se desvirtúa por la no presencia física del trabajador en la empresa con sujeción a un horario³⁸, pues las modernas tecnologías de la información han permitido extender el ámbito del trabajo por cuenta ajena al domicilio del trabajador mediante las conexiones informáticas necesarias³⁹. Así lo vienen declarando los tribunales laborales desde hace años, concluyendo que la “libertad para organizar su horario de trabajo ... no resulta determinante de la existencia de la pretendida autonomía en el trabajo que conforma un arrendamiento de servicios, pues ... la dependencia es un concepto relativamente vago, en cuanto debe entenderse en sentido amplio y flexible, y en esta nueva concepción de la dependencia, los indicios tradicionales sujeción a un horario, trabajar en locales del empresario, la exclusividad del trabajo prestado a un único empleador, la posibilidad de rechazar o no los encargos, la continuidad, asiduidad o estabilidad en el trabajo) sirven como criterios orientativos, mas no con carácter determinante y excluyente de la existencia de una relación laboral ..., lo que permite incluir dentro del concepto de relación laboral diversas manifestaciones «atípicas» del trabajo nacidas en fechas más o menos recientes (v. gr., el teletrabajo), en el que no existe presencia física en el círculo rector del empresario, mas no en cuanto a la organización del trabajo, que es, en definitiva, a la que viene referida

³⁷ DA 1ª.2 del RDL 28/2020.

³⁸ Al respecto, véase una añeja STS de 22 de abril de 1996 (Rec. núm. 2613/1995).

³⁹ Cfr. STSJ Asturias de 14 de abril de 2000 (Rec. núm. 51/2000).

la nota de dependencia, y situadas en el ámbito de la llamada «descentralización productiva» o «externalización productiva», así como otras formas tradicionales de trabajo (v.gr., el trabajo a domicilio)⁴⁰.

Lógicamente, ante la incuria normativa, el recurso a la jurisprudencia laboral se torna aquí esencial a la hora de delimitar el concepto legal de trabajador a distancia, que deberá identificarse necesariamente con el ya tradicional de trabajador por cuenta ajena⁴¹, pudiendo hablarse desde hace lustros de trabajadores a distancia dependientes, por ejemplo, en los siguientes supuestos: 1) Un matrimonio dedicado a la maquetación de revistas en su domicilio a través de correo electrónico e internet cuando se encuentran presentes virtualmente en la empresa por una comunicación continua, pudiendo ésta controlar el trabajo, dar instrucciones, recibir al instante el fruto del mismo, dirigirlo y modificarlo⁴²; 2) una colaboradora periodística a la que la empresa delimitaba sus tareas, le entregaba los medios materiales y cubría los desplazamientos⁴³; 3) un trabajador que, sin sujeción a horario y en su propio domicilio, realiza mediante instalación informática las operaciones propias de una sucursal bancaria⁴⁴; y 4) una trabajadora de la universidad que era presencial con contrato de trabajo y que, extinguido este formalmente, siguió realizando el mismo trabajo desde su propio domicilio, disponiendo al efecto de conexión remota al ordenador de la universidad, desvío de llamadas y acceso al portafirmas para envío de documentos⁴⁵.

2. Ámbito temporal

Las disposiciones transitorias del RDL 28/2020 no establecen expresamente su aplicación a las relaciones de trabajo vigentes a la fecha de su entrada en vigor —a los 20 días de su publicación en el BOE⁴⁶—, pero en la medida en que incorporan tres excepciones a la misma, debemos entender que la ausencia de transitoriedad se configura como regla general en la norma, si bien con un plazo de gracia de tres meses para efectuar las adaptaciones o modificaciones de los vigentes acuerdos de trabajo a distancia de carácter individual⁴⁷.

La primera de esas tres excepciones a la regla general (que sustituyen la aplicación inmediata del RDL 28/2020 por una gradual y progresiva) aparece en la disposición transitoria primera de la norma, con relación a las relaciones de trabajo a distancia vigentes que estuvieran reguladas con anterioridad a su publicación por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, en cuyo caso el RDL 28/2020 se les aplicará desde el momento en el que estos pierdan su vigencia. En caso de

⁴⁰ STSJ Cataluña de 21 de diciembre de 2004 (Rec. núm. 7610/2004).

⁴¹ Atendiendo a la jurisprudencia, se considera teletrabajador autónomo, por ejemplo, al tutor de un programa de educación no reglada, que contesta en 48 horas los mensajes de los alumnos, usando su equipo informático, sin sujeción a vigilancia, ni a jornada y sin exclusividad, y siendo retribuido en función al tiempo de la conexión (cfr. STSJ Madrid de 8 de marzo de 2002 [Rec. núm. 4891/2001]).

⁴² Cfr. STSJ Madrid de 30 de septiembre de 1999 (Rec. núm. 2938/1999).

⁴³ Cfr. STSJ Asturias de 16 de marzo de 2001 (Rec. núm. 2158/2000).

⁴⁴ Cfr. STSJ Extremadura de 16 de febrero de 2006 (Rec. núm. 795/2005).

⁴⁵ Cfr. STSJ Canarias (Las Palmas) de 17 de octubre de 2017 (Rec. núm. 1099/2017).

⁴⁶ Cfr. disposición final 14ª del RDL 28/2020.

⁴⁷ Cfr. disposición transitoria 1ª del RDL 28/2020.

que dichos convenios o acuerdos no prevean un plazo de duración, el RDL 28/2020 resultará de aplicación íntegramente una vez transcurrido un año desde su publicación en el BOE, salvo que las partes firmantes de estos acuerden expresamente un plazo superior, con un máximo de tres años. En ningún caso la aplicación del RDL 28/2020 podrá tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas que prestasen previamente sus servicios a distancia, a reflejar en el acuerdo de trabajo a distancia. Además, el acuerdo de trabajo a distancia deberá formalizarse en el plazo de tres meses desde que la presente norma resulte de aplicación a la relación laboral concreta, lo que supone conceder aquí el plazo de gracia de tres meses desde el momento en que pierdan vigencia los convenios o acuerdos a que la norma se refiere.

En segundo término, según dispone la disposición transitoria 2ª del RDL 28/2020, cuando se trate de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, se estará a su normativa específica, y mientras esta no se apruebe, se mantendrá en vigor para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción anterior al RDL 28/2020. Y por último, la disposición transitoria tercera entiende que al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del art. 5 del RDL 8/2020, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria (lo que se entiende en el sentido de que le seguirá siendo aplicable el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores vigente antes del RDL 28/2020, y, en lo no previsto en el mismo, en la normativa laboral ordinaria vigente antes del RDL 28/2020). En todo caso, las empresas estarán obligadas a dotar a sus trabajadores de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario. En su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados.

IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA REGULACIÓN

1. Igualdad y condiciones de empleo

Si de algo se preocupa realmente el RDL 28/2020 es de concretar una serie de principios generales de regulación, siendo el primero de ellos el relativo a la igualdad en las condiciones de empleo. Así, según dispone su art. 4.1, “las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa”. A la vista de la letra de la norma, la igualdad se concibe sobre un módulo comparativo hipotético, tal y como demuestra, de un lado, la completa ausencia en el enunciado de un módulo comparativo real, y, de otro lado, la utilización de la expresión “hubieran ostentado”, precisamente en sentido hipotético. Y así viene a confirmarlo su exposición de motivos, cuando asegura que “las personas que desarrollan trabajo a distancia se beneficiarán de los mismos derechos que los garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a las personas comparables que trabajen o, de existir, trabajasen, en los locales de la empresa”.

Con todo, este entendimiento del principio de igualdad sustentado en un módulo comparativo hipotético que va más allá del real es muy oportuno por varias razones. La primera, y más evidente, es que el módulo comparativo real puede que ni siquiera exista, especialmente si toda la plantilla de la empresa teletrabaja; o incluso puede resultar prácticamente imposible de identificar de modo preciso si no hay personas trabajadoras presenciales del mismo grupo o categoría profesional de quienes teletrabajan. En esas situaciones el módulo comparativo hipotético facilita una comparación en otro caso difícil o imposible de apreciar en términos comparativos reales. La segunda, por su parte, exige prestar atención al hecho de que gran parte de la normativa social está pensada sobre un modelo presencialista, en el cual la empresa controla la organización de la actividad y el lugar de trabajo, mientras que en el teletrabajo es la persona teletrabajadora la que se autoorganiza y el lugar de trabajo puede estar afectado por el derecho a la privacidad, lo que obliga a la modulación de las normas generales de la relación laboral a las particularidades del trabajo a distancia con la finalidad de que quienes trabajen a distancia tengan los mismos derechos que si trabajasen en presencia. Y ello, lógicamente, solo cabe hacerlo utilizando un comparativo hipotético.

Con todo, cabe preguntarse hasta dónde llega esta aplicación de la igualdad. El art. 4.1 hace la salvedad de “aquellos derechos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial”. A estos derechos no tendrá acceso quien teletrabaja. Pero debemos tener en cuenta que nos encontramos ante una salvedad a la norma general, de ahí la necesidad de su aplicación estricta, en particular en el ámbito de las cuestiones retributivas: la empresa no puede inaplicar a las personas teletrabajadoras determinados conceptos retributivos que percibirían si trabajaran de manera presencial. Y, para evitar dudas, así se ha plasmado en otra de las previsiones del mismo art. 4.1: “las personas que desarrollan total o parcialmente trabajo a distancia tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones, así como los complementos establecidos para las personas trabajadoras que solo prestan servicios de forma presencial, particularmente aquellos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo”⁴⁸.

El otro lado de la moneda del enunciado general del principio de igualdad de trato del art. 4 (párrafo 1º), se encuentra en ese mismo art. 4 (en el mismo párrafo 1º): “las personas que desarrollan trabajo a distancia ... no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional”. La norma está presuponiendo una movilidad de la persona trabajadora del trabajo presencial al teletrabajo, y en ese escenario de movilidad es cuando resulta aplicable la garantía de indemnidad. De este modo, el precepto es el complemento necesario a lo establecido, en orden a reconocer el principio de voluntariedad (el otro principio basilar de la regulación del teletrabajo), en su inmediato consecuente, el art. 5 del RDL 28/2020, según el cual el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora, sin que pueda ser impuesto en aplicación del art. 41 del

⁴⁸ Cfr. art. 4.1, párrafo 2º, del RDL 38/2020. A efectos retributivos, es relevante la precisión del AMET, acerca de que la carga de trabajo y los criterios de resultados han de ser equivalentes a los de los trabajadores comparables en los locales de la empresa (cfr. Su apartado 9).

Estatuto de los Trabajadores, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva. Con lo cual, la persona trabajadora podrá negarse al teletrabajo, o podrá aceptarlo —o en su caso reclamarlo—, si ello se le reconoce en la legislación o en la negociación colectiva, en estos dos últimos casos (aceptarlo o reclamarlo) sin que ello pueda suponer perjuicio alguno.

¿Qué consecuencia jurídica se asociaría al incumplimiento de esta garantía de indemnidad? Se trata de una cuestión de calado, pues nos obliga a plantearnos si los perjuicios sufridos por la persona trabajadora tendrían alcance constitucional, o simplemente legal; o, dicho de otro modo, si estamos ante una nueva causa de discriminación en el empleo amparada por la cláusula general del art. 14 de la Constitución Española. El art. 4 del RDL 28/2020 no ha podido ser al respecto más comedido. En sus apartados 1 y 2 no utiliza en ningún momento ni la palabra igualdad ni el término discriminación, sino que, en vez de igualdad, se habla de “mismos derechos”, y, en lugar de referirse a la discriminación, se afirma que los trabajadores “no podrán sufrir perjuicio”; lo que contrasta con el apartado 3 donde si se dice que “las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia”, sin aclarar si la discriminación a que se alude en este apartado 3 incluye el incumplimiento de la obligación empresarial de reconocer los “mismos derechos” y de la prohibición de “no podrán sufrir perjuicio”. Acaso también sea injusto exigirle a un Real Decreto ley (que, como se sabe, no puede invadir materias de ley orgánica) que se pronuncie sobre la interpretación del art. 14 de la CE: es más lógico dejar la cuestión al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.

Otra aplicación específica de la garantía de indemnidad asimismo la encontramos en el art. 4 (ahora en su párrafo 2º): “las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo”⁴⁹. Se trata, en cualquier caso, de la mera traslación de lo dispuesto en el art. 30 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁰, acerca de la imposibilidad de la prestación, al ámbito concreto del teletrabajo.

La prohibición de discriminación, como no podía ser de otro modo, también se encuentra presente en el articulado de la norma. Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia⁵¹. La referencia a la discriminación por razón de sexo es especialmente relevante dada la feminización del trabajo a distancia, y de ahí la obligación de las empresas a tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia y del teletrabajo: 1) En el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y

⁴⁹ Art. 4.2 del RDL 28/2020.

⁵⁰ “Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”.

⁵¹ Cfr. art. 4.3 del RDL 28/2020.

evaluación de medidas y planes de igualdad⁵²; 2) en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral⁵³; y 3) en la elaboración de medidas, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, para la protección de las víctimas de violencia de género, dadas las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas⁵⁴.

Por último, las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada al que se refiere el art. 34.8 del ET, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar⁵⁵. Y es que, de acuerdo con la norma estatutaria, “las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, que deberán “ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”⁵⁶.

2. Voluntariedad y acceso al teletrabajo.

El trabajo a distancia será voluntario para ambas partes, y requerirá su firma en el acuerdo de trabajo a distancia que hoy se regula en el RDL 28/2020⁵⁷, el cual podrá formar parte del contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior, sin que pueda ser impuesto en aplicación del art. 41 del ET⁵⁸, esto es, mediante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, “todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva”⁵⁹. Se trata, no obstante, de una previsión nada novedosa, por cuanto que el Tribunal Supremo ya venía sosteniendo desde hace años que en estas ocasiones “hay un cambio parcial del régimen contractual, pues al menos una parte de la actividad laboral va a realizarse «a domicilio» y sin vigilancia del empresario. Y este cambio excede del ámbito de las modificaciones del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, porque este precepto se refiere a las modificaciones

⁵² Cfr. art. 4.3, párrafo 2º del RDL 28/2020.

⁵³ Cfr. art. 4.4 del RDL 28/2020.

⁵⁴ Cfr. art. 4.4, párrafo 2º del RDL 28/2020.

⁵⁵ Cfr. art. 4.5 del RDL 28/2020.

⁵⁶ Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, J.F., “Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 70, 2020, págs. 13 y ss.

⁵⁷ Conviene, no obstante, detenerse brevemente en el necesario requisito de la voluntariedad, porque, sin duda, si se obvia el consentimiento del trabajador, imponiéndose el trabajo a distancia sin su aquiescencia, ello supondrá un incumplimiento grave de una obligación de origen legal que justifica, por sí sola, la extinción del contrato de trabajo por causa justificada; es decir, que el trabajador podrá acudir a la figura extintiva recogida en el art. 50 del ET.

⁵⁸ De igual manera, “la negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial y las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia, no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (art. 5.2 del RDL 28/2020).

⁵⁹ Art. 5.1 del RDL 28/2020.

sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual”⁶⁰.

La expresión legal “todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva” supone respetar aquellas normas (incluidas las paccionadas) que conceden a la persona trabajadora el derecho a trabajar a distancia, como son las siguientes: 1) La persona trabajadora tiene derecho a acceder al trabajo a distancia, si tal es el régimen instaurado en la empresa, y el puesto o funciones son compatibles con esta forma de realización del trabajo, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de título académico u oficial⁶¹; 2) la persona trabajadora tiene derecho a solicitar el trabajo a distancia para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral⁶²; y 3) las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona⁶³.

No conviene perder de vista, sin embargo, que para el RDL 28/2020, el principio de voluntariedad debe complementarse necesariamente con la posibilidad de reversión, pues la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora⁶⁴. El ejercicio de la reversibilidad se hará en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia⁶⁵. Obviamente, la reversibilidad solo se reconoce a quienes, antes de trabajar a distancia, lo hicieron presencialmente. Si una persona solo ha trabajado a distancia desde el inicio de su relación laboral, su derecho a acceder a un trabajo presencial se concreta en la prioridad para ocupar puestos vacantes⁶⁶.

Por último, resaltar que el procedimiento para las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia se regirá por una modalidad procesal especial introducida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por la disposición final 2º.2 del RDL 28/2020, que presenta las siguientes particularidades: 1ª) “La persona trabajadora dispondrá de un plazo de veinte días hábiles, a partir de que la empresa le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por la persona trabajadora, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social”⁶⁷; 2ª) el órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen, y versará sobre

⁶⁰ STS de 11 de abril de 2005 (Rec. núm. 143/2004).

⁶¹ Cfr. art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

⁶² Cfr. art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶³ Cfr. art. 37.8 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁴ Cfr. art. 5.3 del RDL 28/2020. Esto es, “parece que se reconoce a empresa y persona trabajadora el derecho a romper el acuerdo de trabajo a distancia dejándolo sin efecto” (LÓPEZ BALAGUER, M., “Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia”, en LÓPEZ BALAGUER, M. [dir.], *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 96).

⁶⁵ Cfr. art. 5.3 del RDL 28/2020.

⁶⁶ Cfr. art. 8.2. del RDL 28/2020.

⁶⁷ Art. 138 bis.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

la negativa o la disconformidad comunicada por la empresa respecto de la propuesta realizada por la persona trabajadora y demás circunstancias concurrentes⁶⁸; 3ª) el procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente⁶⁹; 4ª) el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda, la sentencia se dictará en el plazo de tres días, y contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento será ejecutivo desde que se dicte la sentencia⁷⁰; y 5ª) cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139 de la norma adjetiva laboral⁷¹.

V. EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

Tal y como hemos observado hace un momento, el trabajo a distancia, además de consensual, precisa la firma de un acuerdo *ad hoc*, denominado “acuerdo de trabajo a distancia”, del que se ocupa la sección 2ª del Capítulo II del RDL 28/2020. La primera precisión legal al respecto es que el acuerdo deberá formalizarse necesariamente por escrito⁷². A falta de modelo oficial, se admite su suscripción tanto en el propio contrato de trabajo, o incluso como documento anexo al mismo, y en cualquier momento de la relación de trabajo, de tal manera que nada impide su articulación cuando el trabajador se encuentre ya prestando servicios en el seno de la empresa. En cualquier caso, “deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia”⁷³. De ese acuerdo, así como de sus actualizaciones, la empresa deberá entregar una copia básica⁷⁴ a la representación legal de los trabajadores en un plazo no superior a diez días desde su formalización, que la firmarán

⁶⁸ Cfr. art. 138 bis.1.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁶⁹ Cfr. art. 138 bis.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁷⁰ Cfr. art. 138 bis.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁷¹ Cfr. art. 138 bis.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁷² Cfr. art. 6.1 del RDL 28/2020. Pese a todo, entendemos que, en caso de incumplimiento de la forma escrita, la realización de trabajo a distancia no puede privar a la persona trabajadora de los derechos que le correspondan por la realización del trabajo a distancia. Pero al mismo tiempo mantendrá su condición de trabajador presencial con la posibilidad de reclamar todos los derechos consiguientes.

⁷³ Art. 6.1 del RDL 28/2020. En este sentido, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social considera infracción administrativa grave “no formalizar por escrito el contrato de trabajo, cuando este requisito sea exigible o lo haya solicitado la persona trabajadora, o no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos” (art. 7.1).

⁷⁴ Esto es, “excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores. El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos” (art. 6.2 del RDL 28/2020). El contenido de la copia básica se corresponde con la prevista en el art. 8.4 del Estatuto de los Trabajadores, con lo cual su contenido coincidirá con el del acuerdo de trabajo a distancia excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal (lo que necesariamente incluye el número del documento nacional de identidad o el número de identidad del extranjero, el domicilio, y el estado civil). El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos.

a efectos de acreditar que se ha producido la entrega⁷⁵. Posteriormente, dicha copia se enviará a la oficina de empleo⁷⁶. Cuando no exista representación legal de las personas trabajadoras también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo⁷⁷.

Por lo que se refiere al contenido del acuerdo, el art. 7 del RDL 28/2020 instituye un “contenido mínimo obligatorio”, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivo colectivos —que, por ello mismo, solo podrán ampliar el contenido mínimo obligatorio o, en su caso, realizar las concreciones permitidas en la regulación legal—, que sería el siguiente: a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos; b) enumeración de los gastos, que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación; c) horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; d) porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; e) centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial⁷⁸; f) lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia; g) duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso; h) medios de control empresarial de la actividad; i) procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia; j) instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación de personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; k) instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; y l) duración del acuerdo de trabajo a distancia.

El acuerdo de trabajo a distancia no resulta inmutable, puede ser modificado, pero para ello hace falta atender a lo dispuesto en el art. 8 del RDL 28/2020. Así, “la modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido

⁷⁵ Cfr. art. 6.2, párrafo 2º, del RDL 28/2020.

⁷⁶ Cfr. art. 6.2, párrafo 3º, del RDL 28/2020. Con todo, “es de advertir que este método de control, configurado como un derecho de los representantes de los trabajadores, no repara en su probable ausencia en multitud de empresas, como acontece en aquéllas que cuenten con diez o menos trabajadores, a no ser que al tener entre seis y diez se decida nombrar por mayoría un delegado de personal (art. 62.1 ET). Por ello, se ha reforzado añadiendo el deber de enviar la copia básica del acuerdo a la oficina de empleo, incluso cuando no exista representación legal (art. 6.2 RDLTD)” (VILLALBA SÁNCHEZ, A., “El acuerdo de trabajo a distancia y el retorno de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de la relación de trabajo”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. [dirs.], *Puntos críticos en relación al teletrabajo [tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre]*, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 60).

⁷⁷ Cfr. art. 6.2, párrafo 3º, del RDL 28/2020.

⁷⁸ “Si la empresa es una empresa virtual, donde no exista un centro de trabajo en sentido tradicional, habrá que atenderse a un dato formal como es el alta del empresario ante la autoridad laboral” (CAÑADAS SÁNCHEZ, F.J., *Teletrabajo: Revisión teórica y análisis jurídico-laboral*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017, pág. 178, localizable en <https://digibug.ugr.es>).

el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación”⁷⁹. Esta modificación deberá, además, ser “puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras”⁸⁰. Entendemos, no obstante, que, a falta de precisión en la norma, esa puesta en conocimiento deberá hacerse en los mismos términos establecidos para la entrega de la copia básica a la representación legal de las personas trabajadoras, si la hubiere, y, en todo caso, a la oficina de empleo.

Por lo que se refiere, en fin, a la reversibilidad del acuerdo, el RDL 28/2020 contempla dos derechos preferentes de la persona trabajadora para favorecer su movilidad entre el trabajo presencial y a distancia. En primer lugar, las personas que realizan trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada tendrán prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial⁸¹. A estos efectos, la empresa informará a estas personas que trabajan a distancia y a la representación legal de las personas trabajadoras de los puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan⁸².

De esa previsión normativa se pueden resaltar distintos aspectos: 1) El derecho se reconoce a favor solo de las personas trabajadoras a distancia que lo sean a tiempo completo desde el principio de la relación laboral, por lo que, al no hacer distinción la norma, se puede entender que se reconoce también a los trabajadores temporales; 2) las vacantes presenciales se pueden haber producido en cualquiera de los centros de trabajo de la empresa, si esta tuviera varios; 3) el contenido del derecho de la persona trabajadora a distancia es doble, por un lado, a ser informado de las vacantes presenciales de manera directa, sin perjuicio de que también se deba notificar a la representación legal de las personas trabajadoras, y por el otro, prioridad de ocupación de la vacante presencial, lo que, interpretado literalmente, supone una mayor exigencia para la empresa frente a la establecida en otras normas de movilidad entre distintas modalidades de contratación donde solo se exige que el empresario tome en cuenta las peticiones de su personal en la medida de lo posible; 4) de llevarse a cabo la cobertura de la vacante presencial, la norma no contempla una exención de la regla de formalización escrita con carácter previo a la aplicación, con lo cual deberán cumplirse las exigencias formales previstas para la modificación; 5) se trata de derechos completamente regulados, con lo cual no precisan de la intermediación de la negociación colectiva para poder reclamar su efectividad a la empresa, ni tampoco del acuerdo entre las partes, aunque obviamente la negociación colectiva puede establecer mejoras a la regulación legal, e igualmente las partes pueden pactar condiciones laborales siempre que se respeten los mínimos legales; y 6) de incumplir el empresario la obligación de información de los puestos de trabajo presenciales vacantes, incurre en una infracción leve⁸³.

⁷⁹ Art. 8.1 del RDL 28/2020.

⁸⁰ Art. 8.1 del RDL 28/2020.

⁸¹ Art. 8.2 del RDL 28/2020.

⁸² Art. 8.2 del RDL 28/2020.

⁸³ Y así lo dispone el art. 6.5 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, conforme al cual constituyen infracciones leves en materia de relaciones laborales “no informar a los trabajadores a tiempo parcial, a los trabajadores a distancia y a los trabajadores con contratos de duración determinada o temporales

En segundo término, el art. 8.3 del RDL 28/2020 permite a los convenios o acuerdos colectivos establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como, entre otras, las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con discapacidad o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad, o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la propia norma. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa.

VI. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A DISTANCIA

1. Derecho a la carrera profesional

El Capítulo III del RDL 28/2020 es el dirigido a regular todo lo relativo a los derechos de las personas trabajadoras a distancia, y el primero de esos derechos no es otro que el derecho a la promoción y formación profesional a los que se refiere, como derechos laborales básicos, el art. 4.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, y que para la sección primera de ese Capítulo III merece el título de “derecho a la carrera profesional”. En atención a ello, la norma impone a la empresa “adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación efectiva en las acciones formativas de las personas que trabajan a distancia, en términos equivalentes a las de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa, debiendo atender el desarrollo de estas acciones, en lo posible, a las características de su prestación de servicios a distancia”⁸⁴. De igual manera, se exige a las empresas “garantizar a las personas que trabajan a distancia la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad tanto al momento de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas”⁸⁵. Y por último, sobre el derecho a la promoción profesional, se indica que “las personas que trabajan a distancia tendrán derecho, en los mismos términos que las que prestan servicios de forma presencial, a la promoción profesional, debiendo la empresa informar a aquellas, de manera expresa y por escrito, de las posibilidades de ascenso que se produzcan, ya se trate de puestos de desarrollo presencial o a distancia”⁸⁶.

2. Dotación y mantenimiento de medios y abono y compensación de gastos

Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios

sobre las vacantes existentes en la empresa, en los términos previstos en los artículos 12.4, 13.3 y 15.7 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁸⁴ Art. 9.1 del RDL 28/2020.

⁸⁵ Art. 9.2 del RDL 28/2020. Aunque la norma española calla sobre la cuestión, el AMET llama la atención sobre la circunstancia de que el supervisor de teletrabajadores y sus colegas directos pueden también necesitar formación adecuada para esta forma de trabajo y su gestión (cfr. Su apartado 10).

⁸⁶ Art. 10 del RDL 28/2020.

para el desarrollo de la actividad, de conformidad, con el inventario de obligada incorporación al acuerdo de trabajo a distancia⁸⁷. Se trata, empero, de un derecho que, según la norma, debe atender, a “los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo de aplicación”⁸⁸. Sin embargo, el RDL 28/2020 no hace referencia alguna a la negociación colectiva cuando exige al empresario garantizar “la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo”⁸⁹. Por su parte, el AMET precisa que el empresario asumirá la responsabilidad, conforme a la legislación nacional y a los convenios colectivos, de los costes ligados a pérdida o desperfectos de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador, mientras que el teletrabajador debe cuidar los equipos, y no recoger ni comunicar material ilícito vía internet, obligaciones ambas deducibles de las reglas de buena fe⁹⁰. En este mismo orden de cosas, el art. 12.1 del RDL 28/2020 establece que el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. Precisa la norma, no obstante, que por medio de convenio colectivo o de acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras podrá establecerse el mecanismo para la determinación y compensación o abono de estos gastos⁹¹.

El alcance del derecho al abono y compensación de gastos ha sido una de las cuestiones más problemáticas en el proceso de elaboración del RDL 28/2020. Para interpretar ese alcance es oportuno el cotejo de la redacción finalmente vigente con la que tenía el texto inicialmente elaborado por el Ministerio de Trabajo. Según ese texto primigenio, bajo el epígrafe “el derecho a la compensación total de gastos”, se establecía, en su apartado 1, que “el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado en su totalidad por la empresa, y no podrá suponer, en ningún caso, la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos, directos o indirectos, relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral”, y en su apartado 2, que “por medio de convenio colectivo o de acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras podrá establecerse el mecanismo para la determinación de estos gastos, que podrá consistir en complementos específicos que, en todo caso, deberán garantizar la completa compensación de aquellos”. Una simple comparativa entre la redacción de la norma inicialmente proyectada y la finalmente aprobada permite concluir los términos más contundentes de aquella (compensación total; sufragado en su totalidad; gastos directos e indirectos; garantizar la completa compensación de los gastos), frente a los más suaves de esta (se elimina el adjetivo total; parece que basta con sufragar sin llegar a compensar; se elimina la referencia a gastos indirectos; se elimina la garantía de la completa compensación de gastos). Con estos mimbres, serán los tribunales laborales los que acabarán teniendo la decisión de hasta dónde alcanza este derecho.

3. Derechos con repercusión en el tiempo de trabajo

⁸⁷ Cfr. art. 11.1 del RDL 28/2020.

⁸⁸ Art. 11.1 del RDL 28/2020.

⁸⁹ Art. 11.2 del RDL 28/2020.

⁹⁰ Cfr. Su apartado 7.

⁹¹ Cfr. art. 12.2 del RDL 28/2020.

La regulación de la jornada de trabajo (que la norma califica como “derechos con repercusión en el tiempo de trabajo”⁹²) se sujeta al principio de igualdad, aunque concediendo a la persona trabajadora a distancia derecho a un horario flexible. Dada la sujeción de la jornada de trabajo al principio de igualdad, se deberá respetar la regulación legal y convencional sobre limitación de jornada y descansos, lo que incluye la sumisión del trabajo a distancia al sistema de registro horario que se regula en el Estatuto de los Trabajadores en su art. 34.9, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, el cual deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada⁹³.

De todas maneras, la ausencia de implementación de un sistema de registro horario no puede ir en contra del trabajador, quien, a pesar de su ausencia, mantiene el derecho a la remuneración de las horas extraordinarias. Solamente sería posible desestimar un reclamo de tal remuneración si, implementadas esas pautas e instrumentos de control, la conducta del trabajador en el interior de su domicilio vulnerase dichas pautas y omitiese los instrumentos de control⁹⁴. En cualquier caso, la norma advierte que “de conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, y respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido”⁹⁵. Ahora bien, la carga de trabajo debe ser equivalente a los de los trabajadores comparables en los locales de la empresa.

4. Derecho a la prevención de riesgos laborales

La sección 4ª del Capítulo III del RDL 28/2020 es la que se ocupa del delicado tema de la prevención de riesgos laborales. La norma, sin embargo, dedica únicamente dos preceptos al tema de la seguridad y salud en el trabajo. El primero de ellos no es más que una obviedad: “Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo”⁹⁶; y lo es porque así lo viene disponiendo desde hace años esa misma norma

⁹² Sección 3ª del Capítulo III.

⁹³ Cfr. art. 14 del RDL 28/2020.

⁹⁴ “Solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control no puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegaldad en el trabajo a distancia y en el domicilio” (STSJ Castilla-León [Valladolid] de 3 de febrero de 2016 [Rec. núm. 2229/2015]).

⁹⁵ Art. 13 del RDL 28/2020.

⁹⁶ Art. 15 del RDL 28/2020. “Es una norma casi literalmente idéntica a la que, antes del RDL 28/2020, se contenía en el artículo 13.4 del ET (su cambio de redacción más llamativo es sustituir «los trabajadores a distancia» por «las personas que trabajen a distancia»). Y a su vez ambas normas, la vigente y la derogada, son un trasunto en una clave interna de lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de

preventiva, al incluir dentro de su ámbito de aplicación “las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”⁹⁷. Lógicamente, si hablamos de la Ley 31/1995, lo mismo podemos hacerlo de su normativa de desarrollo, igualmente aplicable al trabajo a distancia, en particular, a las personas teletrabajadoras⁹⁸, a las que se les aplican las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos con pantallas de visualización, contenida en el RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización⁹⁹.

En cualquier caso, habida cuenta las particularidades del trabajo a distancia, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos¹⁰⁰. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada¹⁰¹. Además, la evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia¹⁰².

A nuestro entender, los riesgos más característicos (y las medidas preventivas adecuadas) asociados al teletrabajo serían los siguientes: 1) Los trastornos músculo-esqueléticos derivados de las posturas incorrectas, el mantenimiento prolongado de posturas estáticas ante la pantalla del ordenador y los movimientos repetitivos, debiendo adoptarse como medidas preventivas un correcto diseño ergonómico del puesto de trabajo, teniendo en cuenta la mesa o superficie de trabajo, la silla, el teclado, un atril y un reposapiés; 2) la fatiga visual con lagrimeo, pesadez de párpados, escozor ocular, aumento del parpadeo, visión borrosa, o cefaleas, siendo medidas preventivas la adecuada iluminación, evitar reflejos y deslumbramientos, la calidad de la pantalla del ordenador, o evitar una incorrecta ubicación del equipo informático y accesorios; 3) los riesgos psicosociales y carga mental asociados a la teleactividad, normalmente trabajando en casa y en soledad, a veces con difusa frontera con el ámbito familiar, lo que exige medidas

julio de 2002 (reformado en 2009) que, en su cláusula 8ª, establece lo siguiente: «salud y seguridad: el empresario es responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesionales del teletrabajador conforme a la directiva 89/391, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes» (LOUSADA AROCHENA, J.F., “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. [dirs.], *Puntos críticos en relación al teletrabajo [tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre]*, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 65).

⁹⁷ Art. 3.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

⁹⁸ “Igualdad entendida (artículo 4.1 del RDL 28/2020) como atribución a las personas trabajadoras a distancia de los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, sin que puedan sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales” (LOUSADA AROCHENA, J.F., “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. [dirs.], *Puntos críticos en relación al teletrabajo [tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre]*, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 63).

⁹⁹ BOE de 22 de abril de 1997.

¹⁰⁰ Cfr. art. 16.1, párrafo 1º, del RDL 28/2020.

¹⁰¹ Cfr. art. 16.1, párrafo 1º, del RDL 28/2020.

¹⁰² Cfr. art. 16.1, párrafo 2º, del RDL 28/2020.

preventivas tales como la flexibilidad horaria, establecer un descanso donde primen pausas cortas y frecuentes frente a las largas y espaciadas, prefijar una serie de reuniones entre el teletrabajador y los componentes de la empresa para evitar el aislamiento producido, o medidas para la separación del ámbito familiar del laboral; 4) los riesgos derivados de la inexistencia en el domicilio de las medidas de prevención exigibles en un lugar de trabajo, por lo que deberían adoptarse como medidas preventivas la habilitación de un espacio suficiente para los equipos y materiales de trabajo, evitar caídas y golpes, mantenimiento de correcta temperatura, ventilación; y 5) el acoso y violencia en el trabajo, que en el teletrabajo presenta matices diferenciales muy acusados, ya que el acoso laboral no es habitualmente presencial sino que es más habitualmente un ciberacoso, por lo que se debe prestar una especial atención a los riesgos derivados de la violencia de género en el entorno doméstico pues es también el entorno laboral¹⁰³.

Como es lógico, las labores de prevención y de inspección deben tener presente el derecho a la intimidad domiciliaria. Por ello, el RDL 28/2020 extrema las precauciones, indicando que “la empresa deberá obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso”¹⁰⁴. Por eso, cuando la obtención de dicha información exigiera la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar en el que, conforme a lo recogido en el acuerdo de trabajo a distancia, este se desarrolla, deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a los delegados de prevención¹⁰⁵. La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o el de una tercera persona física¹⁰⁶. De no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención¹⁰⁷.

Téngase en cuenta, por último, que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede acceder al lugar del teletrabajo, y si es el domicilio del trabajador deberá recabar su expreso consentimiento o, a falta de este, autorización judicial, tal y como establece el art. 76.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, la Administración laboral, en el ejercicio de sus funciones, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial, si el titular se opusiere o existiese riesgo de tal oposición, en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier

¹⁰³ Acerca de la prevención del acoso y la violencia de género en el trabajo a distancia, véase ampliamente LOUSADA AROCHENA, J.F., “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 72 y ss.

¹⁰⁴ Art. 16.2, párrafo 1º, del RDL 28/2020.

¹⁰⁵ Art. 16.2, párrafo 2º, del RDL 28/2020.

¹⁰⁶ Art. 16.2, párrafo 3º, del RDL 28/2020.

¹⁰⁷ Art. 16.2, párrafo 4º, del RDL 28/2020.

otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales o libertades públicas”.

5. Derechos relacionados con el uso de medios digitales

Los derechos relacionados con el uso de medios digitales a los que se refiere la sección 5ª del Capítulo III del RDL 28/2020 se concretan en los tres siguientes: 1) Derecho a la intimidad; 2) derecho a la protección de datos; y 3) derecho a la desconexión digital. Con relación a los dos primeros, el art. 17.1 de la norma previene que “la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados” .

Por aplicación de la Ley Orgánica 3/2018, el responsable del tratamiento de datos será la empresa¹⁰⁸, lo que asimismo se derivaría del AMET, ya que, según su apartado 5, “el empresario es responsable de tomar las medidas que se imponen, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales”. Según ese mismo AMET, es obligación del empresario informar al teletrabajador: 1) De toda legislación o normativa de la empresa referente a la protección de datos, siendo de responsabilidad del teletrabajador el cumplimiento de estas normas; y 2) sobre cualquier limitación en la utilización del equipo o de herramientas informáticas tales como internet, y sobre las sanciones en caso de incumplimiento.

Se trata, no obstante, de un complejo cuerpo normativo que debe ser complementado con la doctrina judicial sobre el particular; doctrina judicial que viene distinguiendo desde hace años entre intromisiones legítimas e ilegítimas del empresario en los derechos de los trabajadores. Así, según constante jurisprudencia social, se vienen considerando como intromisiones ilegítimas: 1) El acceso del empresario o de sus delegados al domicilio sin consentimiento del trabajador, y, en todo caso, un eventual control telemático se ha de ajustar al principio de proporcionalidad¹⁰⁹; 2) la cláusula contractual que obliga a facilitar a la empresa el teléfono móvil y la dirección de correo electrónico para el envío de mensajes de texto y documentos¹¹⁰; y 3) una medida empresarial unilateral de instalar sistemas de geolocalización a los trabajadores, en los casos en que se ha prescindido de proporcionar la información suficiente a la representación legal de los trabajadores y que resulte desproporcionada dicha medida de control¹¹¹. En cambio, no se ha considerado intromisión ilegítima, por ejemplo, la cláusula sobre cesión de imagen tomada con una cámara web de

¹⁰⁸ Cfr. arts. 19 y ss. de la Ley Orgánica 3/2018.

¹⁰⁹ Cfr. SAN de 31 de mayo de 2004 (Rec. núm. 207/2003).

¹¹⁰ Cfr. STS de 21 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 259/2014).

¹¹¹ Cfr. SAN de 6 de febrero de 2019 (Rec. núm. 318/2018).

empleados de una empresa de contact-center cuando la actividad de telemarketing se desarrolle por video-llamada y ello está implícito en el contrato de trabajo¹¹².

Bajo este planteamiento general, el RDL 28/2020 realiza tres concreciones específicas del derecho a la intimidad: 1) La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia¹¹³, de todos modos, la posibilidad de traer el propio dispositivo (*bring your own device*: byod, por su acrónimo en inglés) es factible si la persona trabajadora la oferta y la empresa la acepta, pero no puede ser impuesta por esta; 2) las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente, debiendo participar en su elaboración la representación legal de las personas trabajadoras¹¹⁴, si bien no se especifica la intensidad de la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, con lo que acaso podría bastar con la consulta, pero dado el fin de la norma más lógico sería la negociación de buena fe; y 3) los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia¹¹⁵, con lo que la norma parece descartar la posibilidad de una prohibición absoluta, pues la misma seguramente es contraria a los usos sociales de los medios informáticos y las particularidades del trabajo a distancia.

Por último, nos encontramos con el derecho a la desconexión digital en el art. 18 del RDL 28/2020, del cual “solo dos países miembros de la Unión Europea (Francia en 2016 y España en 2018), disponen de un reconocimiento legal”¹¹⁶. Aquí la norma hace una primera remisión en bloque a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, indicando que “las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”¹¹⁷, para luego transcribir casi

¹¹² Cfr. STS de 10 de abril de 2019 (Rec. núm. 227/2017).

¹¹³ Cfr. art. 17.2 del RDL 28/2020.

¹¹⁴ Cfr. art. 17.3, párrafo 1º, del RDL 28/2020.

¹¹⁵ Cfr. art. 17.3, párrafo 2º, del RDL 28/2020.

¹¹⁶ ARRUGA SEGURA, M.C., “La construcción legal y convencional del derecho a la desconexión digital”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 87.

¹¹⁷ Art. 18.1 del RDL 28/2020. En concreto el precepto establece lo siguiente: “1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un

literalmente de manera descarada lo dispuesto en este último precepto. Así, el párrafo primero del apartado segundo del art. 18 del RDL 28/2020 reproduce *ad peddem litterae* lo dispuesto en el art. 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018¹¹⁸, mientras que el resto del precepto se limita a asumir los postulados de la norma orgánica, repitiéndolos, aunque con “algo mayor ... grado de definición del contenido del derecho a la desconexión”¹¹⁹.

Así, de un lado se indica que “el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables”¹²⁰, cuando la norma orgánica ya señala que “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”; y del otro, se permite a “los convenios o acuerdos colectivos de trabajo ... establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”¹²¹, cuando ya la Ley Orgánica 3/2018 señala que “las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores” .

6. Derechos colectivos

El art. 19 del RDL 28/2020 se ocupa de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia, y lo hace enunciando, en primer término, un principio general que ya se contenía en el antiguo art. 13.5 del Estatuto de los Trabajadores, aunque simplificando su contenido. Porque, hasta la fecha, el Estatuto de los Trabajadores señalaba que “los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley”. La norma estatutaria, a su vez, imponía al empresario el deber de adscribir al trabajador a un centro de trabajo en los siguientes términos: “A estos efectos dichos

uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

¹¹⁸ Sin embargo, “el art. 88 de la LOPDGDD opta por no ofrecer una definición del derecho a la desconexión, limitándose a exponer los bienes jurídicos que persigue proteger con su reconocimiento su objetivo garantista, tuitivo y finalista” (ARRUGA SEGURA, M.C., “La construcción legal y convencional del derecho a la desconexión digital”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. [dirs.], *Puntos críticos en relación al teletrabajo [tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre]*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 103).

¹¹⁹ ARRUGA SEGURA, M.C., “La construcción legal y convencional del derecho a la desconexión digital”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo [tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre]*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 111.

¹²⁰ Art. 18.1, párrafo 2º, del RDL 28/2020.

¹²¹ Art. 18.2, párrafo 2º, del RDL 28/2020.

trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”¹²². El RDL 28/2020, por su parte, emulsiona ambos mandatos, indicando que “las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas”.

A estos efectos, afirma el párrafo 2º de su art. 19.1, “la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa”. Se trata, no obstante de una mera declaración de intenciones¹²³, con una sugerencia profiláctica del legislador a los interlocutores sociales, pero con la particularidad de que si el empresario no procura a los trabajadores la posibilidad de ejercer sus derechos (de naturaleza) colectivos con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre ellos y la persona trabajadora que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa, ello puede suponer precisamente la vulneración del principio constitucional de igualdad de trato que contempla el art. 14 de nuestra carta magna¹²⁴. El empresario, salvo que justifique la diferencia de trato como “fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”¹²⁵, no puede introducir diferencias entre trabajadores, según donde se desarrolle su jornada ordinaria de trabajo en materia de derechos colectivos, ya que “tanto el trabajador presencial como el trabajador a distancia, desde el punto de vista sindical, se encuentran en la misma situación jurídica, sin que existan circunstancias que puedan impedir la aplicación del principio constitucional de igualdad de trato”¹²⁶.

Justamente con relación a ese “derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva” que ostentan los trabajadores a distancia, el propio art. 19 de la norma reguladora del teletrabajo, en su apartado 3, contiene un par de previsiones al respecto. En primer lugar, se exige garantizar (imaginamos que al empresario, porque la norma no lo dice) que los trabajadores a distancia “pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales”. Y de lo dispuesto en la norma se destacan dos conclusiones: 1ª) Si conceptuamos los derechos de naturaleza colectiva como omnicomprendidos, lógicamente en su ámbito de actuación deben entenderse incluidas

¹²² “Si la empresa es una empresa virtual, donde no exista un centro de trabajo en sentido tradicional, habrá que atenderse a un dato formal como es el alta del empresario ante la autoridad laboral” (CAÑADAS SÁNCHEZ, F.J., *Teletrabajo: Revisión teórica y análisis jurídico-laboral*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017, pág. 178, localizable en <https://digibug.ugr.es>).

¹²³ Así, se ha afirmado que se trata de una “habilitación, quizá innecesaria” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 110).

¹²⁴ “Por lo que no sería necesario un expreso reconocimiento de esta igualdad en el plano colectivo” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 111).

¹²⁵ STCo 49/1985, de 28 de marzo.

¹²⁶ RON LATAS, R.P., “Los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 153.

todas las “actividades organizadas o convocadas” por los delegados de personal o el comité de empresa; y 2ª) si de acuerdo con el art. 2 de la norma, teletrabajo es “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”, parece evidente que la mejor forma de garantizar la participación del trabajador a distancia en las actividades sindicales no es otra más que aquella que se procure a través precisamente de esos medios telemáticos¹²⁷.

La segunda de esas previsiones del art. 19.3 particulariza la primera de ellas, advirtiendo acerca de la necesidad de garantizar “la participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales” de las personas trabajadoras. Se trata, no obstante, de una obviedad, ya que, por un lado, el art. 19.1 de la norma exige que se garantice la necesidad de que los trabajadores a distancia puedan participar en el procedimiento electoral de la empresa con el mismo contenido y alcance que el resto de trabajadores de la empresa, y, en segundo término, el Estatuto de los Trabajadores otorga el derecho (en sus arts. 61 y 69) a los trabajadores de la empresa, cualesquiera que sean, a participar en la misma a través de sus órganos de representación. Por ello, lo único llamativo de precepto resulta ser el hecho de que impone la necesidad de que el trabajador a distancia participe de forma “efectiva presencial” para ejercitar su derecho al voto. Sea como fuere, esta previsión legal no puede significar otra cosa que la obligación de garantizar que el teletrabajador se desplace para votar en su centro de trabajo el día de las elecciones. Porque, si la norma estima necesaria su “efectiva presencia”, ello sólo puede significar la necesidad de garantizar que el trabajador se encuentre presente el día de las elecciones en el centro de trabajo para emitir su voto.

Así las cosas, la única manera de garantizar esa presencia efectiva el día de la votación parece exigir que el empresario sea el que efectivamente lo procure. Sin embargo, la norma no impone de manera expresa esa obligación al empresario. Se plantea así la duda de si el empresario se encuentra obligado o no a poner a disposición del trabajador los medios para desplazarse, o, en otro caso, a abonar los gastos derivados de ese desplazamiento. A la vista del precepto, parece que la única necesidad que impone la norma no es otra que la de no establecer barreras de ningún tipo a la efectiva presencia del trabajador a distancia a la hora de ejercer su derecho al voto. Pese a todo, se trata de una previsión legal totalmente anacrónica, y que además parece pugnar con la posibilidad de que el trabajador emita su voto por correo¹²⁸. Anacrónica porque en pleno siglo XXI no resulta concebible que se exija la presencia del trabajador en el centro de trabajo para votar

¹²⁷ En efecto, “el hecho de que la participación efectiva no se adjetive de «presencial» (como sí ocurre con el derecho de voto a que se refiere el siguiente párrafo de este comentario) implica que la garantía de participación no equivale a garantía de desplazamiento al lugar en que tiene lugar la reunión, asamblea o actividad, sino que basta una participación telemática” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 114).

¹²⁸ “Cuando se reflexiona algo más sobre el asunto, el requisito de la presencialidad puede constituir un paso atrás muy negativo en el sistema de elecciones, donde, pese a la obsolescencia de la regulación contenida en el Título II del Estatuto de los Trabajadores y del Reglamento de Elecciones (RD 1844/1994, de 9 de septiembre), se ha venido admitiendo el voto telemático (p.ej., SJS Madrid-25 de 21 septiembre 2015, núm. 321/2015). Todo ello al margen de la admisión expresa del voto por correo. No se entiende, por tanto, por qué la norma expresa la idea de presencialidad en el ejercicio del derecho a voto, cuando este también puede ejercerse telemáticamente o por correo” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 114).

en las elecciones a representantes legales cuando existen lo que la propia norma denomina como “medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”¹²⁹, que permiten sin duda ejercer el derecho a voto desde la tranquilidad del lugar elegido para prestar el trabajo a distancia. Pero nos encontramos también con una necesidad presencial que puede obviarse ejerciendo el derecho a voto mediante el correo ordinario, tal y como dispone el art. 69 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo apartado 1 permite emitir el voto “por correo en la forma que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta ley”, o lo que es igual, el Real Decreto 1844/1994, de 9 septiembre¹³⁰, que en su art. 10 regula todo lo relativo a la votación por correo.

En último lugar, el art. 19 del RDL 28/2020, exige (ahora ya sí concretando) a “la empresa” que suministre “a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”¹³¹. De la lectura del precepto surgen diversas dudas. La primera de ellas tiene que ver con la utilización de la expresión “actividad representativa”, ya que no sabemos a qué se refiere la norma cuando lo utiliza. Es un término inexistente en la legislación social española. No sucede así, en cambio, con la jurisprudencia laboral, que se muestra más cómoda en su utilización. La expresión “actividad representativa”, así, se suele utilizar habitualmente por nuestros tribunales laborales para referirse a todas aquellas funciones y competencias que la norma otorga a los representantes de los trabajadores¹³². De este modo, parece que el legislador quiere referirse en particular a las prerrogativas y garantías que las normas laborales conceden a los representantes de los trabajadores (v.gr., el tablón de anuncios), cuando lo cierto es que la jurisprudencia suele distinguir entre la mera actividad representativa y, por ejemplo, las garantías de los representantes legales de los trabajadores que se regulan en el art. 68 del Estatuto de los Trabajadores¹³³. Pese a ello, semeja evidente que la intención del legislador es hacer referencia a todas aquellas actividades, garantías, prerrogativas o funciones propias de la representación legal de los trabajadores, de tal manera que no exista diferencia alguna en materia de representación legal de los trabajadores en la empresa entre los teletrabajadores y el resto de operarios. A tales efectos, la norma ejemplifica esa necesidad de equidad haciendo concreta referencia al “acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”. Sin embargo, tal previsión legal debe escindirse en dos supuestos perfectamente diferenciados.

¹²⁹ Art. 2.b).

¹³⁰ BOE de 13 de septiembre de 1994.

¹³¹ Apartado 2, párr. 1º.

¹³² Así, por ejemplo, en una STCo 64/2016, de 11 de abril, se habla de “el mantenimiento de los derechos de la actividad representativa de los sindicatos por medio de sus representantes”.

¹³³ Una antigua STCo 21/1982 de 12 mayo, se refiere a un “tratamiento diferenciado de aquellos hipotéticos actos obstaculizadores de su actividad representativa o atentatorias del conjunto de garantías que la representación reclama”, indicando además que tales garantías “se establecen para proteger, justamente, el libre ejercicio de la actividad representativa”.

El primero de ello resulta ser la obligación empresarial de permitir el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras, que no es otra cosa que la normativización de una añeja doctrina social. Porque, según dispone el art. 68.d) del Estatuto de los Trabajadores, los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a “expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa”. De igual manera, el art. 8.1, letras b) y c), de la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce a los trabajadores afiliados a un sindicato el derecho a celebrar reuniones, previa notificación al empresario, y distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa, así como recibir la información que les remita su sindicato. En atención a ello, el Tribunal Supremo en un primer momento entendió que “no hay norma jurídica alguna que conceda al Sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos”¹³⁴ de la empresa, de tal manera que “el artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 de 2 de agosto, consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo”. Posteriormente el Tribunal Constitucional, en su sentencia 281/2005 de 7 noviembre, dictada en amparo precisamente frente a esa resolución, concluyó que “sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten [determinados] límites y reglas de uso”.

De esta manera, según esa añeja doctrina, y según entiende a día de hoy el Tribunal Supremo, “de la doctrina que establece el Tribunal Constitucional se desprenden las dos conclusiones que resultan determinantes para la resolución de esta cuestión. No hay ninguna previsión legal que imponga a la empresa la obligación de crear herramientas de comunicación electrónica para facilitar la transmisión de información por parte de los representantes de los trabajadores, de manera que, si esa obligación no se desprende tampoco de lo pactado convencionalmente, la negativa a su instauración no vulnera el derecho a la libertad sindical. Por el contrario, incurre en conducta antisindical que infringe el derecho de libertad sindical, la injustificada negativa de la empresa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiese haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes, o incremento de costes”¹³⁵. Y eso es justamente lo que hace ahora la norma sobre teletrabajo, instaurando la necesidad de que la empresa permita a los representantes de los trabajadores el acceso a las comunicaciones (presumiblemente, la red interna de comunicaciones a través de la web) y direcciones electrónicas de uso en la empresa¹³⁶.

¹³⁴ STS de 26 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1142/2001).

¹³⁵ STS de 21 de febrero de 2019 (Rec. núm. 214/2017).

¹³⁶ Lo que “parece aludir a la preexistencia de tales direcciones y medios de comunicación en la empresa” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 112).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la propia norma indica —en su art. 19.2— que ese derecho será ejercitable “cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”, lo que se compadece con el hecho de que “el Tribunal Constitucional concluye que vulnera el derecho de libertad sindical la negativa a permitir su uso con fines sindicales, si con esa utilización no se desbordan los límites que el propio Tribunal viene a objetivar de la siguiente manera: a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa. Con la advertencia de que no cabe admitir ese efecto por el solo hecho de que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador tenga lugar en horario de trabajo. b) Al ser un medio de comunicación electrónico que ha sido creado como herramienta de la producción, no deberá perjudicarse el uso empresarial preordenado para el mismo, ni puede pretenderse que prevalezca al interés del uso sindical, por lo que deberá de utilizarse de manera que permita armonizarlo con el objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento. Y en caso de conflicto deberá prevalecer siempre el interés de la empresa, que está facultada para a predeterminedar las condiciones de su utilización para fines sindicales, siempre que no las excluya en términos absolutos. c) Y puesto que no cabe imponer a la empresa una carga que no se encuentre expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, la utilización de ese instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente, la asunción de mayores costes”¹³⁷ .

Así, “de la doctrina que establece el Tribunal Constitucional se desprenden las dos conclusiones que resultan determinantes para la resolución de esta cuestión. No hay ninguna previsión legal que imponga a la empresa la obligación de crear herramientas de comunicación electrónica para facilitar la transmisión de información por parte de los representantes de los trabajadores, de manera que, si esa obligación no se desprende tampoco de lo pactado convencionalmente, la negativa a su instauración no vulnera el derecho a la libertad sindical. Por el contrario, incurre en conducta antisindical que infringe el derecho de libertad sindical, la injustificada negativa de la empresa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiere haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes, o incremento de costes. Lo que en definitiva proscribe el Tribunal Constitucional es la conducta injustificada de la empresa que niega a los sindicatos la posibilidad de utilizar las herramientas de correo electrónico que ya tiene instauradas, cuando no hay razones de carácter productivo o económico que pudieren justificar esa decisión”¹³⁸. De este modo, cuando se reclame ese derecho por los representantes legales “corresponde a la empresa la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores, de tal manera que de acreditarse esos perjuicios no le sería exigible cumplir con tal obligación, a lo que no puede en cambio negarse cuando no haya constancia de los problemas que pudiere suscitarle la utilización con esa finalidad de la aplicación de correo electrónico ya instaurado, sin que pueda exigirse la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad,

¹³⁷ STS de 26 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1142/2001).

¹³⁸ STS de 26 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1142/2001).

sino tan solo, la pacífica y compatible utilización de la ya preexistente”¹³⁹. Y, en caso “de conflicto entre el uso empresarial y el sindical debe primar el interés de la empresa por tratarse de una herramienta configurada para la producción; y que el empleador puede adoptar las medidas y disponer lo necesario para regular y acomodar su utilización a las necesidades empresariales, armonizando unos y otros intereses. Todo ello a salvo de lo que pudiere haberse establecido mediante la negociación colectiva”¹⁴⁰.

Lo mismo podría decirse con relación a la previsión legal contenida en el art. 19.2 acerca de que la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, la implantación del tablón virtual. Pero un vistazo a la normativa común laboral sobre el tablón de anuncios hace presumir que la misma se refiere a uno o varios tabloneros físicos, no virtuales¹⁴¹. Sucede, no obstante, que la doctrina viene asegurando desde hace años que “en cuanto a la posibilidad de sustituir el tablón material por su versión telemática –el portal–, inicialmente la cuestión parece merecer una respuesta positiva, pues el acceso virtual es incluso más directo que el de un tablón ubicado en algún lugar del centro de trabajo”¹⁴², aunque advirtiéndose que “el número de trabajadores que disponen de ordenador en su puesto de trabajo es todavía reducido, y muy elevado en cambio el de quienes carecen de los conocimientos necesarios para acceder a la información de un portal. Sólo adicionalmente, como medida suplementaria, cabe entender la figura del infobuzón”¹⁴³.

Obviamente, esto ya no sucede hoy en día, siendo las posibilidades de acceder a la información telemática casi ilimitada (teléfonos móviles, tablillas, ordenadores portátiles, televisores con acceso a la web, etc.), de ahí que la obligación legal de que la empresa implante un tablón virtual no debiera padecer ninguna clase de obstáculos. Las opciones son múltiples y variadas, desde la instauración de una aplicación web o móvil, hasta la creación de un grupo de whatsapp, una página de Facebook, etc. A mi entender, la más cercana a la intención del legislador puede consistir, bien en un envío masivo de información a través del correo electrónico, bien mediante la creación de una aplicación móvil o incluso de un directorio específico en la página web (de existir esta) de la empresa.

Esta última posibilidad es la que contempla la única norma (que conozca) que insta la obligación de crear un tablón de anuncios virtual. Me estoy refiriendo a la Lei 6/2013, de 13 de xuño¹⁴⁴, de Universidades de Galicia, cuya disposición adicional segunda, relativa a la “Publicidad de las normas internas universitarias”, ordena que “todas las normas internas de las universidades públicas habrán de publicarse en el Diario Oficial de

¹³⁹ STS de 26 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1142/2001).

¹⁴⁰ STS de 26 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 1142/2001).

¹⁴¹ El art. 81 del Estatuto de los Trabajadores indica, en su primer inciso, que “en las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tabloneros de anuncios”.

¹⁴² OJEDA AVILÉS, J.A., “Locales y tablón de anuncios”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, 2003, pág. 30.

¹⁴³ OJEDA AVILÉS, J.A., “Locales y tablón de anuncios”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, 2003, pág. 30.

¹⁴⁴ BOE de 19 de julio de 2013.

Galicia o en tablones oficiales virtuales, a tal efecto dispuestos por las propias universidades”, concretando que “en la página principal de la web de cada universidad existirá un enlace con su tablón oficial virtual. Este tablón virtual consistirá en un directorio en que se encuentren, debidamente sistematizados para facilitar su manejo, sus estatutos y todas sus normas internas vigentes”.

En cualquier caso, lo que parece no ofrecer dudas es que, al contrario de lo que sucede con los tablones de anuncios físicos, donde el empresario simplemente se encuentra obligado a poner a disposición de los representantes legales de los trabajadores de uno o varios situados en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores, el tablón virtual parece exigir del empresario distintas medidas con, según el caso, incierto coste, sin que puedan tener valor en este sentido las afirmaciones que sustenta el Tribunal Constitucional en su sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, cuando afirma que “desde esta perspectiva promocional a cargo de terceros es preciso compartir con el Ministerio público que la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del art. 8.2 LOLS, partiendo de que sus previsiones habrían quedado obsoletas como consecuencia de los avances tecnológicos. Resulta claro que el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador no encaja dentro de los límites de dicho precepto, pues sólo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual”.

La empresa, pues, deberá poner a disposición de la representación legal de las personas trabajadoras un tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia¹⁴⁵, debiendo asegurarse —afirma el párrafo 2º del apartado 2 del art. 19 del RDL 28/2020— de “que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras”. Como es fácil observar, nos encontramos aquí con un precepto inane. Obviamente si el empresario quiere cumplir con el mandato normativo, deberá asegurarse que el mismo se lleva a término. Las normas, como bien sabrá el legislador laboral —y dicho de manera muy sencilla—, están para ser cumplidas, y el destinatario de las mismas se encuentra obligado a su observancia, y si no lo hace, los sujetos perjudicados pueden acudir a los tribunales para hacer efectivo su derecho. Pero esto debería saberlo ya el legislador laboral. No hace falta indicar, cuando impones una obligación normativa, que “deberá asegurarse que...”. Sin contar además con el hecho de que ese “deberá” no se dirige a sujeto concreto alguno.

Otra opción sería entender que el legislador hace un mandato genérico a todos los sujetos implicados, exigiéndoles que se aseguren de que “no existen obstáculos para la comunicación”¹⁴⁶. Pero supongamos que el mandato va dirigido al empresario. Si este

¹⁴⁵ Pese a todo, para la doctrina no se alcanza a “comprender se alcance a comprender en qué medida puede esta forma de prestación ser incompatible con la existencia de un tablón virtual y con el acceso al mismo, con o sin claves de acceso” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 113).

¹⁴⁶ Para la doctrina, “no parece que este deber implique la necesidad de poner en funcionamiento una infraestructura ad hoc, sino solo permitir la comunicación por las vías y canales que la empresa tenga ya

quiere asegurarse que existe esa comunicación ello podría suponer la necesidad de contratar un buen proveedor de banda ancha, o un buen antivirus, o incluso varios técnicos informáticos, que hicieran viable un intercambio fluido de la comunicación *inter partes*. Téngase en cuenta que la norma va un poco más allá, ordenando que la ausencia de obstáculos en la comunicación se dé, no solo entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, sino también con el resto de personas trabajadoras. Esto podría exigir por el empresario proporcionar acceso a internet o a cualquier sistema de comunicación que posibilite que todos los trabajadores de la empresa se encuentren comunicados, lo que podría hacerse mediante un grupo de Whatsapp, o de Facebook, o de Tik Tok, porque al tratarse de un mandato genérico, parece que resultaría válido cualquier sistema de comunicación. En cualquier caso, a la vista de lo dispuesto en el art. 11 de la norma, parece confirmarse que la previsión final de este art. 19 no es otra cosa más que una previsión normativa de carácter místico.

VII. LAS FACULTADES DE ORGANIZACIÓN, DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL

El último de los capítulos del RDL 28/2020 se ocupa de las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia, y se divide en tres preceptos perfectamente diferenciados entre sí. En el primero de ellos se trata el tema de la protección de datos y seguridad de la información. Con relación a todo ello, se indica que las personas trabajadoras, en el desarrollo del trabajo a distancia, deberán cumplir: 1) Las instrucciones que haya establecido la empresa en el marco de la legislación sobre protección de datos, previa participación de la representación legal de las personas trabajadoras¹⁴⁷; y 2) las instrucciones sobre seguridad de la información específicamente fijadas por la empresa, previa información a su representación legal, en el ámbito del trabajo a distancia¹⁴⁸. Por su parte, el art. 21 del RDL 28/2020 es el encargado de precisar las condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos, si bien el mismo se limita a indicar que “las personas trabajadoras deberán cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos, dentro de los términos que, en su caso, se establezcan en la negociación colectiva”. En último lugar, y por lo que se refiere ya a las facultades de control empresarial, el art. 22 del RDL 28/2020 previene que “la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”, lo que no es más que un mero trasunto de lo dispuesto en el art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores.

implantados” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 113).

¹⁴⁷ Art. 20.1 del RDL 28/2020.

¹⁴⁸ Art. 20.2 del RDL 28/2020.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, en *Lan Harremanak (Revista de relaciones laborales)*, núm. 43, 2020.
- ARRUGA SEGURA, M.C., “La construcción legal y convencional del derecho a la desconexión digital”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021.
- CAÑADAS SÁNCHEZ, F.J., *Teletrabajo: Revisión teórica y análisis jurídico-laboral*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017 (<https://digibug.ugr.es>).
- CARRASCOSA BERMEJO, D. “Desplazamiento en la UE y dumping social en el mercado únicoestado de la cuestión y perspectivas”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- GARCÍA RUBIO, M.A., “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020: concepto y fuentes reguladoras”, en LÓPEZ BALAGUER, M. (dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- LOMBARDO, E., “La política de género de la UE: ¿Atrapada en el «Dilema de Wollstonecraft»?”, en GARCÍA INDA, A., *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, S.A., Zaragoza, 2002.
- LÓPEZ BALAGUER, M., “Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia”, en LÓPEZ BALAGUER, M. (dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombre. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 70, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos*

críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre), Dykinson, Madrid, 2021.

- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., *El contrato de trabajo internacional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2013.

- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., “La integración del trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 211, 2018.

- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P., “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el Derecho español”, en AA.VV. (Mella Méndez, L., ed., y Villalba Sánchez, A., coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. “Teletrabajo durante la pandemia, ¿una herramienta de conciliación?: El caso de la Comunidad de Madrid”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021.

- OJEDA AVILÉS, J.A., “Locales y tablón de anuncios”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, 2003.

- PÉREZ AGULLA, S., “El teletrabajo en la era digital”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- REVERTER BAÑON, S., “La dialéctica feminista de la ciudadanía”, en *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, vol. 11, núm. 3, 2011.

- POSTIGO ASENJO, M., *Género e igualdad de oportunidades. la teoría feminista y sus implicaciones ético- políticas*, Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2006, localizable en <http://www.biblioteca.uma.es>.

- RON LATAS, R.P., “Los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021.

- RON LATAS, R.P., “Olympe de Gouges (Montauban 1748 - París 1793)”, localizable en <https://www.valedordopobo.ga>.

- SAGARDOY DE SIMÓN, I., “Algunos puntos críticos en relación con el teletrabajo”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021.

- USHAKOVA, T., “El teletrabajo en el derecho de la OIT”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015.

- VILLALBA SÁNCHEZ, A., “El acuerdo de trabajo a distancia y el retorno de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de la relación de trabajo”, en SAGARDOY DE SIMÓN, I., y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (dirs.), *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)*, Dykinson, Madrid, 2021.