

ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES Y/O CRÍTICOS DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA DESDE LA PERSPECTIVA EMPRESARIAL (RD-LEY 28/2020).

Ángel Jurado Segovia

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

En el BOE de 23 de septiembre de 2020, se ha publicado el RD-ley 28/2020, sobre trabajo a distancia, que viene a establecer una nueva y más amplia regulación de lo que comúnmente se conoce como “teletrabajo”.

En las páginas siguientes, no se pretende realizar un comentario exhaustivo de esta nueva normativa, sino poner de relieve algunos de sus aspectos más relevantes y/o críticos desde el punto de vista de la gestión empresarial, teniendo en cuenta sobre todo el actual contexto en que seguramente muchas empresas se están preguntando si resulta conveniente mantener o implantar esta modalidad de trabajo más allá de lo que las circunstancias relativas a la prevención del Covid-19 han aconsejado o aconsejen.

1. Delimitación del ámbito de aplicación (teletrabajo regular o no regular; teletrabajo Covid y teletrabajo regulado por convenio).

El ámbito de aplicación de la nueva regulación queda circunscrito a los **trabajadores por cuenta ajena ex art. 1.1 ET que se desarrollen a distancia con carácter regular**. La “regularidad” viene definida del siguiente modo: que el trabajo a distancia “se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del **treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo**” (art. 1).

Por consiguiente, al teletrabajo que no se ajusta a esa regla de regularidad no le resulta aplicable la nueva regulación, sino que le será de aplicación la normativa general del Estatuto de los Trabajadores. Sin perjuicio de un análisis más detallado, **las principales diferencias entre el teletrabajo regular y el no regular radicarían en qué respecto primero será predicable la necesidad de un acuerdo escrito** con toda una serie de contenidos, entre los que se encuentra los conectados a la **obligación empresarial de compensar al trabajador los gastos que ocasione el trabajo a distancia**. Asimismo, al teletrabajo no regular no serían de aplicación las relevantes limitaciones que se desprenden de la nueva normativa a efectos de modificar empresarialmente las condiciones en que se venga desarrollando el teletrabajo (véase apartados 2 y 3).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que **queda fuera del ámbito de aplicación de la nueva regulación el trabajo a distancia implantado como consecuencia de las medidas de contención sanitarias derivadas del Covid-19**. Es decir, el teletrabajo implantado por tal motivo no deberá ajustarse a las nuevas previsiones, aunque **se dispone expresamente la obligación empresarial de dotar al trabajador de los medios o equipos necesarios** (por ejemplo: equipos informáticos, muebles) **y respecto a otros gastos** (por ejemplo: electricidad, wifi) **se contiene una remisión a la negociación colectiva respecto a la “forma” de compensarlos (Disp. Transitoria 3ª)**. Esta última previsión no es del todo clara, pero bien pudiera entenderse que el derecho a la compensación de gastos existe aunque la negociación colectiva no prevea nada al respecto, por lo que no cabe descartar reclamaciones y decisiones judiciales en tal sentido.

Nada más dispone el nuevo RD-ley sobre el trabajo implantado como consecuencia de Covid-19, por lo que parece que hay que seguir teniendo como referencia lo dispuesto en los arts. 5 del Real Decreto-Ley 8/2020 y 15 del RD-ley 15/2020, a cuyo tenor se establecía su carácter prioritario frente a otras medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos de trabajo hasta 3 meses desde la finalización del estado de alarma (21 de septiembre de 2020). Por tanto, legalmente **ni está prevista la irreversibilidad del teletrabajo por el Covid-19 hasta llegada una fecha futura, ni se exige el consentimiento del trabajador para ello, por lo que cabe entender que siempre que la empresa adopte las pertinentes medidas de prevención es posible imponer unilateralmente la vuelta al trabajo presencial**.

Por lo demás, también en relación con el ámbito de aplicación de la nueva regulación, se recogen una serie de previsiones respecto a las **situaciones de trabajo a distancia ya reguladas por convenios o acuerdos colectivos**. En tal caso, **seguirán siendo de aplicación tales convenios y acuerdos -y no la nueva regulación- hasta que termine la vigencia de tales acuerdos o convenios** (o durante 1 año en caso de que no tuvieran una vigencia determinada, ampliable hasta 3 años por acuerdo de las partes firmantes del acuerdo). En todo caso, se prevé **que la aplicación del nuevo RD-Ley no podrá implicar la compensación o desaparición de condiciones más beneficiosas** que vinieran disfrutando los trabajadores con carácter previo (Disp. Transitoria 3ª).

2. La voluntariedad del trabajo a distancia, el acuerdo de trabajo a distancia y sus modificaciones (limitaciones para las empresas).

El nuevo régimen establece claramente que el **trabajo a distancia requiere el consentimiento de ambas partes contratantes, no pudiéndose imponer empresarialmente por vía de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41 ET (art. 5)**. Por el contrario, se verá a continuación, el trabajador sí que puede instar una acción judicial que llegue a imponer el teletrabajo a la empresa por la vía del

art. 34.8 ET (ver apartado 3).

Junto con el reconocimiento del principio de voluntariedad, el RD-Ley establece expresamente **que la negativa del trabajador a pasar a trabajar a distancia o el ejercicio por parte del mismo de la reversibilidad al trabajo presencial u otras dificultades relacionadas con el tránsito del trabajo presencial al trabajo a distancia, no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo**. Es decir, se insiste en la voluntariedad del teletrabajo desde el punto de vista del trabajador y se tutelan sus condiciones de trabajo frente a otras posibles decisiones del empresario, por lo que parece que en todas estas cuestiones relacionadas con la instauración o modificación del teletrabajo al empresario le queda vedado utilizar como instrumentos alternativos o complementarios los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 51 y 52 c ET) y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41).

Por otra parte, la voluntariedad del trabajo a distancia se acompaña de la expresa exigencia de que el mismo quede formalizado a través de un **acuerdo escrito previo al inicio de dicha modalidad de trabajo, cuyo contenido y modificación deberá ajustarse a lo previsto en el nuevo RD-ley** (arts. 6 a 8). En cuanto sus contenidos mínimos obligatorios, se prevé lo siguiente:

- a) **Inventario de los medios, equipos y herramientas** que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.
- b) **Enumeración de los gastos** que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como **forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma** para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, **con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación**.
- c) **Horario de trabajo** de la persona trabajadora y dentro de él, **en su caso, reglas de disponibilidad**.
- d) **Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia**, en su caso.
- e) **Centro de trabajo** de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.
- f) **Lugar de trabajo a distancia** elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.
- g) **Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad**, en

su caso.

h) **Medios de control empresarial** de la actividad.

i) **Procedimiento a seguir** en el caso de producirse **dificultades técnicas** que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.

j) **Instrucciones** dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de **protección de datos**, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

k) **Instrucciones** dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre **seguridad de la información**, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

l) **Duración del acuerdo de trabajo a distancia.**

Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo previsto expresamente por el nuevo RD-ley, **la no formalización del acuerdo de trabajo distancia, en los términos y con los requisitos legal o convencionalmente previstos, constituye una infracción administrativa grave** (art. 7.1 LISOS), con sanciones que pueden ir de los 626 a los 6.250 euros.

En cuanto a la **modificación de las condiciones** establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, se establece que la misma deberá ser **objeto de nuevo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora**. Esta alusión al acuerdo, junto con lo previsto en otras preceptos del RD-ley, limitando la posibilidad de adoptar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, redundando en una suerte de **blindaje de las condiciones recogidas en el acuerdo individual de trabajo a distancia**, no predicable en los mismos términos del contrato de trabajo en general; acuerdo de trabajo a distancia que, como se ha visto, incluye **aspectos tan relevantes como el porcentaje de trabajo a distancia, el horario efectivo y la disponibilidad del trabajador a distancia, el porcentaje de trabajo o el régimen de compensación de gastos asociados al trabajo a distancia**. Por lo demás, el establecimiento y la modificación de las condiciones en que se desarrollará el trabajo a distancia también pueden venir limitadas por lo previsto en los acuerdos o convenios colectivos de aplicación a los que la nueva normativa efectúa una amplia y genérica remisión en la materia (Disp. Ad. 1ª).

Y en cuanto a la cuestión, también particularmente relevante, relativa a la **reversibilidad al trabajo presencial**, la nueva normativa alude, asimismo, a la **voluntariedad de ambas partes**. No obstante, el régimen concreto a seguir sobre este punto será el **pactado en la negociación colectiva o, en su defecto, en el acuerdo individual de trabajo a distancia** (art. 5.3 y Disp. Ad. 1ª). Parece, por tanto, que, **salvo cuando así lo habilite un acuerdo colectivo o el acuerdo individual, el empresario no podrá imponer unilateralmente la vuelta al**

trabajo presencial. Por consiguiente, vistas otras importantes limitaciones que impone el RD-ley en cuanto a la modificación de las condiciones en que se desarrollará el teletrabajo, parece muy importante para las empresas, interesadas en acuerdos de trabajo a distancia, consignar en el propio acuerdo sus plenas facultades en cuanto a la reversibilidad al trabajo presencial.

3. Igualdad y no discriminación de los trabajadores a distancia (más limitaciones y desequilibrios en la nueva regulación del teletrabajo desde la perspectiva empresarial).

El nuevo RD-ley establece otras previsiones que, en su gran mayoría, no suponen una gran novedad en la medida que vienen a establecer, al igual que ya ocurría con la regulación del trabajo a distancia existente hasta ahora –art. 13 ET-, una igualdad de derechos de estos trabajadores con el resto de trabajadores. Sin embargo, hay algunas previsiones más específicas que sí que merecen un comentario adicional.

De un lado, se prevé que **las dificultades técnicas que pudieran afectar al desarrollo del trabajo a distancia no podrán justificar una modificación en las condiciones pactadas**, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución (art 4.3). Esta previsión, unida a otras a las que ya se ha hecho alusión previamente, vienen a confirmar esa suerte de “blindaje” de las condiciones del trabajador a distancia. Tales condiciones de trabajo sólo serían modificables con el consentimiento del trabajador, no pudiéndose imponer a través de un *ius variandi* ordinario o de unas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). Unas limitaciones que parecen excesivas, **si se repara en que las modificaciones empresariales no podrán ni siquiera ampararse en las propias dificultades técnicas del teletrabajo** (así, por ejemplo, no parece que se le pueda exigir al trabajador que modifique su horario para evitar un mal funcionamiento de los sistemas de la empresa derivado el hecho de que sean muchos trabajadores los que estén conectados al mismo tiempo en remoto al servidor de la empresa).

Por otra parte, entre los derechos cuya igualdad se predica de los trabajadores a distancias se incluye una expresa mención al art. 34.8 ET en materia de adaptación de la jornada por motivos de la conciliación de la vida laboral y familiar (art. 4.5). Pues bien, al hilo de esta referencia al art. 34.8 ET y de la lectura de la nueva regulación del trabajo a distancia, cabe subrayar ciertos desequilibrios en los que se incurre normativamente. De un lado, como se ha visto, el trabajo a distancia regulado en el RD-ley descansa en el principio de voluntariedad de ambas partes, sin que el empresario pueda imponer esta forma de trabajar. Sin embargo, **en virtud del art. 34.8 ET el trabajador podrá promover una reclamación judicial cuya resolución sí que puede llegar a imponer el trabajo a distancia a la empresa.** Y, además, **la nueva regulación no aclara si al trabajo a distancia que se pueda imponer vía decisión judicial ex art. 34.8 ET les resulta plenamente aplicable el nuevo régimen legal** aprobado, que, como se ha dicho, incluye como uno de los

aspectos más destacables la expresa obligación empresarial de compensar al trabajador los gastos que ocasione el trabajo a distancia.

En la misma línea ya apuntada, conjugando nuevo régimen del trabajo a distancia y el art. 34.8 ET, cabe afirmar que, una vez instaurado el trabajo a distancia por acuerdo de las partes, el empresario no podrá exigir modificaciones en sus condiciones y se puede ver también muy limitado para exigir la vuelta al trabajo presencial sin el consentimiento del trabajador (ver apartado 2), mientras que **el trabajador por la vía de la alegación de necesidades de conciliación y de la aplicación judicial del art. 34.8 ET puede lograr introducir modificaciones relevantes en lo previamente pactado en el acuerdo de trabajo a distancia.**

4. Otros derechos del trabajador a distancia y obligaciones empresariales (otros aspectos relevantes).

El RD-ley recoge, por otra parte, un amplio catálogo relativo a los derechos del trabajador a distancia. De nuevo, gran parte de esta regulación no introduce novedades destacables en la medida que ya con anterioridad al reciente RD-ley cabía concluir que los trabajadores a distancia eran titulares de tales derechos. Con todo, también en este punto conviene destacar algunos aspectos relevantes:

- Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los **medios, equipos y herramientas** necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el **acuerdo individual de trabajo a distancia y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo** de aplicación.
- Se establece que el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, **y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios** vinculados al desarrollo de su actividad laboral (art. 12). **El régimen concreto** de esta relevante obligación de compensar los gastos será el previsto en el **acuerdo individual de trabajo a distancia, que deberá respetar, en su caso, lo previsto el acuerdo o convenio de aplicación** (art. 8 y 12). Al margen de lo dispuesto en el reciente RD-ley, debe considerarse también que, a tenor de lo previsto en la normativa de Seguridad Social (art. 147 Ley General de Seguridad Social), parece que las cuantías mediante las cuales se satisfaga esta compensación de gastos deberán considerarse como **conceptos cotizables**.
- **El trabajo a distancia no queda exento de la obligación de registro horario ex art. 34.9 ET**, que deberá reflejar fielmente el tiempo de trabajo y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada (art. 14). Por tanto, para evitar

posibles responsabilidades administrativas relacionadas con esta obligación, deberán disponer también de mecanismos que permitan tal registro, lo que, a su vez, conecta con el tema de las facultades del control del trabajo a distancia y el respeto de otros derechos de los trabajadores, como el derecho a la intimidad o la protección de datos; aspectos a los que también se alude en el reciente RD-Ley, si bien con una regulación muy parca y genérica (arts. 17 y 22).

- Se reconoce a los trabajadores la plena aplicabilidad a los trabajadores a distancia del derecho a una adecuada protección en **materia de seguridad y salud** en los términos previstos con carácter general en la normativa sobre esta materia. No obstante, se añaden algunas previsiones que es conveniente tener presente a efectos de una correcta gestión de la prevención en estos casos y, por tanto, de las eventuales responsabilidades empresariales en esta materia.

De un lado, se hace hincapié en que se tengan en cuenta los **riesgos específicos** del trabajo a distancia, con particular atención a factores **psicosociales, ergonómicos y organizativas** y, en particular, las cuestiones relativas al **tiempo de trabajo** (distribución de la jornada, disponibilidad, descansos desconexiones).

Por otra parte, a la hora de realizar la evaluación de riesgos, la nueva normativa establece que es responsabilidad de la empresa obtener toda la información necesaria al efecto, si bien la **visita a domicilios particulares** por parte de los técnicos encargados de evaluar los riesgos **sólo podrá darse previo informe justificativo emitido por tales técnicos de prevención y previo consentimiento del trabajador afectado**. En ausencia de tal consentimiento, la evaluación podrá efectuarse a partir de la información que proporcione el trabajador según las instrucciones del servicio de prevención.