

TEMAS

El trabajo a distancia

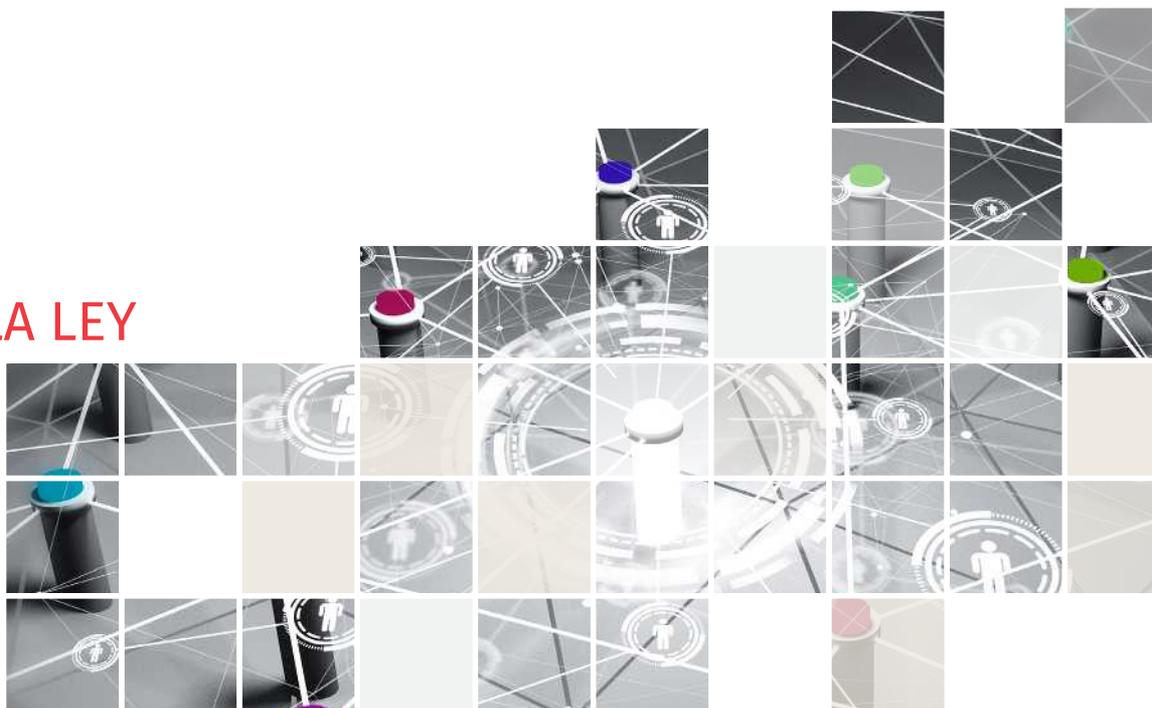
Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020,
de 22 de septiembre

Directores

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Xavier Thibault Aranda

■ LA LEY



El trabajo a distancia

Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020,
de 22 de septiembre

Directores

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Xavier Thibault Aranda

© Varios autores, 2021
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Edición: marzo 2021

Depósito Legal: M-6524-2021
ISBN versión impresa: 978-84-18662-20-1
ISBN versión electrónica: 978-84-18662-21-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

dor al llamado «acuerdo de trabajo a distancia», del que la Exposición de Motivos del RDL subraya «su carácter voluntario para ambas partes», su forma escrita y «el carácter acordado de las modificaciones del acuerdo y la ordenación de las prioridades de acceso»⁽⁵⁾. El acuerdo de trabajo a distancia, en efecto, del que se ocupa la sección 2ª del Capítulo II del RD, se configura en la norma como una manifestación de la autonomía de la voluntad y va a desempeñar un papel central en la implementación de la institución. A este acuerdo no solo corresponde la determinación de elementos fundamentales de la relación, el llamado contenido mínimo (art. 7), sino también, en defecto de negociación colectiva, la de los términos para el ejercicio de la reversibilidad (art. 5.3); en la misma línea, la modificación de sus condiciones «deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora» (art. 8). Esta centralidad de la autonomía contractual en la regulación del trabajo a distancia y, muy singularmente, en la elaboración y suscripción de los acuerdos debiera permitir a las partes contratantes modular las condiciones que regulan y prever supuestos de variabilidad de las mismas que atiendan a sus necesidades. Está por ver, sin embargo, que la jurisdicción social reconozca estos espacios, pues tal lectura requiere de un cambio de perspectiva sobre el juego de la autonomía individual en la relación de trabajo, verdadero cambio cultural al que no parece muy proclive.

Pero entremos en el análisis del régimen legal sin más dilaciones.

2. LAS CONDICIONES DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA Y LAS DEMÁS CONDICIONES DE TRABAJO

El presupuesto del que hay que partir a la hora de abordar el régimen jurídico de la modificación de las condiciones de trabajo en el trabajo a distancia es la distinción establecida por el RDL entre aquellas condiciones que integran el contenido del acuerdo de trabajo a distancia y las que no forman parte del mismo.

2020, pág. 176). Legalmente, en los supuestos de ejercicio de los derechos contemplados en los arts. 23.1, 37.8 y 34.8 ET, el empresario puede verse forzado contra su voluntad a la novación extintiva del contrato que supone el cambio de la modalidad de trabajo presencial al trabajo a distancia, total o parcial. La negociación colectiva, por su parte, pueden 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, (y) las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad» (D. A. 1ª).

(5) El propósito del legislador de limitar el juego de la modificación unilateral de las condiciones de trabajo del trabajador a distancia se percibe desde los primeros textos manejados en el proceso de elaboración de la nueva norma. En el anteproyecto, el art. 6, referido a las «obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia», decía en su apartado segundo lo siguiente: «Los cambios que se produzcan en las condiciones de prestación de servicios a distancia reflejadas en el acuerdo de trabajo a distancia requerirán acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y deberán reflejarse en dicho acuerdo con carácter previo a su implementación».

2.1. Las condiciones contempladas en el acuerdo de trabajo a distancia

Como ya se ha señalado, el eje del trabajo a distancia es el acuerdo del mismo nombre que voluntariamente deben suscribir el empresario y el trabajador a distancia y que bien puede «formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior» (art. 5.1). Este acuerdo debe revestir forma escrita y formalizarse «antes de que se inicie el trabajo a distancia» (art. 6.1). Del mismo debe la empresa entregar copia a los representantes legales de los trabajadores en un plazo no superior a diez días, con posterioridad dicha copia debe ser remitida a la oficina de empleo (art. 6.2).

La norma legal establece un contenido mínimo para el acuerdo de trabajo a distancia, «sin perjuicio —dice la norma— de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos» (art. 7). La regulación legal de este contenido, por consiguiente, debe considerarse mínimo de derecho necesario relativo, lo que significa que a través de los convenios colectivos y los acuerdos colectivos es susceptible de ampliación⁽⁶⁾ pero no de reducción, con las consecuencias que en orden a su ulterior modificación enseguida se verán. La alusión legal a los convenios y los acuerdos colectivos, a nuestro entender, hay que referirla a las diversas manifestaciones de la autonomía colectiva previstas en el Estatuto de los Trabajadores, pues carece de sentido imaginar la ampliación del contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia a través de pactos colectivos de eficacia personal limitada.

El contenido mínimo obligatorio que, necesariamente, debe incorporar el acuerdo de trabajo a distancia viene dado por los siguientes elementos:

- 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 período 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.

(6) Así se deduce, además, inequívocamente del apartado primero de la Disposición adicional primera, relativa a «El trabajo a distancia en la negociación colectiva», que reza: «Los convenios o acuerdos colectivos podrán 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» (la negrita es nuestra).

- 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 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.

Lo primero que llama la atención de este elenco es que alguno de los elementos que lo integran son condiciones de trabajo que aparecen referidas en los arts. 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores relativos a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Es el caso del centro de trabajo de adscripción, «donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada presencial» y «el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora», del «horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad», y del «porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso». Su específica previsión en este precepto tiene una importante consecuencia: el RDL al introducir estas condiciones de trabajo en el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia ha venido a sustraerlas de los arts. 40 y 41 ET y de su régimen jurídico. El RDL 28/2020, de trabajo a distancia se configura aquí como ley especial frente al Estatuto de los trabajadores.

Repárese en que la inclusión en el elenco de condiciones que integran el contenido mínimo de alguna de las condiciones de trabajo a las que se alude en el art. 41 no tiene por único efecto el de sustraer a las mismas del régimen modificador general, sino que puede proyectarse sobre otras condiciones rigidificando su regulación para el trabajo a distancia. El caso paradigmático es el del «horario de trabajo», que forma parte del contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia, y que al blindarse como consecuencia de su incorporación al acuerdo, constriñe muy significativamente las posibilidades de modificación de la «jornada de trabajo», condicionando, por ejemplo, para el trabajo a distancia ese importante instrumento de flexibilidad laboral que es la distribución irregular de la jornada de trabajo. Seguramente, esta circunstancia ha llevado a un sector

de la doctrina a minimizar la exigencia legal y a sostener que «hay que dar salida a situaciones en que el horario de trabajo no es tan estable a lo largo del año, por lo que una mención general a este asunto debiera ser suficiente»⁽⁷⁾. «Quizás — sigue este autor— puedan apuntarse franjas horarias de prestación de servicios debiendo admitirse fórmulas aproximativas que puedan variar en función de determinados parámetros, como necesidades del cliente, por ejemplo»⁽⁸⁾. Aun compartiendo la inquietud manifestada por esta doctrina y su indicación de la necesidad de introducir elementos de variabilidad en la configuración que de esta condición de trabajo haga el acuerdo de trabajo a distancia para que éste resulte practicable, no parece que con «una mención general» pueda cumplirse la exigencia legal. El RDL requiere la determinación del «horario de trabajo de la persona trabajadora» y, por tal, comúnmente se entiende la distribución de las horas del día de la jornada de trabajo. Quizás sea en la alusión a las «reglas de disponibilidad» donde pueda encontrarse el asidero para conjurar una interpretación excesivamente rígida de la previsión legal. Cuando a través del convenio colectivo o el pacto de empresa se haya establecido una distribución irregular de la jornada, habrá que entender, creemos, que los cambios horarios que de su aplicación se deriven no serán modificaciones del horario, necesitados del acuerdo entre las partes, sino supuestos de mero cumplimiento de la condición prevista en el acuerdo de trabajo a distancia. Y lo mismo habría que concluir de los cambios horarios que resulten del ejercicio por parte del empresario de la «bolsa de horas» —el diez por ciento de la jornada de trabajo— que le reconoce el art. 34. 2 del ET, en defecto de distribución irregular de la jornada pactada, que no es sino el ejercicio de una «regla de disponibilidad» legal.

Habida cuenta del carácter mínimo del listado de elementos que constituye el «contenido mínimo obligatorio» del acuerdo de trabajo a distancia, se trata de un «*numerus apertus*», que, como hemos visto puede ser ampliado a través de la negociación colectiva, supuesto en el que las partes deberán estar a sus términos a la hora de establecerlo, y también a través de la autonomía de la voluntad. En efecto, las partes, en ejercicio de su autonomía contractual pueden introducir otros elementos en el acuerdo de trabajo a distancia, como por ejemplo, las condiciones de ejercicio de la reversibilidad que pueden ser establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia en defecto de previsión «*ad hoc*» en la negociación colectiva (art. 5.3). Esta eventual ampliación del contenido del acuerdo de trabajo a distancia no va a ser inocua, pues comporta la sustracción de estas condiciones al régimen general de modificación de las condiciones de trabajo y el sometimiento de las mismas al régimen singular que para su modificación prevé el art. 8 del RDL.

En efecto, lo que caracteriza a las condiciones de trabajo contempladas en el acuerdo es que quedan sustraídas al régimen general previsto en el Estatuto de

(7) GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 60.

(8) *Ibidem*, págs. 60 y 61.



El propósito de este libro es ofrecer al lector un **análisis completo del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, al tiempo que una reflexión crítica sobre su contenido y una aportación al debate en curso** sobre sus aciertos y limitaciones, los problemas que están apareciendo en este tiempo de mudanza y las dificultades que conllevará la plena aplicación del nuevo marco normativo en los próximos años.

Por supuesto, prevalece el análisis del Real Decreto-ley 28/2020, pero sin perder de vista el resto del régimen jurídico positivo y los criterios que han emanado de los jueces y tribunales en relación a esta singular forma de trabajo. Muy particularmente por el protagonismo que le confiere el Estatuto de los Trabajadores a la tutela judicial en materia de conciliación de la vida familiar y laboral. Asimismo, no se ha querido dejar pasar la ocasión de repasar el tratamiento que los convenios y acuerdos colectivos han dado al teletrabajo, vistas las numerosas llamadas que la ley hace a la negociación colectiva. A lo que se ha querido sumar también el análisis de la dimensión transnacional del trabajo a distancia y un acercamiento al tratamiento que se da al teletrabajo en otros países. Básicamente, por una razón, su carácter eminentemente deslocalizable.

El resultado es una monografía exhaustiva, repasando el índice comprobamos que atiende a todos y cada uno de los aspectos a que afecta el nuevo régimen del trabajo a distancia, ofreciendo una rigurosa visión conceptual de las distintas instituciones afectadas al tiempo que claves prácticas para resolver los concretos problemas que se van a ir planteado en los próximos tiempos, tanto para los profesionales del Derecho como para los responsables de la gestión de los recursos humanos, los representantes de los trabajadores, etc.

