

distancia y entre estos y el resto de trabajadores presenciales. Este deber, entre otros propósitos, obedece a garantizar el derecho de reunión de los trabajadores. Tal derecho está reconocido en los arts. 77 a 80 del ET, de cuya regulación se desprende que la asamblea sea presencial. En efecto, el art. 78 del ET indica que el lugar de reunión será el centro de trabajo, si las condiciones del mismo lo permiten; centro que sería al cual el trabajador a distancia está adscrito.

Sea como fuere, el deber empresarial de suministrar a los representantes de los trabajadores —que pueden convocar la asamblea (art. 77.1 ET)— el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa, así como de asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre los distintos tipos de trabajadores y representantes, puede garantizar el derecho de reunión virtual de los trabajadores. Ahora bien, para el efectivo ejercicio de tal facultad, en caso de que se trate de una asamblea decisoria y no meramente informativa, el instrumento telemático puesto a disposición por parte de la empresa debe garantizar también el voto personal, libre directo y secreto de los trabajadores (art. 80 ET)⁽⁵²⁾. En efecto el voto telemático, como se ha visto a propósito de la votación en las elecciones sindicales, es posible en el caso de reuniones que requieran la adopción de decisiones. Y es que no se desprende lo contrario del art. 80 del ET, que ni tan siquiera, a diferencia del art. 75 del ET, alude al voto presencial.

(52) THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis...*, op.cit., pág. 246.

XVIII.

EL ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA

Nuria DE NIEVES NIETO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

INTRODUCCIÓN

1. LEY Y AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA: PANORAMA GENERAL

- 2.1. La entrada en escena de la negociación colectiva a partir del Acuerdo Marco Europeo de 2002
- 2.2. Una experiencia inicial de colaboración: la regulación del trabajo a distancia como medida de contención sanitaria por COVID-19
- 2.3. El papel atribuido a la negociación colectiva por el RDL 28/2020: tipología de cláusulas y de funciones
- 2.4. Proceso negociador versus instrumento colectivo de regulación (convenio o acuerdo)
- 2.5. La regla de mantenimiento de la vigencia de la regulación convencional específica

3. REMISIONES, LLAMADAS Y REFERENCIAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN LEGAL DEL TRABAJO A DISTANCIA

- 3.1. Determinación de criterios para la identificación del trabajo a distancia regular
- 3.2. Posibilidades de modalización del principio de voluntariedad del trabajo a distancia

- 3.3. Fijación de pautas o preferencias para el tránsito al trabajo presencial o al trabajo a distancia
- 3.4. Establecimiento de términos o condiciones para la reversibilidad del trabajo a distancia
- 3.5. Precisiones sobre el contenido del acuerdo individual del trabajo a distancia
- 3.6. Especificación de las obligaciones empresariales de dotación y mantenimiento de medios de trabajo
- 3.7. Previsión de procedimientos o mecanismos para la suplencia o compensación de gastos del trabajo
- 3.8. Establecimiento de condiciones de utilización de los medios digitales
- 3.9. Ordenación del tiempo de trabajo y aspectos conexos
- 3.10. Colaboración en el estatuto de derechos de los trabajadores a distancia: igualdad con el trabajador presencial y garantía de ejercicio de derechos colectivos

4. EPÍLOGO

INTRODUCCIÓN

El reciente desarrollo de la digitalización socioeconómica, sumado al constante avance de la sociedad de la información y del conocimiento, ha acelerado en los últimos tiempos la implantación de nuevas formas de empleo y de nuevas formas de organización del trabajo⁽¹⁾. Entre estas últimas destaca el trabajo a distancia⁽²⁾, como forma de organización del trabajo en las entidades productivas con efectos en la configuración de las relaciones de trabajo por cuenta ajena⁽³⁾. Ante la escueta ordenación legal existente hasta el momento estas transformaciones sociales y tecnológicas se habían venido incorporando tímidamente en las empresas a través de la negociación colectiva. En esta línea, la reciente regulación del trabajo a distancia ha establecido una más extensa regulación de mínimos que remite el desarrollo de múltiples aspectos de esta modalidad de trabajo a los acuerdos colectivos e individuales.

El RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, abre un amplio campo de actuación para la regulación a través de la negociación colectiva, justificándose esta en la capacidad de los convenios o acuerdos colectivos para adaptar la regulación legal a las necesidades y particularidades propias de cada sector de actividad o empresa. La fijación de un porcentaje o período de referencia inferiores a los dispuestos en la norma a los efectos de calificar como regular esta modalidad de ejecución de la actividad laboral o un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en la misma o, de otro lado, la determinación de las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los mecanismos y criterios por los que se puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, el desarrollo del derecho a la dotación suficiente y al mantenimiento de equipos, la forma de cuantificar la compensación de los gastos que pudiera

- (1) Vid., MONTOYA MELGAR, A., *Tendencias actuales del Derecho del Trabajo*, CEU, Madrid, 2014, pág. 7 y ss.
- (2) DE LA VILLA GIL, L.E., «Trabajo a distancia» en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (Coord. GOERLICH PESET, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 317 y ss.
- (3) Vid., GARCÍA MURCIA, J., «Cambio tecnológico, futuro del trabajo y adaptación del marco regulatorio» en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías* (Estudios en homenaje al prof. F. Pérez de los Cobos), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 27 y ss.

tener el trabajador⁽⁴⁾ por el hecho de prestar servicios a distancia, la flexibilización del horario, las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia o las instrucciones de uso y conservación de equipos informáticos, son algunos de los reenvíos del RDL a la negociación colectiva; pero, en todo caso, se trata de un listado abierto que podría incluir otras cuestiones que se considerara conveniente regular.

El objetivo del presente trabajo es constatar el peso otorgado a la negociación colectiva por la norma sobre el trabajo a distancia y comprobar el impacto que la regulación convencional puede alcanzar en la determinación de las condiciones de esta modalidad de realización del trabajo, dada su capacidad de adaptación para atender a los requerimientos de trabajadores, empresas y sectores de actividad por su cercanía a los distintos entornos en los que puede implantarse.

Con el fin de responder a ese propósito se presenta, en primer lugar, un panorama general del papel que viene asumiendo la autonomía colectiva en la regulación del trabajo a distancia; a tal objeto se recuerda la labor que ha desempeñado la negociación colectiva desde que se adoptó el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo, se señala el mecanismo de colaboración diseñado para la determinación de algún aspecto esencial del trabajo a distancia implantado durante la pandemia, se analiza la función que el RDL 28/2020 ha encomendado a la negociación colectiva, se advierte acerca de la indeterminación respecto de los instrumentos convencionales a los que la norma remite los correspondientes contenidos y se expone la regla del mantenimiento de la regulación convencional específica. A partir de ahí, se hace un repaso a las numerosas llamadas que el RDL hace a la negociación colectiva a lo largo de todo su contenido.

2. LEY Y AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA: PANORAMA GENERAL

El RDL 28/2020 se inserta en un contexto regulador del trabajo a distancia procedente en gran medida de la concertación social, no solo en el escenario nacional sino también en el europeo. Como se va a apreciar esta norma fomenta un nuevo modelo de colaboración que, previsiblemente, va a suponer un cambio en la participación de los representantes de trabajadores y empresarios en la configuración jurídica del trabajo a distancia.

2.1. La entrada en escena de la negociación colectiva a partir del Acuerdo Marco Europeo de 2002

A continuación se expone brevemente el escenario en el que se han desarrollado distintas experiencias convencionales sobre el trabajo a distancia o, más específicamente, sobre teletrabajo. El primero es el entorno europeo en el que

(4) La utilización en este texto del masculino como genérico para englobar la denominación de ambos sexos no significa, en modo alguno, ignorancia sobre las diferencias de género existentes y se ha llevado a cabo al efecto de facilitar su lectura.

ya más de una veintena de años se adoptó un importante instrumento que sirvió para marcar las pautas de la regulación sobre el trabajo prestado fuera de los establecimientos de la empresa para la negociación colectiva interna (a); el segundo es el de los acuerdos interprofesionales de ámbito nacional que acontecieron desde el inicio el contenido del acuerdo europeo (b); y el tercero es el ámbito en el que se ha ido desarrollando la actividad negociadora en los distintos sectores de actividad y empresas (c).

En 2002 se firmó el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo⁽⁵⁾ por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP)⁽⁶⁾; su contenido fue revisado en 2009. Dicho acuerdo proporcionó un marco general para la determinación de las condiciones laborales de los teletrabajadores en el ámbito europeo.

El AMET concibe el teletrabajo como la forma de prestación del trabajo que utiliza las tecnologías de la información en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de estos; reconoce al teletrabajo tanto el carácter voluntario para trabajador y empresario como la equiparación de derechos con los trabajadores presenciales (entre ellos derechos colectivos y de formación). Varios derechos del teletrabajador son específicamente asegurados, como el de protección de datos personales, el respeto a la vida privada o el derecho a la salud y seguridad. Al trabajador se le atribuye la gestión de la organización de su tiempo de trabajo, en el marco de las normas aplicables, y al empresario la dotación, instalación y mantenimiento de los equipos necesarios para teletrabajar y los costes derivados de su pérdida o deterioro.

El Acuerdo Marco tiene un origen convencional y está previsto que su aplicación se produzca también por la vía convencional⁽⁷⁾; su eficacia jurídica no es normativa sino obligacional; es decir, se trata de un modelo de Derecho que no resulta vinculante para los Estados.

(5) Con apoyo en el art. 155.2 TFUE (anterior art. 139.2 TCE) para que fuera aplicado por estos «según los procedimientos y prácticas específicas de los interlocutores sociales en los Estados miembros» (cláusula 12).

(6) Vid., JURADO SEGOVIA, A. y THIBAUT ARANDA, J., «Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo», *Temas Laborales*, nº 72, 2003; SERRANO GARCÍA, J.M., «Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 12 de julio de 2002», *RRLL*, 2002, vol. II, pág. 441 y ss.; MELLA MÉNDEZ, L., «Comentario general sobre el Acuerdo Marco sobre el teletrabajo», *RRLL*, 2003, vol. I, pág. 177 y ss.; SANTOS FERNÁNDEZ, M.D., «El Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria», *Temas Laborales*, 2004, nº 14, pág. 45 y ss.

(7) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Regulación jurídica del teletrabajo», *Jornadas sobre Teletrabajo: dimensión social y laboral*, Consejo Andaluz de Relaciones, Sevilla, 2006, pág. 10; ARAGÓN GÓMEZ, C., «El teletrabajo en la negociación colectiva», *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización* (coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.) 2010, pág. 339.

b) En nuestro país, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003⁽⁸⁾ acogió en su totalidad el AMET por considerarlo «un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la introducción del teletrabajo en las empresas y resolver algunas dudas que venían surgiendo en determinados aspectos del campo laboral en relación con el teletrabajo». Con posterioridad, otros acuerdos interconfederales para la negociación colectiva incorporaron las previsiones sobre el teletrabajo, en términos muy similares a como lo hace el Acuerdo Marco Europeo.

En la actualidad, se encuentra en vigor el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2018⁽⁹⁾, que prorroga casi por completo el anterior Acuerdo (III) de 2015, por lo que se mantienen vigentes las disposiciones relativas al teletrabajo integradas en el Acuerdo anterior —en el marco de los «Instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo» (capítulo IV)—. El apartado 4 del citado acuerdo contiene ciertos criterios que «pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores y sus representantes» en materia de teletrabajo (el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa; la igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa; y la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.)⁽¹⁰⁾.

c) Centrándonos en el desarrollo convencional de las previsiones contenidas en los acuerdos interconfederales, cabe afirmar que no se aprecia una regulación colectiva sobre trabajo a distancia muy generalizada; de los más de 1100 convenios firmados en 2019 no llegaba a medio centenar los que mencionaban el teletrabajo; en 2020 no se ha avanzado mucho más; si bien estas cifras son mayores que las que se constataban unos años atrás⁽¹¹⁾. La evolución está siendo lenta pero, al menos, es progresiva.

El panorama negocial que se advierte hasta la entrada en vigor del RDL 28/2020 es de escasa relevancia⁽¹²⁾. Pocos convenios de sector han incluido regulación sobre trabajo a distancia —o, más específicamente, sobre teletrabajo— como medida de organización del trabajo. No es frecuente que esos

(8) Suscrito el 30 de enero de 2003 por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT.

(9) De 5 de julio de 2018, con vigencia temporal de tres años (2018-2020).

(10) SALA FRANCO, T. y otros, *El teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 91.

(11) Consultar la valoración que se ha hecho en diversos estudios como FERREIRO REGUEIRO, C., «La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva» en AA.VV., *Trabajo a distancia y teletrabajo* (Ed. MELLA MÉNDEZ, L.) Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 53 y 59.

(12) QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., «Teletrabajo: delimitación, negociación colectiva y conflictos», en AA.VV., *Tecnologías de la información y la comunicación y relaciones de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 329 y ss. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «El teletrabajo como forma de presente y futuro de prestación laboral de servicios: experiencias en la negociación colectiva», en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2019, pág. 1615 y ss.

convenios sectoriales profundicen en su regulación pero sí que recojan algún aspecto importante de este régimen de trabajo, como el carácter voluntario del teletrabajo para las partes o el principio de igualdad entre teletrabajadores y trabajadores presenciales, como en los de Oficinas y Despachos de la Comunidad Valenciana (art. 14, sobre teletrabajo remite al AMET), de Oficinas y Despachos de Cataluña (art. 77), de Oficinas y Despachos de Madrid (art. 43) o de Prensa Diaria (art. 19, que sorprendentemente utiliza la expresión de trabajo a distancia). Con algo más de detalle tratan el trabajo a distancia los convenios de sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la C.A. de Madrid (art. 13), el de Perfumería y afines (en su art. 15), el de Industria Química (art. 10 bis), el de Mayoristas e Importadores de Productos Químicos e Industriales, de Droguería, Perfumería y anexos (art. 23.10), el de Publicidad (art. 20) o el convenio de Seguros Privados (cuyo art. 8 bis, además de establecer un régimen jurídico remite a los contenidos que integran la «Declaración relativa al teletrabajo» suscrita por los interlocutores sociales europeos del sector seguros el 10 de febrero de 2015). En algunos de estos convenios se recoge, por ejemplo, la obligación del empresario de poner a disposición del teletrabajador las herramientas necesarias y el consiguiente deber del empleado de mantenerlas y conservarlas, la adopción de medidas de control y vigilancia del trabajador —con respeto a su dignidad, intimidad y protección de sus datos personales— o la determinación de algún criterio de cara al reconocimiento de derechos colectivos. Algún convenio, como el de Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Bienes Muebles y su Personal Auxiliar (disp. adic. 4ª), ha manifestado su propósito de implantar el teletrabajo, para lo cual ha dispuesto la creación de una comisión mixta para el estudio de su integración en el sector⁽¹³⁾.

Entre los convenios de empresa que contemplan el trabajo a distancia se observa una gran diferencia en el tratamiento que se hace de la figura. Pueden mencionarse algunos convenios que lo tratan muy puntualmente, como el de Siemens Nixdorf Sistemas de Información, SA (art. 36, el teletrabajo en el contexto de la organización de trabajo), o el del grupo Inditex (art. 19 remite al art. 13 ET) o el de Mapfre (art. 13); hay alguno que incluye el teletrabajo en el contexto de la jornada laboral y los descansos, como el convenio de Ibermática (art. 19 D); otros, que lo integran entre las modalidades contractuales, le dedican algún contenido de interés, como, el convenio de Planeta Agostini Formación, SLU (art. 27 bis, que solo contempla el teletrabajo compaginado con la actividad presencial), el convenio de Europcar IB (art. 9.7, que prevé la adscripción del trabajador al centro más cercano al domicilio del trabajador a efectos electorales y de repre-

(13) «... se constituirá una Comisión para el estudio y modo de implantación del teletrabajo... la Comisión tendrá por objeto analizar las condiciones y desarrollar los procedimientos para lograr una progresiva implantación del teletrabajo en el ámbito de este sector, lo que conllevará favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, y una mejora en costes y productividad». También se ha dispuesto la creación de una comisión especializada en algún otro convenio como el de la empresa Michelin España Portugal SA (art. 23).

sentación sindical) o el convenio de Carlson Wagonlit España, SLU (art. 11, que exige para acceder al trabajador a distancia que el trabajador tenga un contrato indefinido); u otros que integran este régimen de prestación de servicios en el marco de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, como el convenio de Acciona (art. 40), el de Cruz Roja en la C. de Madrid (art. 70) o el de Endesa (art. 41.5º)⁽¹⁴⁾.

Un puñado de convenios incorporan una regulación más pormenorizada, como el acuerdo marco del Grupo Repsol (art. 19), el convenio de Philips Ibérica SAU (art. 14) el convenio del grupo AXA (art. 13), el de BP Oil, SAU para sus centros de Madrid y Las Palmas (art. 47 y 48), el de Orange España Telecomunicaciones Fijas, SLU, el del Grupo ONO (Cableuropa, SAU, Tenaria, SAU) (arts. 55 a 64) o el del grupo Selecta (en los respectivos art. 40 y 43 extensamente referidos al denominado «trabajo en remoto»). En esas regulaciones más exhaustivas, además de reconocer el carácter voluntario para las partes del trabajo a distancia y de su reversibilidad, se atiende a otros aspectos como los medios que el empresario ha de poner a disposición de los teletrabajadores, el periodo de prueba en teletrabajo o la determinación de las condiciones de acceso a programas de teletrabajo (como la antigüedad o la formación en telecomunicación).

2.2. Una experiencia inicial de colaboración: la regulación del trabajo a distancia como medida de contención sanitaria por COVID-19

El trabajo a distancia se ha mostrado durante la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad y para garantizar la prevención frente al contagio. En esas circunstancias no solo se ha reforzado la tendencia a la normalización del trabajo a distancia, que ya se anticipaba con anterioridad a la misma, sino que su utilización se ha llegado a configurar como preferente⁽¹⁵⁾.

El RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, implantó drásticas medidas laborales con el fin de contener la expansión de la pandemia. Entre ellas, el artículo 5 estableció el carácter preferente del trabajo a distancia frente a la cesación temporal del trabajo o la reducción de la jornada laboral, es decir, frente

(14) Hay otros convenios, como el de Telefónica España SAU (art. 89) o el de Repsol Butano SA (art. 72), que prevén una regulación del teletrabajo independiente pero vinculada directamente a la conciliación. Además de esta dimensión de conciliación del trabajo a distancia (de la que conscientemente ha querido desvincularse el RDL 28/2020 —probablemente para evitar la perpetuación de roles que puede llevar a la discriminación)— hay otras conexiones que merece la pena explorar como la protección de ciertas víctimas o la inclusión de personas con discapacidad.

(15) Vid., CRUZ VILLALÓN, J., «Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 4, 2020, pág. 406 y ss.; ÁLVAREZ CUESTA, H., «Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro trabajo a distancia», *Lan Harremanak*, nº 43, 2020, pág. 175 y ss.; LÓPEZ BALAGUER, M., «El trabajo a distancia como medida preferente a aplicar en las empresas frente a la crisis del COVID-19», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº Extra 12, 2020, pág. 668 y ss.

ARTES por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Esta medida concibió el trabajo a distancia como un mecanismo de contención del contagio a fin de salvaguardar la salud colectiva. Por otro lado, esta norma estableció, en su artículo 6, el derecho de los trabajadores a la reducción de su jornada laboral (y, dentro de ella, se incluía la prestación de trabajo a distancia) cuando la presencia del trabajador fuera «para la atención y cuidado de un cónyuge o pareja de hecho o de un familiar por consanguinidad hasta el segundo grado y concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria de la COVID-19» (Plan MECUIDA)⁽¹⁶⁾.

El trabajo a distancia establecido con carácter extraordinario por el RDL 8/2020 se rigió por lo dispuesto con carácter general en el artículo 13 del ET; a pesar de lo establecido en la versión entonces vigente de ese artículo, los derechos profesionales que los trabajadores tenían en el anterior trabajo presencial (retribución, jornada laboral, descansos, etc.) debían mantenerse, con la salvedad de aquellos que fueran inherentes a la realización de la prestación laboral en el centro de trabajo de manera presencial.

Las medidas contempladas en aquel RDL tenían carácter temporal y extraordinario. Estaba previsto que se mantuvieran en vigor hasta un mes después de la declaración del estado de alarma (disposición final décima del RDL 8/2020); pero, por posterioridad, el artículo 15 del RDL 15/2020, de 21 de abril, prorrogó su vigencia durante los dos meses posteriores a dicho término —lo que la alargó hasta el 30 de septiembre de 2020—. A la vista de la subsistencia de las circunstancias extraordinarias, se consideró conveniente prever otra prórroga adicional, que se aplicó por el RDL 30/2020, de 9 de septiembre, de medidas sociales en materia de empleo, y que ha hecho que se extienda la medida hasta el 31 de enero de 2021.

Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 6 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, seguirá resultándole de aplicación la normativa laboral ordinaria, tal y como prescribe la disposición transitoria tercera del RDL 28/2020.

No nos resistimos a advertir que la técnica utilizada en este precepto es poco acertada puesto que ofrece un alto grado de inseguridad a los destinatarios al remitir a la normativa laboral ordinaria, que es el artículo 13 del ET que, a su vez remite al RDL 28/2020; «las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia». No hay duda de que la intención del legislador

(16) La disposición adicional tercera del RDL 28/2020 proroga la vigencia del artículo 6 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en el que se regula el Plan MECUIDA, que permanecerá vigente hasta el 31 de enero de 2021 y, con él, el derecho del trabajador a exigir del empresario el trabajo a distancia cuando se den las circunstancias establecidas en dicha norma.

era, más bien, vincular esa situación excepcional de trabajo a distancia (cuasi-obligatorio) con la regulación anterior a la reforma que ha incorporado el RDL 28/2020 en el artículo 13 del ET; la expresión de la disposición transitoria tercera del RDL 28/2020 «le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordenada» parece confirmarlo. Se trata, en fin, de un precepto rechazable por su contenido circular.

En estas circunstancias las empresas han estado y siguen estando obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario.

Se ha atribuido a la negociación colectiva la determinación de la forma de compensación de los gastos derivados para el trabajador de esta forma de trabajo a distancia bajo dos condiciones, de un lado, si esos gastos existieran y, de otro, si aun habiendo existido estos, no hubieran sido compensados. Se trata de un mandato no dirigido a los empresarios sino a la negociación colectiva para que fije la forma de compensar esos desembolsos. El problema que queda en el aire es el de las consecuencias de la ausencia de regulación convencional relativa al modo en el que se han de resarcirse los gastos vinculados a esa situación excepcional. En tales circunstancias es posible plantearse si los trabajadores pueden reclamar esos gastos que sufrieron por imposición legal. Cabe pensar que los convenios de sector pueden jugar un papel relevante para dar respuesta a esta situación excepcional.

2.3. El papel atribuido a la negociación colectiva por el RDL 28/2020: tipología de cláusulas y de funciones

Uno de los rasgos fundamentales que caracterizan al RDL 28/2020 es que sitúa a la negociación colectiva en un lugar central. No solo porque el texto de la norma es fruto de un intenso proceso de diálogo social entre los interlocutores sociales y el gobierno sino porque, además, la dimensión negociadora inicial se traslada a todo el articulado del RDL a través de constantes llamadas al proceso negociador y a los instrumentos convencionales. La exposición de motivos, transmite esta idea al indicar que: «es necesario, por tanto, llenar el vacío normativo que existe, igualando el tratamiento jurídico en los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo, acudiendo en la medida necesaria a la negociación colectiva, que se considera instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios»; y no solo en el ámbito sectorial sino también, desde luego, el empresarial.

Ciertamente, a lo largo del texto normativo se descubre una sucesión de invitaciones a los mecanismos negociales colectivos, que aluden específicamente a numerosos aspectos esenciales de ese trabajo a distancia relacionados con la voluntariedad, la reversibilidad del trabajo a distancia, el contenido del acuerdo individual, la conversión de un régimen a otro (presencial y a distancia), los gastos

equipos necesarios para afrontar el trabajo, los tiempos de trabajo o los derechos colectivos (en los artículos 5.1, 7, 8.3, 12, 13, 14, 17, 18, 19 y 21 del RDL 28/2020).

Otro claro ejemplo de la importancia que el RDL 28/2020 otorga a la negociación colectiva para la regulación del trabajo a distancia es la disposición adicional primera, que le permite 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 considere necesario regular»; y, además, no se queda aquí la disposición sino que, inmediatamente después, añade que los convenios colectivos «podrán regular una jornada mínima esencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en las locales de la empresa, un porcentaje o período de referencia inferiores a los fijados en la presente norma 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 la misma, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión»⁽¹⁷⁾. El precepto transcrito, que se inicia con la expresión «los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer» no impone la obligación de que los convenios colectivos regulen el trabajo a distancia, ni determinados aspectos del mismo, sino que, a la vista de lo ordenado en la norma, pueden hacerlo tanto como pueden no hacerlo.

La disposición adicional primera viene a insistir en algunos de los numerosos llamamientos que el RDL realiza a la negociación colectiva a lo largo de su articulado, como en lo relativo a la reversibilidad o al contenido mínimo del acuerdo individual, y contempla otras remisiones no mencionadas con anterioridad, para el eventual desarrollo (funciones y puestos a cubrir a través de trabajo a distancia, la duración máxima del trabajo a distancia o la jornada mínima presencial). Pero esta disposición, en su apartado primero, finaliza con la expresión de cierre, «cuantas otras cuestiones se considere necesario regular», que manifiesta la intención de integrar todas aquellas cuestiones que los interlocutores estimen pertinentes. No parece, sin embargo, que la inclusión de esta coetilla fuera imprescindible puesto que su ausencia no determinaría que, si las partes lo consideraran oportuno, no pudieran incluir la ordenación de otros aspectos del régimen de trabajo a distancia. Ciertamente, el espacio de la autonomía colectiva no se limita a responder a las llamadas de la ley; por lo que, a falta de remisiones expresas, la

(17) En la línea de lo que contemplan los artículos 82.2 y 85.1 y 2 del ET, que atribuyen a los convenios colectivos la función de regular los derechos y obligaciones laborales de los empresarios y trabajadores sujetos a su ámbito funcional y personal de aplicación.

negociación colectiva puede regular, dentro del respeto al ordenamiento jurídico, en cuantas medidas aprecie necesarias⁽¹⁸⁾.

En otro orden de cosas, cabe constatar que la mayor parte de los reenvíos a la negociación colectiva del RDL 28/2020 están referidos a complementar la regulación legal, en unos casos, como elementos necesarios para cubrir la regulación legal incompleta —como ocurre con las preferencias o prioridades para acceder al trabajo a distancia (art. 8.3)— y, en otros, como complementos convenientes, puesto que la falta de previsión convencional no genera una ausencia de ordenación sino la entrada en juego de la autonomía individual —cuantificación o forma de compensación de gastos (art. 12.2) o la reversibilidad (art. 5.3)—, de la decisión empresarial —utilización de equipos informáticos (art. 21)— o de la decisión del trabajador —disp. final 3ª. 3, acceso al trabajo a distancia para víctimas de violencia de género o terrorismo⁽¹⁹⁾—.

Es frecuente también encontrar remisiones a la negociación para modificar la regulación contenida en el RDL, como, por ejemplo, la determinación del trabajo a distancia regular, la modulación del principio de voluntariedad o la modificación del contenido del acuerdo individual (arts. 1, 5 y 7).

Hay, no obstante, algunas materias que resultan indisponibles para la autonomía colectiva como la exigencia de formalización por escrito del acuerdo individual de trabajo o la inmunidad del trabajador a distancia y, como no puede ser de otra manera, el reconocimiento de determinados derechos fundamentales, como el de la intimidad o la protección de datos personales.

2.4. Proceso negociador versus instrumento colectivo de regulación (convenio o acuerdo)

El RDL 28/2020 ha querido que la regulación aplicable sobre distintos aspectos del trabajo a distancia sea la que establezca la negociación colectiva, pero el instrumento convencional al que le corresponde contener dicha regulación no queda convenientemente especificado en la norma.

De forma amplia se utiliza la expresión «negociación colectiva» referida al procedimiento negociador, dejando las puertas abiertas a cualquier vía negociadora. Así sucede en el artículo 5.1 del RDL, respecto de la voluntariedad del trabajo a distancia y de la reversibilidad —pese a que en otro paraje de la norma se alude a convenios o acuerdos colectivos al referirse a la ordenación de la reversibilidad (disp. adic. 1ª 2)»; y también en los artículos 13 y 14 del RDL, sobre la

(18) GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 126.

(19) «Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a estas, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias».

modalidad horaria o el sistema de registro horario, o en el artículo 21, en referencia al uso por motivos personales de los equipos informáticos.

En cambio, en otras ocasiones se acude a una fórmula algo más concreta al mencionar —aún sin excesivo detalle— los instrumentos que pueden ser utilizados por los interlocutores para establecer el contenido colectivamente pactado, «los convenios o acuerdos colectivos». Puede citarse como ejemplo de la utilización de esa expresión, el artículo 7, que trata del contenido mínimo obligatorio del acuerdo individual de trabajo a distancia o, particularmente, el apartado b) de ese mismo artículo, relativo a la enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora. También aparecen estos términos en el artículo 8.3 del RDL, que alude al establecimiento de los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa; los artículos 11 y 12 del RDL, que se refieren a los términos en los que se ha de determinar el derecho a la dotación y al mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios y los mecanismos para la fijación y compensación o abono de los gastos; el artículo 17, que ordena el uso por motivos personales de los equipos informáticos o el 18, que trata de la garantía al derecho a la desconexión; o, en fin, en atención a la especificidad de la actividad, cualquier condición que se considere necesario regular, como apunta la disposición adicional primera del RDL.

La dificultad que presenta este escenario —que remite en unas ocasiones al propio proceso de negociación colectiva y en otras a su resultado— requiere de un ejercicio de interpretación para determinar cuál puede ser el instrumento negociador aplicable. Conviene recordar que cuando el legislador ha querido atribuir competencia a un tipo particular de producto convencional lo ha hecho, de manera que si aquí no ha procedido a especificar una modalidad de negociación colectiva ha sido porque ha preferido dejar abierta la posibilidad de que la regulación convencional se recoja en cualquier mecanismo colectivo de consenso. Parece que junto a los convenios o acuerdos estatutarios⁽²⁰⁾ también quedarían excluidos los convenios extraestatutarios, cuya eficacia limitada depende del ámbito en el que se produzca el acuerdo (cuando sea de ámbito empresarial, si se negocia por las secciones sindicales, quedan afectados los trabajadores a quienes estas representen; cuando el pacto tenga un ámbito superior al de la empresa, vinculará a los trabajadores y empresarios afiliados a las asociaciones sindicales o empresariales firmantes del convenio).

(20) Sería el caso del Acuerdo de la Empresa Repsol: «el presente Acuerdo Marco se suscribe al amparo de lo establecido en el Título III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, constituyendo un acuerdo colectivo regulador de aspectos concretos de las relaciones laborales, de eficacia general y aplicación directa en su correspondiente ámbito, por estar legitimadas las partes firmantes para su suscripción...». También el Acuerdo de teletrabajo de Deutsche Bank, «el presente acuerdo tiene la condición de pacto de eficacia general...». El Acuerdo de Telefónica España SAU sobre teletrabajo se produjo en el marco del convenio colectivo.

Precisamente el ámbito de aplicación de estos convenios o acuerdos tampoco se concreta en la norma —a diferencia de lo que disponía algún precepto en su redacción original contenida en el anteproyecto del RDL— por lo que cabrían tanto aquellos de carácter sectorial como los de empresa. Con respecto a estos últimos, no parece que pueda alegarse prioridad aplicativa en este caso puesto que el trabajo a distancia, como forma de organización del trabajo, no es uno de los contenidos contemplados por el artículo 84.2 del ET⁽²¹⁾.

Una duda que surge llegados a este punto es la de si en la expresión genérica de «negociación colectiva» a la que remite el legislador caben los acuerdos de las representaciones no institucionales de trabajadores. Ante la ausencia de representación legal de los trabajadores podría plantearse si otras alternativas podrían tener encaje, como la constitución de comisiones *ad hoc* —que el legislador ha contemplado en casos excepcionales⁽²²⁾—, el reconocimiento de gran parte o la totalidad de la plantilla como interlocutor en acuerdos adoptados en empresas de pequeño tamaño⁽²³⁾, o bien si se podría admitir que los pactos se alcanzaran con el apoyo de sindicatos más representativos⁽²⁴⁾. En todo caso, esto supondría hacer una interpretación algo forzada puesto que no se aprecia intención del legislador de que se incluya esta posibilidad, más allá de su previsión de que debe ser la negociación colectiva la que se encargue de ordenar en su correspondiente ámbito el régimen del trabajo a distancia.

A nuestro parecer, sin embargo, sería conveniente que los contenidos sobre el trabajo a distancia afectaran a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, por lo que entendemos que la remisión a la negociación colectiva debería entenderse limitada a los convenios colectivos estatutarios o los

(21) Según el listado del artículo 84.2 del ET, el trabajo a distancia no es una materia para las que está prevista la prioridad aplicativa del convenio de empresa; cosa distinta es la conciliación de la vida laboral y familiar, aunque, como se ha advertido, esta materia se ha querido separar deliberadamente del trabajo a distancia en el RDL.

(22) Ya lo hizo en el artículo 41.4 del ET o con referencia, particularmente, a «comisiones sindicales» en RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, en su artículo 5.3 señala que: «en las empresas donde no existan las representaciones legales referidas en el apartado anterior se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión negociadora contará con un máximo de seis miembros por cada parte. La representación sindical se conformará en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados. No obstante, esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días».

(23) *Vid.*, SSTs de 23 de marzo de 2015 (rec. 287/2014) y de 10 de octubre de 2019 (rec. 966/2017).

(24) A la manera del mecanismo diseñado en el artículo 41.4 a) del ET, como alternativa a la de los tres miembros —como máximo— elegidos entre los trabajadores de la empresa, o bien, por el artículo 23.1 a) del RDL 8/2020, sobre medidas para hacer frente al impacto económico y social provocado por el COVID-19.

acuerdos alcanzados con ese mismo respaldo⁽²⁵⁾; así lo refleja la práctica convencional desarrollada hasta el momento (que se ha producido preferentemente en el ámbito empresarial a través de convenios o acuerdos de eficacia general).

La reciente regulación contenida en el RDL 28/2020 y la experiencia convencional de los últimos años llevan a plantear la conveniencia de una negociación colectiva marco en el ámbito sectorial⁽²⁶⁾ de la regulación del trabajo a distancia —que establezca unas condiciones apropiadas de carácter homogéneo en función a las características propias de cada sector— procurando, después, que los convenios o acuerdos de empresa concreten su adaptación a las especialidades de cada compañía incorporando, por ejemplo, criterios relativos a los puestos a desempeñar con la modalidad de trabajo a distancia o la concreción del horario del teletrabajador.

5. La regla de mantenimiento de la vigencia de la regulación convencional específica

El régimen jurídico aplicable al trabajo a distancia previsto en el RDL 28/2020 entró en vigor el 13 de octubre de 2020⁽²⁷⁾. Su contenido afecta a las relaciones laborales en el entorno de las empresas privadas —puesto que las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas, quedan expresamente excluidas de la regulación general del sector privado, como indica la disposición adicional 2ª y la disposición transitoria 2ª RDL 28/2020⁽²⁸⁾—.

Pero esta regla de aplicación tiene dos excepciones, si bien ambas limitadas en el tiempo; una, vinculada a la situación de pandemia y, otra, a la existencia de convenio colectivo vigente. La primera excepción, es la relativa a la circunstancia de emergencia sanitaria; aquella establecida, como se ha visto, por el artículo 5 del RDL 8/2020 o como consecuencia de las medidas de contención del COVID-19, prorrogado temporalmente por el RDL 15/2020 y el RDL 30/2020 (disp. transit. 3ª del RDL 28/2020). La segunda excepción corresponde a las relaciones laborales existentes en aquellos entornos que se encuentren sujetos, a la entrada en vigor del RDL 28/2020, a una regulación convencional específica. En este supuesto, la duración de la excepción depende de que se cumplan ciertas condiciones alternativamente: o bien, que finalice la vigencia de los correspondientes pactos o, si esto no se produce, que se alcance una fecha concreta, cual

(25) El reciente convenio colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (2019-2023), el primero adoptado desde la aprobación del RDL 28/2020, dispone en su artículo 14 que «cualquier modificación en las empresas sobre lo aquí establecido requerirá acuerdo colectivo con más del 50% de la representación laboral de las mismas».

(26) Como ya apuntaba THIBAUT ARANDA, J., *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2001, pág. 251 y SELLAS I BENVINGUT, R., *Régimen jurídico del teletrabajo en España*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 150.

(27) Día de entrada en vigor del RDL 28/2020, conforme a su disp. final 4ª, al artículo 2.1 y al artículo 5 del Código Civil.

(28) Regulado por el RDL 29/2020, de 29 de septiembre, introductor de un artículo 47 bis en el Estatuto Básico del Empleado Público de 2015.

es el día en el que se haya cumplido un año desde la publicación de la norma, aunque dicho plazo puede extenderse, si las partes lo acuerdan, hasta el límite máximo de tres años desde la publicación en el BOE. Si el cómputo se hace en años naturales, como se deduce de la disposición transitoria 1ª.1 del RDL 28/2020, dejaría de aplicarse el convenio y sería de aplicación el contenido del RDL en principio, automáticamente, el 23 de septiembre de 2021 pero puede dilatarse hasta el momento en el que los sujetos firmantes del convenio lo decidan, si media consenso entre ellos, con la fecha límite del 22 de septiembre de 2023.

En palabras de la disposición transitoria primera, la norma «será íntegramente aplicable a las relaciones de trabajo vigentes y que estuvieran reguladas, con anterioridad a su publicación, por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, desde el momento en el que estos pierdan su vigencia». Y, a continuación, contempla la posibilidad de que los convenios prevean el fin de su vigencia en un plazo demasiado extenso que pospondría en exceso la aplicación de la nueva ordenación del trabajo a distancia creando injustificadas desigualdades a la hora de cumplir los términos de la ley. «En caso de que los convenios o acuerdos referidos en el apartado anterior no prevean un plazo de duración, esta norma resultará de aplicación íntegramente una vez transcurrido un año desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo que las partes firmantes de estos acuerden expresamente un plazo superior, que como máximo podrá ser de tres años». El diseño de este mecanismo de supervivencia temporal de los convenios existentes parece responder al propósito de que no se altere de manera abrupta con ocasión del RDL el marco de negociación ya existente permitiendo la implantación progresiva de los contenidos de la norma en los instrumentos convencionales.

A la vista de lo expuesto puede concluirse que el legislador ha dispuesto un régimen general aplicable directamente a todos los trabajadores del sector privado que no estuvieran previamente sujetos a acuerdos o convenios colectivos de regulación específica (RDL 28/20, sustitutivo del art. 13 ET), puesto que esta ordenación afecta a aquellos que no se encuentren sujetos a una regulación convencional específica. Y, junto a este, un régimen particular para el supuesto de que exista en el entorno una regulación convencional, en cuyo caso se aplica esa regulación en tanto dichos pactos se mantengan en vigor; a falta de plazo de vigencia se extiende esta con los límites temporales dispuestos.

3. REMISIONES, LLAMADAS Y REFERENCIAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN LEGAL DEL TRABAJO A DISTANCIA

Como se viene afirmando, la negociación colectiva se concibe en el RDL como un instrumento indispensable en el desarrollo y perfeccionamiento de los

principios y medidas que rigen esta forma de prestar la actividad laboral en cada uno de los sectores productivos y empresas⁽²⁹⁾.

Múltiples son las referencias que a lo largo del contenido del RDL 28/2020 se hacen a la negociación colectiva o, más específicamente, a los convenios o acuerdos colectivos para completar diversos aspectos de la regulación del trabajo a distancia. Esas invitaciones para que los instrumentos convencionales participen complementando lo que la norma legal ordena pueden reconducirse a las siguientes: la determinación de criterios para la identificación del trabajo a distancia regular, las vías de adecuación de la aplicación del principio de voluntariedad, el establecimiento de condiciones para la conversión al trabajo presencial o al trabajo a distancia así como para la aplicar la reversibilidad del trabajo a distancia, las modificaciones del contenido del acuerdo individual del trabajo a distancia, la concreción de las obligaciones empresariales de dotación y mantenimiento de medios de trabajo, la previsión de mecanismos para la compensación de gastos de trabajo, la fijación de pautas para la utilización de los medios digitales, la ordenación del tiempo de trabajo y aspectos conexos y, por último, la garantía del ejercicio de los derechos colectivos como manifestación del principio de igualdad entre los trabajadores a distancia y los presenciales. En adelante se exponen los términos en los que se producen los diferentes reenvíos a la autonomía colectiva respecto de las materias mencionadas.

1. Determinación de criterios para la identificación del trabajo a distancia regular

Pese a que no se indique expresamente, el RDL 28/2020 ha apostado decididamente por la combinación de las modalidades de trabajo presencial y a distancia⁽³⁰⁾, de manera que un mismo trabajador pueda asumir convenientemente a su empleador la doble condición de ser trabajador interno y externo (con relación a su presencia en la empresa). En esas circunstancias no resulta fácil saber

²⁹ A la vista de las múltiples llamadas del RDL 28/2020 a la autonomía colectiva quizá sea conveniente reflexionar acerca de los posibles ajustes que los acuerdos interprofesionales deberían introducir para acompañarse con la regulación más reciente. Precisamente el apartado 4 del capítulo IV del IV AENC (contenido prorrogado del III) lleva por título «teletrabajo» —una próxima edición podría acoger la expresión más genérica utilizada por el RDL de «trabajo a distancia»—. Entre los criterios, orientaciones y recomendaciones que puede considerarse oportuno establecer de cara a una futura negociación de convenios y acuerdos en función de las circunstancias específicas de los distintos sectores productivos y las empresas podrían incluirse nuevos contenidos que se añadirían a los ya propuestos —referidos al carácter voluntario y reversible del teletrabajo o a la igualdad de derechos, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores presenciales o la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones o la formación—. Las nuevas recomendaciones podrían ir en la línea de que se precisara el trabajo a distancia regular y los tiempos de presencialidad, y se ordenaran otras condiciones relativas a la desconexión digital o al ejercicio de derechos colectivos.

³⁰ A diferencia del presupuesto sobre el que se basaba, por razones obvias, el trabajo a distancia en el artículo 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo.

si un trabajador que a veces presta sus servicios en un lugar distinto al centro de trabajo es un trabajador a distancia.

La situación descrita ha requerido que se establezcan unas condiciones que permitan identificar cuándo se está ante trabajo a distancia sometido a la regulación del RDL 28/2020. El RDL ha dispuesto ciertos límites que permiten situar aquellas relaciones en las que la actividad laboral se ejecuta regularmente en condiciones de distancia de la sede de la empresa; la prestación debe realizarse de forma que, en un período de referencia de tres meses (que se entiende que deben ser consecutivos), un mínimo del 30% de la jornada o el porcentaje equivalente en función de la duración del contrato de trabajo⁽³¹⁾, tenga lugar en un entorno físico distinto de la empresa, como dispone el artículo 1 párrafo 2 del RDL 28/2020. Unos límites más estrictos de tiempo mínimo se imponen, en el artículo 3, para trabajos que realizan trabajadores que presentan una mayor vulnerabilidad —fundamentalmente por razón de su juventud e inexperience profesional—, como ocurre con los menores de edad⁽³²⁾, los que hayan celebrado contratos para la formación y aprendizaje (menores de 25 años⁽³³⁾) y los que hayan celebrado contratos en prácticas (para los que no está previsto un límite de edad pero están generalmente destinados a personas que hayan concluido sus estudios, que suelen ser mayoritariamente jóvenes)⁽³⁴⁾ respecto de los cuales la actividad a distancia ha de garantizar al menos un 50% de actividad presencial⁽³⁵⁾.

Los límites temporales apuntados parecen ser, a primera vista, bastante estrictos; pero lo cierto es que se ha reconocido a la autonomía colectiva la posibilidad de modificarlos. El mecanismo de flexibilización aparece en el apartado segundo de la disposición adicional 1ª del RDL, que prevé que tanto los convenios colectivos como los acuerdos colectivos pueden modalizar el concepto de «trabajo a distancia regular». Dicha adaptación puede hacerse a través de una doble vía:

- (31) No puede decirse que resulte muy clarificadora la expresión «porcentaje equivalente», ya que un porcentaje se aplica sobre una cantidad y, en este caso, lo que varía es esta y no el porcentaje.
- (32) Esta previsión ha ido en la misma línea de otras medidas protectoras de los jóvenes menores de edad contempladas en el ET como que estos no puedan trabajar entre las 22 y las 6 horas, ni más de ocho horas al día, ni más de cinco días a la semana.
- (33) Contrato para la formación y aprendizaje que puede ser celebrado, según el artículo 11.2 del ET, con trabajadores entre dieciséis años y veinticinco años.
- (34) También aquí, la exposición de motivos del RDL ha argumentado que «de los contratos formativos, igual que ocurre en relación con otros aspectos e incidencias de su régimen jurídico, exigen las cautelas y limitaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de su objeto, ya sea la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursado, ya la obtención de una cualificación profesional, bajo la adecuada y suficiente supervisión de la empresa».
- (35) El contrato para la formación y aprendizaje se celebra siempre a tiempo completo (art. 11.2 del ET) a diferencia del contrato en prácticas que puede ser celebrado a tiempo completo o a tiempo parcial (art. 11.1 ET). La garantía del 50% mínimo de presencialidad en los contratos para la formación y aprendizaje se ha de entender, como señala el artículo 3 del RDL, sin perjuicio de la formación teórica a ellos vinculada desarrollada telemáticamente; que, según ha señalado el legislador en el apartado segundo del citado artículo 11 del ET, no puede ser inferior al 25% de la jornada total del trabajador, el primer año, ni al 15% el segundo y tercer año.

reduciendo los porcentajes de jornada a partir de los cuales se estima que el trabajo se presta en modalidad de trabajo a distancia, por debajo del 30% o, disminuyendo el período de referencia de tres meses. Las posibilidades de modificación de los convenios o acuerdos colectivos en lo que respecta a la configuración del carácter regular del trabajo a distancia van en la línea de ampliar su ámbito subjetivo de aplicación de modo que se pueda considerar que prestan servicios en régimen de trabajo a distancia, los empleados que realizan la actividad laboral fuera de la sede de la empresa en un porcentaje inferior al 30% —de 25% o 20% de la jornada, por ejemplo, que podría consistir en optar por ese régimen un día y medio a la semana⁽³⁶⁾— o, en su caso, si se redujera el período de referencia de tres meses a un período inferior con objeto de facilitar la gestión empresarial del concepto de regularidad.

La particular regla que se contempla para los contratos en prácticas y para los contratos para la formación y el aprendizaje parecería responder a la necesidad de garantizar al trabajador la correcta adquisición de la formación práctica de la que los trabajadores carecen y que en ambos casos pretenden cubrir. Pero el tenor literal del precepto no va exactamente en esa línea puesto que lo que dispone es que «los convenios o acuerdos colectivos podrán regular... un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo [en el presente RDL], siempre que no se celebren con menores de edad». El término «diferente» referido al porcentaje que puede ser fijado para esos contratos manifiesta claramente la intención de que solo quepa su reducción. La interpretación más razonable, teniendo en cuenta el contexto y la finalidad formativa de esos contratos, lleva a pensar que el inicial porcentaje de presencialidad de como mínimo un 50% que resta puede ser alterado pero al alza, de modo que el porcentaje restante correspondiente al trabajo a distancia solo podría ser modificado por la negociación colectiva para su reducción.

Cabe resaltar que la disposición adicional primera, que incorpora el mecanismo de adaptación de la presencialidad, en estos supuestos deja expresamente margen a los trabajadores menores, con la expresión «siempre que no se celebren con menores de edad»; de donde se deriva que si se trata de contratos formativos con menores no resulta posible modificar la cifra porcentual señalada del 50%. A la vista de la regulación contenida en el apartado 2 del artículo 11 del ET, la mencionada exclusión difícilmente afectará a los que pretendan celebrar un contrato si no lo hayan hecho ya— un contrato en prácticas debido a que para su concreción se requiere que el trabajador aporte una titulación de formación profesional de grado medio o superior o un título universitario lo que, aunque sea posible, no es fácil de conseguir antes de alcanzar la mayoría de edad. Más probable es que la exclusión contemplada afecte a aquellos que vayan a celebrar un contrato para la formación y aprendizaje, para los que se fija una edad mínima de 16 años.

En algún convenio colectivo ya se había fijado el criterio de que el teletrabajador debía prestar sus servicios a través de dicha modalidad al menos dos días a la semana; convenio del Grupo ONO (art. 59).

Parece ser que el legislador ha querido garantizar, a la vista del juego que puede ofrecer aquel posible cambio de porcentaje por uno «diferente» que este grupo de trabajadores de corta edad no se vea afectado por una posible modificación a la baja de los tiempos de presencia en la empresa⁽³⁷⁾.

En relación con esto el apartado segundo de la disposición adicional primera del RDL menciona como condición del trabajo a distancia que puede ser ordenada por la negociación colectiva la fijación de, al menos, un tiempo de presencia en los locales de la compañía. Así, una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia puede ser prevista por los convenios o acuerdos colectivos (a través de «porcentajes de presencialidad» o de tiempos mínimos de presencia en el centro)⁽³⁸⁾. El interés en incluir una medida que establezca un cierto tiempo de presencia en el centro de trabajo parece querer evitar el aislamiento de quien realiza la prestación en la modalidad de trabajo a distancia.

3.2. Posibilidades de modalización del principio de voluntariedad del trabajo a distancia

La realización del trabajo a distancia no es un derecho exclusivo de ninguna de las partes integrantes de la relación de trabajo; es el fruto de la voluntad de ambas, bien a través de un acuerdo colectivo, bien de un acuerdo individual.

De ahí que el trabajo a distancia no pueda, en principio, ser impuesto ni de forma individual ni por vía colectiva. La concepción de nuestro legislador, tanto ahora como en momentos anteriores, es que para poder desarrollar la actividad en esas condiciones de distancia es necesario un acuerdo expreso entre el trabajador y el empresario, que manifieste la aceptación voluntaria de la prestación de los servicios a través de esa modalidad. En este sentido, la sentencia del TS, de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2004) advertía de que el «carácter voluntario para el trabajador de la aceptación del teletrabajo a domicilio se deriva en nuestro Derecho de lo que establecen los artículos 1091, 1204 y 1256 del Código Civil en relación con lo ya indicado sobre la imposibilidad de utilizar en esta materia la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y de los límites de regulación aplicables a la autonomía colectiva, que no puede entrar a regular aquellas materias que afectan a la esfera personal de los trabajadores».

A tenor de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 5 del RDL ninguna duda cabe de que el trabajo a distancia ha de ser voluntario para las partes; «el

(37) El propio RDL ha alegado en la propia exposición de motivos que la vulnerabilidad, las necesidades de formación y descanso y la especial susceptibilidad a los riesgos vinculados con esta forma específica de organización (fatiga física y mental, aislamiento, problemas de seguridad y de acoso en el trabajo) aconsejan que respecto a dicho colectivo, de acuerdo con las exigencias de la normativa existente —artículos 6.2 del ET y 27 de la LPRL— se establezcan limitaciones que garanticen un mínimo de tiempo de presencia en los mencionados acuerdos de trabajo a distancia.

(38) Marcan tiempos de presencia en los centros de trabajo, que completan los tiempos de trabajo a distancia, los convenios de Telefónica España SAU y el de Repsol Butano SA.

trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora⁽³⁹⁾. Junto a esta declaración se advierte específicamente que el trabajo a distancia no puede ser impuesto unilateralmente por el empresario a través del mecanismo previsto por el artículo 41 del ET⁽⁴⁰⁾.

Pero la exigencia de voluntariedad para acceder a esta modalidad de prestación de servicios debe enmarcarse, además de en el conjunto de derechos y obligaciones que la propia norma determina, en aquellas condiciones que vengan reguladas en las leyes o en la negociación colectiva. En este mismo sentido, el artículo 5.1 del RDL concluye indicando que su previsión de que el trabajo a distancia debe ser voluntario para las partes ha de entenderse «sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva».

Así, el principio esencial de voluntariedad puede ser modalizado, por un lado, por lo dispuesto en normas de rango legal y, por otro, por la negociación colectiva sobre la base de que el RDL permite que el instrumento convencional establezca un derecho concreto (en determinadas circunstancias) al trabajo a distancia.

Entre las excepciones legales al principio de voluntariedad se encuentra la que reconoce el derecho al trabajo a distancia por motivo de conciliación de la vida laboral y familiar⁽⁴¹⁾: se trata de un derecho regulado por el art. 34.8 ET, que tiene un régimen jurídico propio por lo que a la voluntad de las partes se refiere.

Una segunda excepción al principio de voluntariedad establecida en la ley es la contemplada en el propio RDL 28/2020 en concreto en la disposición final tercera, tres, referida al supuesto de la víctima de violencia de género o de terro-

Se da la circunstancia de que pese a la voluntariedad del trabajo a distancia proclamada en el RDL 28/2020, este ha creado una modalidad procesal nueva (que se incorpora a la LRJS en el nuevo artículo 138 bis) por la que el trabajador puede presentar demanda ante la jurisdicción social si el empresario no atiende su petición.

En la línea de lo indicado en la STS de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2004), que consideró que «la única vía de transformación del contrato en teletrabajo a domicilio será el acuerdo con el trabajador; ni la modificación de condiciones a través del artículo 41 ET; ni, el acuerdo colectivo, que se ha de limitar a materias colectivas».

La mención expresa, contenida en el artículo 34.8 del ET (en su redacción introducida por el artículo 2.8 del RDL 6/2019, de 1 de marzo), a que el derecho a la adaptación de la duración y la distribución de la jornada de trabajo, lo es en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluyendo la prestación del trabajo a distancia. Es decir, que el trabajador que solicite dicha adaptación podrá requerir pasar de un régimen de trabajo presencial a un régimen de teletrabajo. En la mencionada disposición se advierte que «en la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo...».

El trabajador tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

rismo⁽⁴²⁾. Esta disposición dota al artículo 37.8 del ET de una nueva redacción que reconoce el derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la realización del trabajo total o parcialmente a distancia en caso de que ese fuera el sistema establecido o dejar de hacerlo cuando esta modalidad de prestación de servicios fuera compatible con el puesto y las funciones desarrolladas por la mencionada víctima. Los términos en los que se ha de ejercitar este derecho son aquellos que se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En caso de que no existiera un acuerdo al efecto, colectivo o individual, la concreción de este derecho corresponde a las personas afectadas.

Al margen de los supuestos presentados, en los que las normas reconocen derechos de los trabajadores de acceder al trabajo a distancia, otros pueden ser incorporados por la negociación colectiva referidos a trabajadores en general o a colectivos concretos. El reconocimiento de este derecho puede articularse por dos vías: bien directamente contemplando nuevas situaciones, como podrían ser las previstas para responder a compromisos en la empresa de contención de emisión de CO2 y el teletrabajo se empleara para evitar los traslados en medios de transporte contaminantes o para permitir a los trabajadores ahorrar tiempo en los desplazamientos; o bien, de otra parte, a través de la consolidación de derechos preferentes en derechos absolutos. Ese sería el caso, por ejemplo, de que el instrumento convencional dispusiera un derecho de acceso al trabajo a distancia a partir de la preferencia prevista en la nueva redacción del artículo 23.1 a) —incorporada por la disposición final tercera, dos del RD 28/2020⁽⁴³⁾— para que el trabajador pueda responder al seguimiento de sus estudios para la obtención de un título académico o profesional, cuando curse dichos estudios con regularidad. Pasaría así de ser un derecho de preferencia a ser un derecho incondicionado.

Con la fórmula amplia que ha utilizado el legislador en el artículo 5 imponiendo la exigencia voluntariedad —que debe contar con las salvedades contempladas legalmente en las que cabría la implantación del trabajo a distancia (por razones de conciliación familiar *ex art.* 34.8 ET o por la condición de vícti-

(42) «Las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. También 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 persona».

(43) «Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo y 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 un título académico o profesional».

es posible que puedan establecerse otras excepciones al principio de voluntariedad a través de la negociación colectiva.

3. Fijación de pautas o preferencias para el tránsito al trabajo presencial o al trabajo a distancia

El RDL 28/2020 remite a los convenios o acuerdos colectivos la precisión de las condiciones en las que ha de producirse la modificación de régimen de prestación de servicios. El artículo 8 (en su apartado tercero), que ordena esta delegación, distingue dos supuestos.

El primer escenario de intervención es el que se produciría en la propia transformación de un régimen presencial a trabajo a distancia y viceversa. Tanto en el caso del trabajo presencial al trabajo a distancia como a la inversa, los convenios o acuerdos pueden pautar los criterios y mecanismos que dan lugar a dicha modificación. Los instrumentos convencionales han dispuesto, en ocasiones, ciertas condiciones para que los trabajadores de la empresa accedan a programas de teletrabajo, como una determinada antigüedad⁽⁴⁴⁾ o conocimientos técnicos o informáticos precisos⁽⁴⁵⁾; aunque algún convenio exige también que el vínculo con la empresa sea el de un contrato indefinido⁽⁴⁶⁾.

La determinación de las actividades o puestos de trabajo que pueden desempeñarse mediante el trabajo a distancia y el desarrollo de los criterios que se requieren a los trabajadores para que puedan prestar su actividad laboral en régimen de teletrabajo es una de las materias más importantes en la regulación de esta modalidad de prestación de servicios. La norma reguladora atribuye expresamente a la autonomía colectiva la precisión de dichos aspectos. Según la disposición adicional primera, corresponde a la negociación colectiva, de una parte, la concreción de las áreas, tareas, actividades y las condiciones que deben cumplir los trabajadores susceptibles de acogerse al trabajo a distancia y, de otra parte, la determinación de los puestos que pueden ser cubiertos mediante teletrabajo, de los puestos que quedan excluidos de la posibilidad de ser realizados a través del trabajo a distancia y las funciones o condiciones que se requieren para acceder a este régimen de trabajo. En la especificación de los términos señalados es conveniente que se precisen criterios objetivos —y no meramente expresiones genéricas y ambiguas— puesto que con ello se dota de seguridad y certidumbre a la disposición final sobre el acceso de un determinado trabajador a esa forma de prestar sus servicios.

Antigüedad de seis meses se exige en el convenio de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain SLU (art. 49), de doce meses, en el convenio del grupo Selecta (art. 43) y en el de Telefónica España SAU (art. 89) o de dos años, en el convenio de Repsol Butano SA (art. 72).

Como exige el convenio de Repsol Butano SA (art. 72).

En el convenio colectivo del Grupo ONO (art. 61.8) o en el de Carlson Wagonlit España, SLU (art. 11).

Un listado sobre los puestos y funciones que pueden ser realizados por el trabajo a distancia, tal como está dispuesto en el RDL, parece tener una naturaleza constitutiva, por lo que aquellos que no aparezcan en el mismo no podrían ser susceptibles de realización mediante trabajo a distancia, lo que puede valorarse como un límite, quizá no muy justificado, a la libertad empresarial de organización del trabajo. Si en los acuerdos o convenios colectivos no existiera este listado, correspondería al empresario la identificación de los puestos y funciones, pudiendo ofertarlos a los trabajadores en el momento de su contratación o en un momento posterior.

Respecto del concreto paso al régimen a distancia, como se va a ver en el epígrafe siguiente, el artículo 5 del RDL dispone que los trabajadores que desarrollan su actividad laboral a distancia provenientes de una relación de trabajo presencial tienen un derecho inmediatamente ejercitable a obtener un puesto de carácter presencial en el centro de trabajo por aplicación del principio de reversibilidad.

La negociación colectiva puede, además, siguiendo lo declarado en el artículo 8.3 del RDL, fijar las preferencias de conversión en ambas direcciones; en este sentido, se indica que los convenios o acuerdos colectivos pueden establecer condiciones preferentes vinculadas a distintas circunstancias, entre las que se señalan, como ejemplo, 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.

Un segundo campo en el que puede actuar la negociación colectiva es el de la conversión del trabajo a distancia total e inicial en presencial; a los trabajadores que se encuentren en esa circunstancia se les reconoce (art. 8.2) una prioridad para ocupar los puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente en los locales de la empresa, sobre los que se produzca una vacante. Con ello se identifica claramente una preeminencia en el acceso al trabajo presencial de los trabajadores a distancia de la empresa sobre las personas que no tienen relación laboral con ella, de manera que la información de vacantes a quienes trabajan a distancia en la misma les abre una expectativa de empleo preferente sobre cualquier otro candidato sin vínculo contractual previo con la empresa.

En relación con esto se ha previsto, además, que los convenios o acuerdos colectivos puedan ordenar las prioridades contenidas en el RDL, entre las cuales se identifica la expuesta (los trabajadores a distancia podrían ocupar un puesto presencial en la empresa antes que un candidato externo), es decir que, a partir de lo establecido en la norma pueden disponer una prelación. No parece que en la ordenación que puede recoger la negociación colectiva quepa introducir otras causas de inclinación favorable distintas a tenor de la expresión utilizada «prioridades establecidas en el RDL». Dado que la única prioridad que, como tal, se identifica expresamente en la norma es la mencionada, podría acudirse a un

acceso de preferencia, no ya de prioridad, señalado, como el del acceso para los trabajadores que cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, contemplado en la disposición final tercera del RDL 28/2020. Cabe pensar que se podría articular en los instrumentos convencionales una prelación entre esos dos supuestos.

El legislador ha puesto de manifiesto su temor a que la puesta en marcha de estos mecanismos pueda derivar en la perpetuación de roles y estereotipos de género, por lo que advierte expresamente que, en el diseño de estas vías de conversión, la negociación colectiva debe tener en cuenta, a través de las fórmulas que considere más apropiadas, 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.

14. Establecimiento de términos o condiciones para la reversibilidad del trabajo a distancia

El AMET diferencia entre el teletrabajo que se establece inicialmente en el contrato de trabajo y aquel que es resultado de la transformación de un anterior trabajo presencial. El RD 28/2020 no parte de esa distinción pero implanta un mecanismo de reconversión en trabajo presencial basado en un régimen de modificación o novación propio; es aquel que se haya establecido en la negociación colectiva.

El legislador, consciente de la posibilidad de que no se haya incluido en el instrumento negociado disposición alguna al respecto, ha considerado que, ante la ausencia de previsión en este sentido, deberá estarse a lo convenido en el acuerdo individual del trabajo a distancia. La regulación convencional de la reversibilidad y el mecanismo supletorio que juega ante su ausencia están contemplados, en primer lugar, en el apartado segundo de la disposición adicional primera, que indica claramente que la reversibilidad se encuentra condicionada por los términos regulados en la negociación colectiva, y, en segundo lugar, en el apartado tercero del artículo 5 del RDL, que prevé la circunstancia de que el convenio nada contemple al respecto por lo que indica que, en su defecto, ha de acudirse a lo establecido en el acuerdo individual de trabajo a distancia, que deberá contener, obligatoriamente, referencia a la duración de los plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad. Se aprecia con facilidad que los preceptos aludidos manifiestan un predominio de la autonomía colectiva frente a la autonomía individual en la regulación de la reversibilidad.

Del mecanismo de conversión configurado en el RDL 28/2020 —como una vía supeditada al acuerdo negociado colectivamente o, en su caso, al acuerdo entre las partes— se deriva que queda proscrita la reversibilidad basada en una decisión unilateral del empresario en la misma línea que ha apuntado la doctrina judicial; que ha estimado que no es admisible (ilícita) la reversibilidad por decisión del empleador, que suponía la reducción a la mitad de los dos días dedicados

a teletrabajar de un empleado que había venido prestando sus servicios en la empresa en ese régimen desde hacía tiempo⁽⁴⁷⁾.

La ordenación del ejercicio de la reversibilidad del trabajo a distancia en la negociación colectiva puede incluir referencias relativas a varios aspectos. Cabe destacar, entre ellos, los siguientes; en primer lugar, la posibilidad de que prevea el ejercicio de la reversibilidad por parte de la empresa por causas definidas, tasadas y adecuadamente justificadas en el propio instrumento colectivo⁽⁴⁸⁾, como en supuestos de fuerza mayor⁽⁴⁹⁾. En segundo lugar, la fijación de los plazos de preaviso necesario para ejercer la reversibilidad. La principal situación que puede producirse en estos casos, bien sea por iniciativa del empleador o del trabajador, ocurre cuando se haya acordado entre ellos que el trabajo a distancia pase a desarrollarse, parcial o totalmente, como un trabajo presencial en el centro de trabajo. Puede pensarse que la fijación de un plazo de preaviso, que se menciona como contenido obligatorio del acuerdo individual (art. 7 g) del RDL también podría integrar la regulación convencional. El establecimiento de dicho período de preaviso no parece, en principio, tener un buen acomodo en este contexto puesto que generalmente la decisión de reversibilidad ha de estar basada en un acuerdo entre las partes —por lo que ahí pueden fijar el momento de reincorporación—. Aunque, sería razonable que se aplicara si la reconversión se produjera como resultado de una decisión de una de las partes, pero esta situación únicamente cabría si estuviera prevista en convenio o acuerdo colectivo, como en el caso de fuerza mayor, en el que probablemente el margen temporal de actuación se encuentre muy limitado⁽⁵⁰⁾. El preaviso podría aplicarse también si se hubiera reconocido en el acuerdo un derecho al retorno al trabajo presencial por la mera

(47) Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, 352/2020, de 21 de mayo del 2020, (rec. 1021/2019).

(48) Así, el convenio de Telefónica España SAU (anexo V al convenio) contempla la reversibilidad a instancia de la empresa «cuando concurren razones de organización del trabajo o causas productivas o tecnológicas, cambio de actividad de la persona teletrabajadora, cambio de puesto de trabajo y cuando no se adecua al perfil requerido para el teletrabajo». En nuestra opinión este presupuesto es de dudoso encaje en la nueva norma porque deja excesivamente abierta la posibilidad de revocación del acuerdo de trabajo a distancia por decisión unilateral de la empresa.

(49) Como hace el convenio colectivo de la empresa Carlson Wagonlit España SLU (art. 11).

(50) Se ha previsto un plazo de preaviso para ejercer la reversibilidad, aun sin causa justificada, en el convenio del Grupo Selecta (art. 43), en el que se establece que «cualquiera de las partes podrá denunciar el acuerdo de teletrabajo, durante cualquier momento de su vigencia, sin alegar motivo alguno, comunicándolo a la otra parte por escrito con al menos un mes de preaviso. Transcurrido ese plazo de preaviso, el acuerdo de teletrabajo se tendrá por concluido y el trabajador volverá a prestar servicios de forma presencial en el centro de trabajo de la empresa». O en el convenio de Repsol Butano (art. 72), que dispone que «la Dirección de la Empresa podrá extinguir la/s situaciones de teletrabajo en cualquier momento, pudiendo volver todos los teletrabajadores a desarrollar permanentemente su trabajo en los locales del empleador... la situación de teletrabajo es reversible tanto por su parte como por parte de su superior en cualquier momento. Si se produjera la reversión de la situación de teletrabajo por alguna de las dos partes —jefe y colaborador/colaboradora—, la parte que desea finalizar la situación comunicará por escrito a la otra parte la fecha de finalización, con una antelación mínima de 15 días». No se recoge, en estos casos, si hace el RDL, la exigencia de acuerdo entre las partes.

voluntad del trabajador. En todo caso, la determinación de un plazo de preaviso para operar la reversibilidad no genera un derecho a la modificación unilateral del vínculo establecido por acuerdo, sino que requiere de un nuevo acuerdo entre trabajador y empresario.

Otros aspectos relacionados con la reversibilidad pueden ser contemplados en los instrumentos convencionales como la posibilidad de que se limite su ejercicio por circunstancias excepcionales —en caso de venta de establecimientos de empresa, por ejemplo—, se sujete a un período determinado (de la duración de la prestación del trabajo a distancia), se fijen plazos en los que puede realizarse y, más en concreto, se establezca un plazo mínimo del que disponen la empresa y el trabajador para ejercer el derecho a la reversibilidad.

No parece necesario, de otro lado, determinar las condiciones en las que un trabajador se ha de reincorporar a la situación de la que partía. El propio término de reversibilidad, que transmite la capacidad de un receptor de recuperar, en relación con sus expectativas de uso, su estado básico⁽⁵¹⁾, implica que, a la vuelta a la situación de origen, corresponde retomar las mismas condiciones que se habían acordado, con carácter previo, al paso al otro régimen.

A la vista de lo apuntado puede afirmarse que los términos del RDL dejan un espacio muy abierto a la negociación colectiva para la regulación de la vuelta a la presencialidad, respetando siempre que esta no puede imponer —salvo en casos muy excepcionales—, la reversibilidad, ya sea a iniciativa del trabajador o a iniciativa de la empresa, puesto que su aplicación deberá siempre contar con un necesario acuerdo de voluntad entre ambas partes⁽⁵²⁾.

15. Precisiones sobre el contenido del acuerdo individual del trabajo a distancia

El acuerdo individual de trabajo a distancia es un pacto formalizado entre las partes que recoge los derechos, las condiciones de trabajo y las obligaciones aplicables al desempeño de la actividad laboral mediante el trabajo a distancia. La información contenida en dicho acuerdo dota de *transparencia, seguridad y reversibilidad a la relación de trabajo prestada en el régimen de trabajo a distancia; por ello el legislador ha querido asegurar que los trabajadores y los empresarios dispongan por escrito de la información más completa posible al comienzo de la prestación de sus servicios en ese régimen.*

Con ese objeto la norma ha regulado la forma y el contenido básico del acuerdo de trabajo a distancia. El artículo 7 del RDL indica cuál ha de ser el contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, «sin perjuicio de la

(51) Diccionario Panhispánico de Español Jurídico.

(52) La reversibilidad no deja de ser una modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia por lo que su ejecución necesita, en todo caso, del acuerdo entre la empresa y el trabajador —formalizado por escrito—, como se desprende del artículo 8 del RDL.

regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos». De donde se deriva que la negociación colectiva puede prever que otros conceptos integren dicho acuerdo. El mencionado artículo incluye una norma de derecho necesario relativo que, según se deduce del tenor literal del precepto, podría ser modificada en el sentido de su ampliación pero también de su reducción por la negociación colectiva⁽⁵³⁾.

La información mínima que el artículo 7 del RDL indica que debe contener el acuerdo —si no prevé otra cosa la negociación colectiva— es la relativa a: el inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado; la enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia y cuantificación de la compensación que debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma; el horario de trabajo de la persona trabajadora; el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia; el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia; el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia; la duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, los medios de control empresarial de la actividad; los procedimientos a seguir en el caso de que se presenten dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia; las instrucciones dictadas por la empresa en materia de protección de datos y aquellas sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; y, en fin, la duración del acuerdo de trabajo a distancia⁽⁵⁴⁾.

Se advierte que no se ha incluido ninguna mención a la retribución o a la formación tecnológica mínima que puede requerirse a un trabajador; se aprecia también la ausencia de referencia a un período de prueba en el trabajo a distancia por lo que la vía negociada puede ser un buen mecanismo para hacer que se integren estas condiciones en el acuerdo individual.

Especial atención debe atribuirse a uno de los elementos del mencionado contenido mínimo que enumera el artículo 7; el relativo a la «enumeración de

(53) Considera que el listado del artículo 7 no puede ser reducido por convenio o acuerdo colectivo, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación...*, op.cit., pág. 56. No se nos escapa que la intención del legislador ha podido ser la de prever «un contenido mínimo obligatorio» que el convenio o acuerdo pueda extender con otros adicionales pero en tal caso, podía haberlo indicado expresamente.

(54) La disposición adicional primera del RDL indica que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, entre otros términos, la duración máxima del trabajo a distancia. Ciertamente la norma no exige ningún plazo de duración máxima ni mínima del trabajo a distancia. Aunque se diga expresamente que la negociación colectiva puede fijar una duración máxima, nada impide tampoco que los convenios o acuerdos colectivos puedan establecer un periodo de duración mínimo (con posibles prórrogas). El establecimiento de una duración máxima pretendería evitar una perpetuación indeseada del trabajo a distancia y el de una duración mínima podría dotar al trabajo fuera de los establecimientos de la empresa de una cierta estabilidad, tanto en el desarrollo de esta modalidad de prestación laboral como en la gestión y organización de las relaciones laborales por parte de la empresa.

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».

Según expresa la letra b) del artículo 7, la negociación colectiva debería prever diversos rasgos relacionados con los gastos en los que incurre el trabajador por realizar su trabajo fuera de la sede de la empresa: el listado de gastos, la forma de calcular la cuantía compensatoria, el momento en el que realizar el ingreso correspondiente a la compensación y la forma en la que se procede a abonar las cuantías. Concretados estos conceptos en el convenio o acuerdo colectivo, su contenido debe «corresponderse» con lo que las partes pacten en el acuerdo individual, debiéndose entender ese término en el sentido de coincidencia o mejora de lo dispuesto en los mencionados instrumentos convencionales. En caso contrario, esto es, si nada se ha previsto por la negociación, desaparece razonablemente la exigencia de correspondencia.

Desde luego, la implantación del trabajo a distancia incidirá en las estructuras retributivas de la negociación colectiva, y algunos complementos salariales vinculados a los desplazamientos al centro de trabajo⁽⁵⁵⁾ o remuneraciones en especie de compensación de gastos de comida⁽⁵⁶⁾ u otros similares, previsiblemente tengan en adelante una diferente acogida. Hay convenios que, a cambio de la expresión de tales conceptos, han incorporado un complemento particular por trabajo a distancia⁽⁵⁷⁾.

A la previsión contemplada en el artículo 7, relativa a lo que la negociación colectiva puede disponer respecto del contenido del acuerdo individual de trabajo a distancia, se ha de sumar otra remisión contenida en la disposición adicional primera, que expresa que los convenios o acuerdos colectivos pueden establecer contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito. Esta segunda referencia confirma la posibilidad de que a través de estos instrumentos se puedan ampliar los términos que debe incluir el pacto individual pero en el aire sigue quedando la duda de si es posible su reducción, a tenor de lo que literalmente expresa el artículo 7.

(55) En el régimen de trabajo a distancia se excluye el pago de los gastos derivados del desplazamiento al lugar de trabajo en el convenio del BBVA (cláusula sexta). Vid., SIERRA BENÍTEZ, M.E., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011, pág. 233 y 234.

(56) El convenio Lyntia Networks, SAU, para los centros de Madrid y A Coruña (2020-2023), firmado tras la aprobación del RDL 28/2020, establece (art. 45) que «el vale de comida no se abonará los días que el personal efectúe teletrabajo», igualmente en el convenio de Nokia (art. 43). En cambio, mantienen la ayuda alimentaria el convenio del BBVA (cláusula sexta) o el acuerdo en materia de teletrabajo de la empresa SHS Polar Sistemas Informáticos SL (cláusula séptima).

(57) Como el complemento casa-oficina y el complemento de teletrabajo del convenio BP OIL Espala, SAU (art. 43) o el

3.6. Especificación de las obligaciones empresariales de dotación y mantenimiento de medios de trabajo

En ejercicio de la equiparación de derechos entre trabajadores presenciales y a distancia es imprescindible que estos no se vean afectados por un aumento de gastos derivados de este régimen de prestación por lo que es preciso que el empresario asuma ciertas cargas económicas que normalmente se corresponden con deducciones de costes debidas a que el empleado no se encuentra presencialmente en el centro de trabajo. El RD 28/2020 reconoce a los trabajadores a distancia dos derechos de naturaleza económica y técnica de gran trascendencia para la viabilidad de esa modalidad de prestación del trabajo. Por una parte, el derecho a la dotación de medios necesarios para desarrollar la actividad laboral a distancia⁽⁵⁸⁾ y, por otra, el derecho al mantenimiento de dichos medios. A lo anterior se suma un derecho particular referido a la atención necesaria para resolver las dificultades técnicas que pueden surgir en el teletrabajo.

Para atender al primero de los derechos apuntados, el artículo 11.1 de la norma dispone que el empresario debe proporcionar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para la realización del trabajo a distancia, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo de trabajo a distancia y con los términos que se establezcan, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

A tenor del mencionado precepto, los empleados a distancia han de recibir de sus empresas los equipamientos que el desarrollo de la actividad requiera (lo que no implica que el empresario deba conceder todo lo que solicite el trabajador sino solo aquello que el acuerdo individual contenga). Esto incluiría, en un sentido amplio, cualquier medio, equipo o herramienta que sea imprescindible para la prestación de los servicios a distancia, como, además de los instrumentos informáticos (ordenadores, impresoras, escáneres, teléfonos móviles...)⁽⁵⁹⁾, el material consumible y los elementos muebles —determinando la vida útil y el período máximo de renovación de los mismos—⁽⁶⁰⁾. El término empleado por el RDL «*todos*» parece favorecer esa interpretación extensiva. Además de la facilitación

(58) Aunque este derecho ya estaba contemplado en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo («como regla general, el empresario está encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo») es de nueva incorporación en nuestro ordenamiento jurídico.

(59) El convenio para Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (2019-2023) ha dispuesto (art. 14) el «derecho a la dotación por parte de la empresa de los siguientes medios, equipos y herramientas, siempre que sean necesarios para el desarrollo de la actividad profesional: — Ordenador, Tablet, SmartPc o similar. — Teléfono móvil con línea y datos necesarios y suficientes para la conexión (wifi). — A petición de la persona trabajadora, silla ergonómica homologada».

(60) Tal y como recoge el artículo 7 a) del RDL, al que remite el propio artículo 11.1 de la misma norma. Si no existiera regulación colectiva al respecto, se aplicaría lo que se hubiera pactado en el acuerdo individual y, si la regulación colectiva existiera, se aplicaría lo dispuesto en la misma, salvo que la regulación del acuerdo individual fuera más favorable para el trabajador.

de los equipos, el empresario debe proveer al trabajador de un mantenimiento de los mismos que se entienda «adecuado», a través, por ejemplo, de revisiones periódicas.

Este derecho puede ser reclamado por el trabajador con independencia de si ha sido o no desarrollado por la negociación colectiva pero, en su ejercicio, deberá tener en cuenta los términos que en ella se hayan establecido. Es previsible que los convenios o acuerdos colectivos regulen con cierto detalle estos aspectos por el impacto que ello puede tener para las partes.

La empresa debe también garantizar la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente si se trata de teletrabajo, como por ejemplo asumiendo la resolución de problemas o de complicaciones —como las deficiencias de las conexiones a la red wifi—. A diferencia del supuesto anterior, no se mencionan aquí las previsiones que la negociación colectiva puede contener pero éstas pueden asimilarse a las referidas al mantenimiento de los medios de trabajo que dispone el teletrabajador.

Como deber correlativo al derecho de dotación de equipos, el artículo 21 del RD 28/2020 impone a los trabajadores a distancia la obligación de cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación de los instrumentos o útiles informáticos. La determinación de esas condiciones aludidas se remite a la negociación colectiva. A falta de previsión convencional, el empleador puede ejercer facultad ordenadora aunque sujeta al límite de la razonabilidad y de la ausencia de arbitrariedad.

7. Previsión de procedimientos o mecanismos para la suplencia o compensación de gastos del trabajo

Con la misma finalidad que se reconoce al derecho a la dotación de medios de trabajo se posibilita que los trabajadores a distancia puedan ver compensados los gastos que les acarrea el hecho de trabajar fuera de los centros de la empresa de forma que no sufran un perjuicio económico respecto de aquellos trabajadores presenciales por causa del lugar en el que se acuerda prestar los servicios.

En virtud de lo que dispone el artículo 12 del RDL 28/2020, los equipos necesarios para la realización del trabajo a distancia deben ser proporcionados por el empresario, también los costes derivados de la utilización de esas herramientas y medios⁽⁶¹⁾ necesarios para la realización del trabajo a distancia deben correr a cargo del empleador; por ello las empresas se encuentran obligadas a abonar, pagar o compensar al trabajador los gastos vinculados al desarrollo de su actividad laboral⁽⁶²⁾. Tal y como expresa la citada disposición, en su apartado 2, la

(61) Cabría incluir cualquier otro medio que no sea tecnológico dentro de la obligación empresarial de asunción de los gastos, tales como sillas ergonómicas, mesas o lámparas.

(62) En la misma línea que el Acuerdo Marco Europeo que indica que «si el teletrabajo se realiza regularmente, el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones».

forma para determinar o cuantificar dichos gastos y la vía a través de la cual la empresa va a realizar su compensación o abono a los trabajadores puede establecerse por medio de convenio colectivo o acuerdo colectivo.

Este crucial derecho de los empleados a distancia es directamente ejercitable por estos y, como el de dotación y mantenimiento de equipos, no se encuentra condicionado a su previsión por la negociación colectiva. En todo caso, la negociación colectiva puede desarrollar su ordenación contemplando aspectos referidos al mecanismo para la determinación de los gastos, el modo de cuantificación de la compensación y la forma para realizar la misma, que está previsto que deban constar en el acuerdo de trabajo a distancia —que se aplicaría en el inusual caso de que la negociación nada previera o si, incluyendo la correspondiente regulación, el contenido del acuerdo individual en este aspecto resultara más favorable para el trabajador—.

Desde luego, la multiplicidad de situaciones que pueden darse justifica la remisión a la negociación colectiva. Este será sin duda uno de los elementos más relevantes a incluir en los convenios o acuerdos colectivos o, en su defecto, en los acuerdos individuales que se suscriban entre trabajador y empresario.

De este modo, es posible que en los instrumentos convencionales se concrete una cuantía fija (a tanto alzado) o se establezca un porcentaje del salario a los efectos de sufragar o compensar dichos gastos, con objeto de permitir la acomodación de su cuantificación y la forma de su abono a las circunstancias (de una sola vez o periódicamente), especificidades y pretensiones concretas del sector o la empresa⁽⁶³⁾. Entre los conceptos que incluirían esos gastos se encuentran los típicos de suministros como la línea telefónica, gas, electricidad o internet (pero también podrían integrar otros como el agua o la limpieza) —a los que puede atenderse incluso aplicando una parte proporcional del propio consumo—⁽⁶⁴⁾.

Cabe apreciar que el término «medios» que utiliza el artículo 12 parece estar elegido a conciencia para dotar de amplitud a este derecho que corresponde

(63) Convenio colectivo BP OIL España, SAU para sus centros de trabajo de Madrid y Las Palmas (2017-2019) incluye compensaciones muy altas: un complemento de casa-oficina de 2.944,40 euros brutos anuales y dotación de medios y un complemento de teletrabajo de 6.407,52 euros brutos anuales (para gastos de calefacción, luz, limpieza...) y una cantidad máxima de 1.900 euros brutos anuales (de una sola vez) para obras de acondicionamiento de vivienda. Por su parte, el convenio colectivo para Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (2019-2023) dispone que cuando se está más del 30% de la jornada teletrabajando, esto es cuando se trabaja en modalidad a distancia regular, se ha de dotar de medios al trabajador y hasta 130 euros para adquirir otros medios (teclado, ratón y pantalla) si no se proveen. Están también previstos 55 euros para gastos generales (100% jornada). En los casos en los que se trabaja menos de 30% de la jornada total se asume el compromiso de dotar a los trabajadores de medios (como ordenador o teléfono móvil).

(64) Sorprende el contenido del artículo 70 del convenio de Cruz Roja para la C. de Madrid que señala que: «la Institución implantará las medidas tecnológicas necesarias para la realización del teletrabajo (aplicaciones, sistemas 365, ordenadores portátiles compartidos, etc.). No obstante, no correrá con costes adicionales como la línea de conexión a internet, mobiliario (mesa, silla, etc.), suministros, etc.».

determinar a la negociación colectiva. Es difícil proponer en abstracto un listado de medios necesarios porque estos dependerán de la actividad de la empresa y de los puestos de trabajo que correspondan a cada trabajador a distancia.

De otro lado, la previsión legal relativa a la compensación de gastos mantiene una evidente indeterminación al establecer que la forma de compensación se regulará por la negociación colectiva. Lo natural es que esos gastos propios de la prestación del trabajo fuera de la sede de la empresa existan y que el empresario asuma pero si no se determina dicho deber y se concreta la forma en la que se compensarse y abonarse en el instrumento colectivo, ninguna disposición podría obligar expresamente al empresario a pagarlos.

Establecimiento de condiciones de utilización de los medios digitales

El derecho a la intimidad y a la protección de los datos, de un lado, y el derecho a la desconexión digital, de otro, conforman el grupo de derechos relacionados con el uso de los medios digitales de los trabajadores a distancia. Se trata de derechos ya configurados en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, —por lo que es ese el marco regulador señalado— a lo que se añaden previsiones específicas referidas al trabajo a distancia.

El artículo 17 del RD 28/2020 advierte de que en la utilización de los medios informáticos y en el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos debe garantizarse adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, en los términos previstos en la mencionada Ley de Protección de Datos⁽⁶⁵⁾, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados⁽⁶⁶⁾. A tal efecto las empresas deben fijar criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando los estándares mínimos de protección de la intimidad, de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente (en cuya elaboración deberá participar la representación legal de los trabajadores).

En ese contexto, los convenios o acuerdos colectivos pueden especificar los términos dentro de los cuales los trabajadores pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la

El artículo 87 de la LO 3/2018 contiene regulación relativa al derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. *Vid.*, GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A., «La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo», *NREDT*, nº 2016, 2019.

Es de señalar que se recogen, por primera vez, los criterios sentados por la jurisprudencia —STS de 8 de febrero de 2018 (rec. 1121/2015)— y desarrollados reiteradamente, respecto del control de medios informáticos por parte de la empresa.

empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia⁽⁶⁷⁾.

Junto al derecho a la intimidad y protección de datos queda recogido también expresamente, en el artículo 18 del RDL, el derecho de los trabajadores a distancia a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo⁽⁶⁸⁾, para lo cual remite de nuevo el legislador a la Ley Orgánica 3/2018, especificando el artículo que concreta la regulación general sobre desconexión digital⁽⁶⁹⁾.

El artículo 18 del RDL no solo establece expresamente la obligación empresarial de garantizar la desconexión digital, sino que da un paso más al identificar en qué consiste este deber empresarial. Así, de acuerdo con esta disposición, el mencionado deber va a implicar dos actuaciones por parte de la empresa. Se trata, de un lado, de actuaciones dirigidas a la limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso y, de otro, de aquellas tendentes a que se respete la duración máxima de la jornada —u otros límites dispuestos legal o convencionalmente—⁽⁷⁰⁾.

Hay, además, una remisión a la negociación colectiva para el establecimiento de los instrumentos adecuados 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. La alusión, en el artículo 18 del RD a «medios y medidas» apropiados transmite la idea de que no es suficiente que en la negociación colectiva se haga una simple mención a este derecho, sino que es necesario que se regulen las vías concretas para limitar el uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial durante los periodos de descanso. Cabría, en ese sentido, incluir medidas limitativas que contengan prohibiciones expresas de envío de correos o mensajes a través de aplicaciones fuera del horario de trabajo, a cuyo incumplimiento se podrían añadir sanciones u otras medidas que incluyeran acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas.

Pero el carácter imperativo del precepto que contempla la desconexión digital se ve matizado por aplicación de lo indicado en la disposición adicional primera del RDL, que, en su apartado segundo, señala que los convenios o acuerdos colectivos pueden establecer las posibles circunstancias extraordinarias de modu-

(67) Respecto del uso personal de los equipos informáticos, el convenio colectivo del Grupo AXA (art. 15) dispone que la utilización excepcional por los trabajadores de las herramientas puestas a su disposición para fines personales de carácter necesario y perentorio no supondrá incumplimiento laboral.

(68) Vid., TRUJILLO PONS, F., «Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la «desconexión digital en el trabajo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2020.

(69) El artículo 88 de la LO 3/2018, regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

(70) Son significativos los acuerdos sobre desconexión digital adoptados tras la LO 3/2018, como el de Telefónica, de 17 de julio de 2019, o el del BBVA, de 25 de septiembre de 2019.

de este derecho⁽⁷¹⁾. Quizá hubiera sido conveniente haber precisado con más detalle la expresión «circunstancias excepcionales» para evitar un posible acceso en el establecimiento de límites al derecho de desconexión digital.

3. Ordenación del tiempo de trabajo y aspectos conexos

Entre los derechos de repercusión en los tiempos de trabajo se recoge, para el trabajador a distancia, el derecho a flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido⁽⁷²⁾. El artículo 13 del RDL 28/2020 reconoce este derecho y dispone que su ejercicio se encuentra condicionado a un posible triple límite; en primer lugar, los términos que se establezcan al respecto en el acuerdo de trabajo a distancia, en segundo lugar, lo que se haya dispuesto por la negociación colectiva, y, en tercer lugar, por el respeto a los tiempos de disponibilidad obligatoria de la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso⁽⁷³⁾.

De manera que si nada se hubiera contemplado en convenios colectivos o acuerdos el trabajador a distancia tendría derecho a un horario flexible; se trataría de una condición intrínseca a esta forma de prestar los servicios en la empresa⁽⁷⁴⁾.

La flexibilidad a la que se refiere este artículo 13 es la del tiempo en el que el trabajador debe estar disponible para la empresa en su lugar de trabajo y, por tanto, sería el tiempo considerado como de trabajo efectivo. En la ordenación de este tiempo, la negociación colectiva puede acoger supuestos concretos de amolamiento como, por ejemplo, permitir cierta flexibilidad al empleado en el horario del trabajo a distancia, pero manteniendo la exigencia de que deba encontrarse disponible durante ciertas horas de la jornada diaria.

Otro derecho con impacto en los tiempos de trabajo es el que tienen los trabajadores a que se registre su horario; este se encuentra regulado en el artículo 49 del ET, que dispone que la empresa deberá garantizarlo y «deberá incluir el

Como ya preveía el convenio colectivo de Philips Ibérica SAU (art. 46) o el del Grupo AXA (art. 14) al reconocer el derecho general de los trabajadores, salvo en casos de fuerza mayor o por causas excepcionales, a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo o el convenio de Philips (art. 46), que excepciona el derecho de desconexión si concurre fuerza mayor.

En este sentido cabe citar el convenio colectivo de Mapfre (art. 13), que vincula el trabajo en remoto a la flexibilidad, también la horaria, el acuerdo sobre teletrabajo BBVA (sexto b)), el convenio del Grupo ONO (art. 61) o el de Ibermática (art. 19 D).

El trabajo a distancia debe regirse por las mismas reglas sobre tiempo de trabajo, tiempos de descanso y límites en materia de jornada, que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, el ET para la prestación presencial. Vid., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo en España: perspectivas jurídico laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 51.

Siguiendo lo que indica el AMET «en el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las normas laborales aplicables, corresponde al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo. La carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario».

horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, ... Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa... se organizará y documentará este registro de jornada». Pese a que es un derecho que se aplica a todos los trabajadores, el RDL ha querido incluirlo expresamente para el trabajo a distancia⁽⁷⁵⁾.

La fórmula utilizada por el artículo 14 del RD 28/2020, que incluye una remisión al artículo 34.9 del ET, no manifiesta que existan diferencias sustanciales con el régimen del registro horario de un trabajador presencial. La empresa deberá reflejar en el sistema de registro horario, el tiempo que el trabajador que realiza trabajo a distancia dedica a la prestación de los servicios y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

En consecuencia, el trabajo a distancia no queda al margen de la necesidad de control horario; control, que debe ser realizado, organizado y documentado por la empresa, a través de la negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, por medio de decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores. En todo caso, si fuera preciso que la regulación general de la empresa requiriera una adaptación particular a la relación de teletrabajo, debería preverse un método concreto de registro para ese régimen así como criterios específicos para su control horario.

En el trabajo a distancia realizado con medios tecnológicos, el método que se utilice para el registro de la jornada deberá ser preferentemente telemático o digital y deberá ofrecer garantía de ser objetivo.

3.10. Colaboración en el estatuto de derechos de los trabajadores a distancia: igualdad con el trabajador presencial y garantía de ejercicio de derechos colectivos

El principio de igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación, impone que a los trabajadores a distancia se les apliquen las mismas condiciones que a los presenciales, con la excepción naturalmente de aquellos derechos que sean inherentes a la actividad presencial. El artículo 4.1 del RDL 28/2020 reconoce este principio al disponer que «las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional». El legislador asume el compromiso de procurar un trato equitativo entre

(75) La mención en el RDL del registro de la jornada tiene como finalidad la modulación de la fijación del trabajo por objetivos o una disponibilidad excesiva para los trabajadores a distancia. ÁLVAREZ CUESTA, H., «Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro trabajo a distancia», *Lan Harremanak*, nº 43, 2020, pág. 175 y ss.

trabajadores dependientes internos y externos a los establecimientos de la empresa⁽⁷⁶⁾.

Este principio se va desarrollando a lo largo del texto del RDL en diversos preceptos que incluyen derechos de los trabajadores en remoto como los derechos a la no discriminación por razón de sexo, a la formación y promoción profesional, derechos económicos, de dotación de medios técnicos o derechos colectivos.

Una importante manifestación del principio proclamado en el artículo 4 del RDL es la relativa a que los trabajadores a distancia puedan ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de los trabajadores del centro de trabajo al que se encuentran adscritos⁽⁷⁷⁾. Así lo señala el artículo 19 del RDL 28/2020, que además ha previsto que la negociación colectiva⁽⁷⁸⁾ pueda establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia en atención a las singularidades de su prestación⁽⁷⁹⁾.

Ciertamente, no puede ignorarse que la ausencia física del trabajador en los establecimientos de la empresa puede dificultar el ejercicio de sus derechos colectivos, entre otros, el derecho a afiliarse y tomar parte en las actividades del sindicato⁽⁸⁰⁾ o a participar en las elecciones a los órganos de representación en la empresa⁽⁸¹⁾. De otro lado, surgen dudas respecto de la adscripción del trabajador a distancia a uno u otro centro de la empresa –en caso de tener varios–, a efectos

Este principio es recogido expresamente en convenios como el del sector de Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (art. 20), el de Perfumería y afines (art. 15), el del sector del Comercio del Metal de la C.A. de Madrid (art. 25), el del Grupo ONO (art. 11), el de Accepta Servicios Integrales SLU (art. 8), el del Grupo Selecta (art. 43) o el de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain SLU (art. 49).

El Convenio 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio (1996) ya contemplaba el problema del ejercicio de los derechos colectivos por los trabajadores a distancia.

En la versión original del anteproyecto de RDL se decía que debían ser regulados por «convenios colectivos sectoriales», mientras que el RDL se refiere genéricamente a la «negociación colectiva», lo que abre la posibilidad de que pueda ser asumida por cualquier unidad negociadora.

En el mismo sentido en el que se había pronunciado el Tribunal Supremo al afirmar que a los teletrabajadores no se le puede privar del ejercicio de los derechos de representación colectiva y otros derechos colectivos de ejercicio individual, en STS de 28 de abril de 2017 (rec. 379/2017).

CABEZA PEREIRO, J., «Trabajo a distancia y relaciones colectivas» en *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés* (Dir. MELLA MÉNDEZ, L.), Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pág. 190 y ss.

DE LAS HERAS GARCÍA, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, CEF, Madrid, 2016, pág. 176 y ss.

de cómputo de la representación legal de los trabajadores⁽⁸²⁾ o, incluso, deben afrontarse los problemas que la coincidencia del lugar de trabajo con el domicilio privado del trabajador puede producir para el ejercicio de determinadas funciones de control de estos representantes⁽⁸³⁾.

Al efecto de atender esas y otra circunstancias se ha atribuido a la negociación colectiva la determinación de condiciones que garanticen no solo el derecho a la libertad sindical y el derecho de representación y participación en la empresa, por medio de comités de empresa o delegados de personal, sino también el derecho a promover conflictos colectivos, el derecho de huelga o el derecho a plantear o intervenir en procedimientos pacíficos de composición de los trabajadores a distancia es relevante⁽⁸⁴⁾ porque permite fijar los criterios que aseguren su ejercicio.

Entre los términos que podrían incluir los convenios o acuerdos colectivos para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos se encontrarían los referidos a: la vía para la remoción de obstáculos para la comunicación entre trabajadores a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de los empleados; las condiciones de suministro a la representación legal de los trabajadores de los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa; el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa⁽⁸⁵⁾ y la

(82) El Convenio de la Industria Química (art. 10 *bis*) dispone que «los teletrabajadores tendrán los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores en la empresa y estarán sometidos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores o que prevean una representación de los trabajadores. A estos efectos, salvo acuerdo expreso en contrario, dichos trabajadores deberán ser adscritos al centro de trabajo de la empresa más cercano a su domicilio en el que pudieran estar funcionalmente integrados».

(83) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (dir.), *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Cuestiones-actuales-Negociacion-colectiva.pdf.

(84) Así se percibe en convenios como el del Grupo ONO (art. 61), que facilitan la participación al establecer que «al objeto de garantizar la aplicación efectiva del derecho de información y participación sindical del teletrabajador/a, en caso necesario arbitrarán las medidas oportunas que permitan el ejercicio real de este derecho por los teletrabajadores/as, en función de la organización del trabajo y el tiempo establecido para el desarrollo de esta modalidad».

(85) Cabe recordar la doctrina que se ha consolidado en torno a la cuestión del uso del correo electrónico empresarial por la representación de los trabajadores, a partir de la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que atribuía a la negociación colectiva la posibilidad de fijar los términos de uso de estos medios informáticos por los representantes, ordenando, entre otros, los aspectos relativos al volumen de correo electrónico admitido —como el número o el formato—, la posibilidad o no de contar con un espacio en la intranet de la empresa o incluso la titularidad del derecho. Si bien ante el silencio de la negociación colectiva, admitía su uso cuando el sistema ya existía en la empresas y condicionándolo a ciertas exigencias. En este sentido, por ejemplo, la STSJ Madrid de 4 de diciembre de 2009, (rec. 5297/2009). *Vid.*, la advertencia acerca de la modificación de criterio respecto del pronunciamiento del TC en el tenor literal del artículo 19 del RDL 28/2020, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva», *Revista Galega de Dereito Social*, nº 11, 2020, pág. 85 y GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 112.

plantación del tablón virtual cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia⁽⁸⁶⁾; y, en fin, la participación de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por la representación legal o por el resto de los trabajadores en defensa de los intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial⁽⁸⁷⁾ para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales⁽⁸⁸⁾.

EPÍLOGO

Tras analizar el importante papel otorgado por el RDL 28/2020 a la negociación colectiva en la ordenación del trabajo a distancia se han podido advertir las múltiples posibilidades de juego de los instrumentos convencionales en el desarrollo de los principios y medidas que rigen esta forma de prestar la actividad laboral en los distintos sectores de actividad y empresas. Queda por ver, a partir de ahora, cuál va a ser el grado de participación de los representantes de empresarios y trabajadores y cuáles las consecuencias de la colaboración de los representantes de las partes en la regulación de esta forma de organización de la actividad laboral.

Dado que el nuevo modelo exige una mayor cooperación entre los interlocutores sociales, va a resultar necesario seguir de cerca, en los próximos tiempos, los pasos de la negociación colectiva que está por venir, en la idea de que las medidas en materia de trabajo a distancia que contengan futuros pactos o acuerdos colectivos no deberán suponer una mera continuación de las hasta ahora acordadas a causa de las numerosas innovaciones introducidas por el RDL 28/2020, muchas de ellas inéditas hasta el presente.

(86) Como el convenio de Alcatel Lucent (art. 51) o, en relación con un buzón funcional, el convenio de Grupo Asegurador Reale (art. 44).

(87) Se habla, en el artículo 19, de voto presencial aunque bien podría emitirse el voto por correo o vía telemática (como se admitió en STSJ de Madrid 21 de septiembre de 2015 (rec. 321/2015)).

(88) El acuerdo colectivo en materia de teletrabajo de BBVA (apartado séptimo) establece que el teletrabajador «continuará en las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones sindicales (por lo que el día de la votación será considerado presencial), [...] en los mismos términos que están establecidos con carácter general para los trabajadores que prestan servicios en los centros de la empresa».