

La reciente regulación española del trabajo a distancia y del teletrabajo: flexibilidad laboral y trabajo con derechos

The new Spanish regulation of distance work and telework: labor flexibility and work with rights

José Eduardo LÓPEZ AHUMADA*

RESUMEN: La nueva ley española del trabajo a distancia y del teletrabajo aborda los problemas presentes en relación al trabajo remoto y virtual, que se han desarrollado especialmente con motivo de la pandemia del Covid-19. Con carácter general, el legislador español ha optado por un régimen jurídico que da respuesta a la situación actual, pero con una clara voluntad de permanencia en el tiempo. Con carácter general, se contempla un régimen amplio y flexible, que intenta solucionar los problemas actuales derivados de la virtualización del trabajo por cuenta ajena. Legalmente se garantizan derechos especiales y se dota a las empresas de un marco normativo suficiente, que proporciona seguridad jurídica, a pesar de los aspectos conflic-

* Profesor Titular (acreditado a Catedrático de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá (Madrid, España). Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Miembro del Instituto Universitario de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Investigador principal de la Línea de Investigación “Relaciones Laborales y Protección Social (RLPS-IELAT)” (línea y grupo estable de investigación del IELAT). Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, premio extraordinario de doctorado y premio de investigación de la Universidad de Alcalá. Contacto: <j.e.lopez.ahumada@gmail.com>. Fecha de recepción: 05/07/2021. Fecha de aprobación: 08/10/2021.

tivos que se pueden presentar en la práctica jurídico-laboral.

PALABRAS CLAVE: trabajo a distancia; teletrabajo; nuevas formas de organización del trabajo; derechos digitales; desconexión digital; Covid-19.

ABSTRACT: The new Spanish law on distance work and telework regulates the current problems about remote and virtual work, which have developed especially due to the Covid-19 pandemic. In general, the Spanish legislator has opted for a legal regime that responds to the current situation, but with a clear desire to remain over time. In general, a broad and flexible regime is contemplated, which attempts to solve the current problems derived from the virtualization of paid employment. Special rights are legally guaranteed and companies are provided with a sufficient regulatory framework, which provides legal certainty, despite the conflictive aspects that may arise in the legal-labor practice.

KEYWORDS: remote work, telework; new forms of work organization; digital rights; digital disconnection; Covid-19.

I. INTRODUCCIÓN

El recurso al teletrabajo se ha presentado como un instrumento útil e incluso existe una práctica asentada, a la que recurren muchas empresas y que afecta a un gran número de trabajadores de distintos sectores de actividad. Por ello, es importante analizar la regulación del teletrabajo como un mecanismo de cambio en los sistemas de organización del trabajo, para lo cual resulta trascendental el análisis de los aspectos más significativos de la ordenación española del teletrabajo y el trabajo a distancia. La actual regulación legal en España del trabajo a distancia, aplicable igualmente al teletrabajo, tiene importantes consecuencias jurídicas. Dicha disposición legal ha introducido nuevos mecanismos para adaptar el teletrabajo en las relaciones laborales, con importantes consecuencias jurídicas, que analizaremos en este estudio. Con todo, conviene indicar ya de antemano, que se trata de un modelo legal que no agota su tratamiento, sino que es necesaria su aplicación y desarrollo a través de la negociación colectiva.

II. LA EVOLUCIÓN HACIA UN RÉGIMEN LEGAL DE TRABAJO A DISTANCIA AMPLIO, FLEXIBLE Y GARANTISTA

Con el paso de los años, se ha producido una auténtica transformación del mundo del trabajo, unido al propio cambio de los usos y prácticas en la sociedad. Con todo ello, se ha desarrollado de forma paralela la innovación tecnológica y los avances aplicados a los sistemas de trabajo. Sin duda, las tecnológicas de la información y de la comunicación están plenamente interiorizadas y no transforman solamente la ejecución del trabajo, sino también nuestra forma de vida y las relaciones interpersonales. Uno de los principales problemas reside en la extensión del trabajo remoto y del teletrabajo, especialmente con posterioridad a la crisis del

Covid-19. En este sentido, el riesgo latente reside en la necesidad de garantizar un régimen protector, asegurando derechos a los trabajadores y seguridad jurídica a los empresarios a la hora de aplicar el trabajo a distancia¹.

Cumplido ya un año de la aprobación del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre (BOE de 23 de septiembre), relativo a la regulación del trabajo a distancia en España (RDLTD), es relevante analizar los cambios producidos por dicha regulación y constatar su aplicación práctica en el actual contexto económico y social. Se trata, pues, de estudiar el modelo legal del teletrabajo en España, actualmente ordenado por la Ley 10/2021, de 9 de julio (BOE del 10 de julio), que vino a convertir en ley el Real Decreto-Ley previo anteriormente citado, dictado por el Gobierno por motivo de urgencia en espera de su conversión en disposición

¹ El aumento de los canales de comunicación en la empresa, gracias al desarrollo e introducción de los dispositivos tecnológicos en los procesos de trabajo, plantea nuevos retos derivados de las distintas situaciones conflictivas que se presentan. No cabe duda de que la caustica es prolija y se encuentra en un proceso de cambio progresivo. La proliferación de las herramientas tecnológicas en el desarrollo del trabajo por cuenta ajena viene a desconfigurar la propia delimitación clásica del tiempo de trabajo. Ello se produce, sobre todo, ante los riesgos de encontrarse cuasi permanentemente conectado con el trabajo, por medio de distintos mecanismos tecnológicos. Ciertamente, las posibilidades organizativas son amplísimas e incluso permiten el desarrollo del trabajo extramuros de la propia empresa, gracias a las tecnologías móviles. Esta aplicación tecnológica al trabajo permite a la empresa un importante progreso y un aumento de sus índices de competitividad. Precisamente, el recurso a dicha tecnología permite aumentar la productividad. Ello deriva directamente del correlativo aumento en el rendimiento de los empleados. El problema es si dicho incremento del trabajo se debe a la superación de los tiempos de trabajo, sin la observancia de los descansos laborales y sin respetar el derecho a la conciliación del trabajo con la vida familiar y personal.

legal a efectos constitucionales². La Ley 10/2021, reguladora del trabajo a distancia (en adelante LTD) ha delimitado dicha modalidad de trabajo teniendo en cuenta el contexto actual de pandemia y configurando un régimen amplio y flexible, que sea solución a los distintos problemas planteados por la crisis del coronavirus.

Con carácter general, es preciso destacar que la regulación del teletrabajo y el trabajo a distancia en España ha supuesto un cambio significativo en las posibilidades de organización del trabajo que tienen las empresas³. Ciertamente, nos referimos a nuevas

² En un primer momento, la regulación del trabajo a distancia se realizó a través de dicho Real Decreto-Ley 28/2020. Debido a lo ordenado por nuestra Constitución, se requiere necesariamente la justificación de urgencia, a la hora de habilitar al gobierno a que dicte un Real Decreto-Ley, sin iniciar el procedimiento legislativo ordinario. Dicha situación de urgencia determina la necesidad de entrada en vigor inmediata de la norma (art. 86.1 CE). No obstante, dicho Real Decreto-Ley debe necesariamente convertirse en ley ordinaria, llamando la atención el dilatado tiempo previsto por el RDLTD para la entrada en vigor de la norma. Sin duda, en este caso se apreciaba el interés del Gobierno de contemplar un margen de maniobra amplio, a efectos de poder incluir reglas de demora relativas a la eficacia de la norma. Especialmente latía la necesidad de seguir negociando la disposición legal hasta su conversión en ley ordinaria, permitiendo con ello conseguir un acuerdo en el marco de la concertación social con los representantes empresariales y sindicales. No obstante, este retraso en la entrada en vigor de la norma y de su posterior conversión en ley ordinaria podría haber planteado dudas desde el punto de vista de su constitucionalidad. Sin embargo, dada la situación de excepcionalidad en la que hemos vivido, y a la necesidad igualmente de contar con una disposición legal sobre el trabajo a distancia, no se ha llegado a interponer un recurso de inconstitucionalidad sobre la norma. Dicha situación supone que el Tribunal Constitucional no se pronunciará sobre la constitucionalidad de dicha opción de política legislativa.

³ En relación a las cuestiones relativas a la aplicación del trabajo remoto y el teletrabajo con motivo del Covid-19 y la necesidad de limitar la ordenación del tiempo de trabajo en virtud de la desconexión digital. Vid. LÓPEZ AHUMADA, J.E., “Trabajo remoto y derecho a la desconexión digital ante el riesgo de

posibilidades y a distintas fórmulas de organización del trabajo, que estamos apreciando en los últimos tiempos⁴. La regulación ha tenido en cuenta los problemas sociales, que igualmente tienen una proyección económica, y que se refieren a las restricciones en un primer momento de la movilidad de las personas debido a las medidas de restricción de carácter sanitario, que se adoptaron frente a la situación de pandemia.

De ante mano, conviene referirse sucintamente a la proyección del teletrabajo durante la primera fase de desarrollo de la crisis provocada por el Covid-19. Siempre ha estado presente la necesidad de contar con una legislación específica para el trabajo a distancia y ello debido al reto de dar respuesta al denominado teletrabajo durante la vicisitud del Covid-19. Una de las primeras medidas, contempladas en los primeros decretos dictados por el gobierno, se referían a la exclusión de la aplicación de la normativa específica relativa al trabajo a distancia por causa del Covid-19. Es decir, el régimen legal ordinario estaba llamado a aplicarse a la situación excepcional, pero corregida con las restricciones sanita-

la flexibilidad horaria”, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 11, 2021, pp. 77-78. Precisamente, uno de los aspectos especialmente conflictivos se refiere a la aplicación de las condiciones de tiempo de trabajo y de descanso en el ámbito del teletrabajo. Sin duda, destaca en este ámbito la difuminación de los límites a la jornada de trabajo y a los tiempos de descanso, debido al desarrollo del trabajo virtual y a distancia. Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’; garantía al descanso”, en *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pp. 249-ss. COLUMBU, F. y OLIVEIRA MASSONI, T., “Tiempo de trabajo y teletrabajo”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 6, 2015, pp. 161-176.

⁴ A efectos de profundizar en el tratamiento de la Ley de trabajo a distancia, se recomiendan los siguientes trabajos de investigación de referencia. Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “Aspectos prácticos de la nueva regulación del teletrabajo”, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 11, 2021 pp. 33-ss. DANON, J., “Luces y sombras de la nueva ley de teletrabajo”, en *Diario La Ley*, núm.9708, 2020.

rias previstas en los decretos de urgencia. Dichos decretos mostraban la preferencia del trabajo a distancia debido a la declaración del estado de alarma. En esos casos, el trabajo a distancia se imponía como una forma de organización de la actividad laboral debido a las medidas de contención de la pandemia y por el tiempo que se debieran mantener por razones estrictamente sanitarias (Disposición Transitoria 3ª del RDLTD).

El primer RDLTD se aplicaba, pues, a aquellas formas de trabajo adoptadas durante una situación de normalidad y en base a criterios de organización empresarial que permitieran la eficacia del trabajo y la mejora de la productividad. En cambio, en los casos de trabajo a distancia por razones del Covid-19⁵, se producía una remisión a la aplicación de la legislación laboral ordinaria, con las reglas especiales dictadas para atender a la situación sanitaria. Se trataba de una remisión genérica al contrato de trabajo común y, en concreto, a la regulación del trabajo a distancia contemplada con carácter general en el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Precisamente, la regulación legal del trabajo a distancia se ha ido aplicando en una situación de normalidad y con vocación de seguir aplicándose en una situación posterior al Covid-19. Por tanto, conforme se iban levantando las limitaciones a la movilidad de las personas y con ello se flexibilizaban las reglas relativas a los centros de trabajo, desaparecía la obligatoriedad de realizar el trabajo en régimen a distancia. Con ello, cobraba senti-

⁵ En este sentido, nos estamos refiriendo al teletrabajo aplicado en la situación de emergencia, con carácter preferente y transitorio. Efectivamente, como consecuencia de los efectos de la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, las primeras medidas decretadas por las autoridades sanitarias en materia de contención del virus consistieron en aplicar preferentemente la modalidad de trabajo a distancia (art. 5 del Real Decreto-Ley 8/2020). Se trataba de un plan del Ministerio de sanidad orientado a la transición hacia una nueva normalidad, que insistía en la necesidad de fomentar el mantenimiento del teletrabajo para aquellos empleados que pudieran realizar su actividad laboral a distancia.

do la voluntariedad del recurso a dicha forma de trabajo y con ello al propio recurso a la ley especial de trabajo a distancia.

Una de las cuestiones que se plantean en relación con la legislación del trabajo a distancia, se refiere a su naturaleza especial y a su propia relación con la legislación laboral ordinaria. La LTD, como normativa específica, no deja de ser una disposición normativa amplia, que nace con la vocación de regular integralmente dicha realidad laboral. De ahí que incluso se haya apuntado la posibilidad de identificar a dicha legislación como una disposición normativa de carácter especial de las reguladas en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a las relaciones especiales de trabajo. No obstante, conviene indicar que precisamente por el carácter expansivo y la naturaleza general del trabajo que se está regulando, dicha ley no podría calificarse como una relación laboral especial. Ello no sería posible ni por la temática, ni por su propia naturaleza. Ello significa que el trabajo a distancia no podría considerarse como una modalidad contractual más, ni podría conceptuarse como una relación laboral especial. De hecho, conviene destacar la propia presencia antes de la pandemia del artículo 13 del ET, que no ha sido formalmente derogado por la ley.

No obstante, no cabe duda de que la regulación del artículo 13 del ET ha perdido su peso específico y actualmente se contempla como una mera remisión a la regulación específica contenida en la nueva ley del trabajo a distancia. Sin duda, la regulación del artículo 13 del ET mantiene una relación precisa con la ley del trabajo a distancia, rigiéndose sus interrelaciones en virtud del principio de especialidad normativa. La norma general estatutaria vendría a regular el contrato de trabajo común, que se aplicará a todos los efectos al trabajo a distancia. No obstante, por razón de especialidad, se tendrán que aplicar las reglas singulares contempladas en la LTD, como normativa especial que se aplicará con preferencia sobre las reglas generales del Estatuto de los trabajadores. Por todo ello, el trabajo a distancia se encuentra ordenado en la legislación laboral en su conjunto. En aquellos aspectos no

previstos por la ley especial será necesaria la remisión al Estatuto de los Trabajadores⁶.

En cualquier caso, conviene destacar que el RDLTD contenía una norma específica aplicable al supuesto del teletrabajo motivado por el Covid-19. En estos casos las empresas estaban, y están obligadas, a dotar a los trabajadores de los medios, equipos, instrumentos y herramientas, así como los consumibles necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia. De igual modo, la empresa está obligada al mantenimiento de dichos equipamientos a efectos de su aplicación al trabajo a distancia. Y, por su parte, la negociación colectiva tendrá que determinar la forma de compensación de los gastos motivados por el trabajo a distancia, en el caso de que existan y que no hayan sido debidamente compensados económicamente (Disposición Transitoria 3ª RDLTD). Ello permitía, ya con el RDLTD, la posibilidad de reclamar la compensación económica, incluso en los supuestos de teletrabajo por motivos del Covid-19. Dicha regla era especialmente importante en aquellos casos en los que hubiera ausencia de disposición en convenio colectivo. Sin duda, y antes de la aprobación del RDLTD, en esos casos, resultaba especialmente difícil reclamar dichas compensaciones económicas.

Incluso con la aplicación de la actual LTD, podemos pensar que muchas de las medidas contempladas por el legislador se presentan como mecanismos temporales. Sin embargo, la legislación

⁶ De este modo, se pueden solucionar distintos problemas que la LTD no agota, al no abarcar la total realidad del trabajo a distancia y que podría determinar la inaplicación del Estatuto de los Trabajadores. Esta situación deberá resolverse mediante el juego de la aplicación de la ley especial y, en caso de laguna normativa, por su remisión a la legislación laboral general. Efectivamente, las remisiones que se hacen en la ley podrían dar a entender que más allá de esos supuestos no cabría el recurso a la legislación laboral general, no siendo cierto y pudiendo inducir al equívoco, al tratarse de una disposición laboral y guardando siempre una relación normativa entre ley especial y ley general que puede solucionar los conflictos en los casos concretos.

piensa en un modelo de teletrabajo y de trabajo a distancia flexible, que, sin duda, puede ser utilizado en una etapa posterior de post pandemia. Es decir, aunque muchas medidas legales tengan naturaleza temporal y ligadas a la emergencia sanitaria, no cabe duda de que el modelo legal de teletrabajo presenta una virtualidad especial y viene a colmar un importante vacío legal que existía en nuestro país. En este sentido, se afirma generalmente que el teletrabajo ha venido para quedarse. El teletrabajo se ha convertido en una práctica extendida, que en muchos casos y bien aplicada, puede ser una fórmula, que, basada en la negociación colectiva e individual, beneficie a empresarios y trabajadores. No cabe duda de la importancia de dicha ley especial, en la medida que afecta a un elevado número de empresas y de trabajadores y se proyecta transversalmente a distintos sectores de actividad.

Ciertamente, si pensamos en la aplicación del modelo legal de teletrabajo en las primeras fases de la pandemia, el modelo estaba pensado para dar respuesta a la imposibilidad del desarrollo normal del trabajo presencial. Evidentemente durante el año 2020 el teletrabajo estaba pensando en la ejecución de una jornada de trabajo de aquellos empleados que se encontraban confinados en sus domicilios, siendo el teletrabajo una fórmula exclusiva de gestión de la actividad laboral. Sin embargo, una vez que ha mejorado la situación de la pandemia, e incluso que estamos vislumbrando un contexto post Covid-19, el teletrabajo está derivando hacia un régimen mixto que combina el trabajo presencial con el virtual, dando lugar a múltiples y variadas combinaciones. Se pueden desarrollar en base a la voluntad de las partes distintas formas de trabajo a distancia, en condiciones de semivirtual y de semipresencial.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta la propia actividad de la empresa, el teletrabajo se ha mostrado como una fórmula eficaz de gestión de la actividad laboral. El trabajo remoto ha permitido mantener la productividad de las empresas y la actividad laboral mediante las fórmulas de trabajo flexibles, pudiendo combinar el desarrollo de jornadas a tiempo completo a distancia

y con tiempo presencial en la empresa. En síntesis, lo que se ha producido mediante el modelo legal de teletrabajo y el trabajo a distancia ha sido la posibilidad de fomentar el desarrollo de la actividad laboral mediante formas de trabajo remoto durante toda la jornada de trabajo. Se ha evitado una importante caída de la actividad productiva y con ello se ha podido seguir manteniendo una cuota importante del empleo. Por ello, podemos decir que el teletrabajo se ha convertido en cierto modo en un elemento de compensación social, ante la imposibilidad continuar plenamente con la actividad laboral y ante la posibilidad de tener que recurrir a los expedientes de regulación de empleo⁷ o, en su caso, a las fórmulas de extinción de los contratos de trabajo⁸.

Evidentemente, en el ámbito de las relaciones laborales se ha podido constatar el carácter positivo que ha tenido el recurso al teletrabajo y los beneficios derivados de la regulación legal como instrumento de política legislativa. Resulta difícil poder retornar a una situación previa, en la que el teletrabajo en España era una situación marginal⁹, con una presencia del trabajo presencial como

⁷ En los casos de imposibilidad de prestar los servicios en régimen de teletrabajo, y como consecuencia de la pérdida de la actividad derivada del Covid-19, la justicia ha venido reconociendo la procedencia de la suspensión del contrato de trabajo y la aplicación de los expedientes de regulación de empleo (ERTE). Vid. JS Burgos (Castilla y León), núm.1, sentencia núm. 146/2020 de 4 noviembre. JUR 2021\107846. En algunas circunstancias se ha desestimado la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor temporal por motivos del Covid-19, debido a la disminución de la demanda de la empresa, así como por la imposibilidad de organizar la totalidad del personal. Vid. AN (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 143/2021 de 17 junio. JUR 2021\213349.

⁸ Por ejemplo, se ha reconocido de forma transitoria la aplicación del sistema de teletrabajo durante la negociación de un despido colectivo, como medida de compensación de los intereses de las partes. Vid. TS (Sala de lo Social), sentencia núm. 793/2021 de 15 julio. JUR 2021\251287.

⁹ En relación al análisis del anteproyecto de ley del trabajo a distancia. Vid. MARTÍNEZ, R., "A vueltas con el anteproyecto de ley de teletrabajo", en

paradigma en la gestión y organización del trabajo por cuenta ajena. Actualmente, y posteriormente en un contexto de postpandemia, puede que el teletrabajo no tenga la misma intensidad que en la actualidad. Sin embargo, el recurso al teletrabajo va a seguir desarrollándose en las relaciones laborales, sobre todo, a raíz de las experiencias que muchas empresas han tenido con esta fórmula de trabajo. En España, tradicionalmente las empresas han optado por las fórmulas de trabajo presencial, pero no cabe duda de que el desarrollo del teletrabajo ha derivado en un aumento de su repercusión en el conjunto de las relaciones laborales. Actualmente, el teletrabajo se aplica transversalmente en todas las actividades, incluida su aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, aunque siempre se haya mostrado una especial resistencia a incluir dichos mecanismos de gestión del trabajo en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. No cabe duda, pues, que el modelo legal del teletrabajo se va a seguir utilizando en el futuro y va a seguir teniendo un importante impacto en las relaciones laborales, afectando tanto al sector público como al privado.

Capital Humano, núm. 356, 2020. LÓPEZ JALÓN, L., “Aspectos positivos y negativos del Anteproyecto de Ley de Teletrabajo”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 966, 2020. Ya en el anteproyecto de ley de trabajo a distancia se abordaban muchos aspectos de carácter estructural relativos a la modalidad del trabajo a distancia. Se insistía en la necesidad de proporcionar mayores garantías jurídicas a ambas partes del contrato, tanto al empleador como al trabajador, con el fin de conseguir un deseado equilibrio en la relación laboral y evitar con ello supuestos de conflictividad. El anteproyecto de ley proponía la determinación obligatoria en el contrato de muchos aspectos de la relación laboral, como el lugar de trabajo habitual, los horarios de trabajo, el margen de disposición del trabajador dentro de su jornada, los mecanismos de compensación de gastos, el inventario de herramientas puestas a disposición del trabajador, etcétera. Precisamente, el anteproyecto de ley, como propuesta legal, realizaba una importante matización de la regulación previa, que se manifestaba de forma precaria y presentaba distintas lagunas normativas, que se debían resolver jurisprudencialmente.

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LOS FENÓMENOS DEL TRABAJO A DISTANCIA Y DEL TELETRABAJO

La nueva regulación española delimita un concepto jurídico de trabajo a distancia amplio, dónde se incluyen distintas posibilidades de aplicación. En primer lugar, habría que decir que la regulación del trabajo a distancia abarca tanto a los trabajos tradicionales de domicilio propios del trabajo artesanal, así como el teletrabajo asistido por la aplicación de los medios de comunicación telemáticos. Esta configuración legal amplia vino dada por el RDLRT, intentando con ello revertir una situación previa de ausencia de regulación del trabajo a distancia y teletrabajo. Con carácter general la regulación del trabajo a distancia hasta el inicio de la pandemia se encontraba regulada por el Estatuto de los Trabajadores (art. 13 ET). Dicho precepto legal daba lugar a un régimen excesivamente general y ambiguo, propio del pasado. El art. 13 del ET se encuentra actualmente superado por una la LTD, que regula de forma autónoma e independiente el recurso al trabajo a distancia y al teletrabajo, con un total de veintidós artículos que intentan dar respuesta a los problemas que plantean esta forma de organización del trabajo. Con todo y con ello, no debemos pensar que dicha ley agota toda la regulación y resuelve todos los problemas jurídicos de aplicación. Evidentemente, dicha disposición normativa contempla continuas remisiones a la negociación colectiva, que, como hemos dicho, es una pieza esencial para evitar los conflictos jurídicos de aplicación. De este modo, el recurso a la negociación colectiva por parte del legislador se realiza con una finalidad jurídica de realizar una labor de complementariedad. No cabe duda de que el desarrollo de la ley en virtud de la negociación colectiva es esencial¹⁰. Precisamente, en virtud

¹⁰ Incluso se ha llegado a reconocer la posibilidad de aplicar el sistema de teletrabajo, a modo de prueba, en base a acuerdos pactados en convenios no estatutarios, que no tienen eficacia general en el sistema español de relaciones

de este desarrollo en virtud de la autonomía colectiva, se produce el consiguiente desarrollo de las previsiones legales contempladas en la ley actual, que regula el trabajo a distancia y el teletrabajo¹¹.

colectivas de trabajo. Vid. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección5ª), sentencia núm. 995/2009 de 24 noviembre. AS 2010\433.

¹¹ Un aspecto importante se refiere al tratamiento de la negociación colectiva previa a la LTD. El problema residía en la convivencia de la nueva regulación con las previsiones contempladas previamente en la negociación colectiva. En la práctica se permitió la aplicación de las normas contempladas en convenios colectivos o acuerdos colectivos de empresa cuando regulaban el teletrabajo. En cambio, cuando los convenios colectivos o acuerdos de empresa no contemplaban una respuesta al trabajo a distancia se producía la aplicación directa y automática de la ley. De este modo, la ley ha tenido su plena proyección en aquellos ámbitos en los que no se hubiera regulado sobre el trabajo a distancia en la negociación colectiva. Sin embargo, la negociación colectiva ha tenido una importancia aplicativa directa en aquellas situaciones en las que los convenios colectivos venían a establecer un régimen ambicioso y en muchos casos completo del trabajo a distancia. Dichas reglas autónomas permitían dar una solución al conjunto de los aspectos contemplados ahora legalmente. Con carácter general, lo pactado en convenio colectivo o acuerdo colectivo de empresa ha seguido siendo de aplicación con carácter preferente hasta transcurrido un año desde la publicación del primer RDLTD. No obstante, se ha permitido, que, si las partes aceptaban de mutuo acuerdo las condiciones previas a la vigencia de la ley, respetando su contenido mínimo obligatorio, pudiera seguir prolongando su aplicación con el tope máximo de tres años de duración. Ello no supone la derogación de lo pactado colectivamente, puesto que su vigencia depende exclusivamente de la voluntad de los negociadores, sino que se produce en este caso la eficacia directa y la aplicación consiguiente de la LTD. En esencia, lo que se produce es la posibilidad de mantener la aplicación del convenio colectivo o el acuerdo colectivo de empresa siempre y cuando sea compatible con la legislación específica en la materia. Ciertamente, nos encontramos ante un efecto derivado de la prolongada entrada en vigor de la ley, que ha afectado especialmente a la regulación aplicable vía negociación colectiva.

En relación a la remisión a la negociación colectiva, conviene tener en cuenta la problemática relativa al convenio colectivo aplicable al trabajador a distancia. Con carácter general, los problemas no se refieren al ámbito funcional del convenio, sino al ámbito territorial del convenio colectivo aplicable. En este sentido, la problemática reside en determinar si el criterio de referencia a la hora de la aplicación del convenio se refiere al lugar de la ejecución de la prestación laboral por parte del trabajador, que se determine en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7 LTD) o, en cambio, si se debe de aplicar el criterio relativo al lugar donde se encuentre el centro de trabajo de la empresa de la que depende el trabajador a distancia, siendo dicho centro de trabajo donde desarrollará el empleado la parte de la jornada de trabajo en régimen presencial [art. 7 e) LTD]. En la práctica ambos criterios pueden coincidir en relación al convenio colectivo aplicable. El problema se planteará en aquellos casos en los que no coincidan, teniendo en cuenta, sobre todo, la posible existencia de distintos convenios colectivos debido al sistema español de negociación descentralizada territorialmente, como sucede con los convenios colectivos provinciales.

Si el convenio colectivo aplicable puede ser diferente en base a esos criterios anteriormente citados, los propios convenios colectivos deberán establecer su ámbito territorial de aplicación. No obstante, el problema puede ser que dichos convenios puedan contemplar reglas distintas. Cuando se produzca dicho problema, se deberán aplicar las reglas sobre concurrencia entre convenios colectivos reguladas, con carácter general, en el artículo 84 del ET. Por otro lado, en aquellos casos en los que no sea de aplicación ningún convenio colectivo, porque ambos convenios colectivos tengan reglas excluyentes, se produciría efectivamente un vacío de cobertura. En estos casos sería conveniente que la legislación o los acuerdos interprofesionales para la negociación colectiva contemplaran alguna regla clarificadora, que ayude a resolver los problemas de convenio colectivo aplicable. En cualquier caso, conviene destacar que cuando los convenios colectivos no contemplen

norma alguna en relación al trabajo a distancia, lo conveniente sea recurrir a la aplicación de los principios generales de forma supletoria, con el fin de evitar el vacío normativo. De este modo, prevalecería la aplicación de algún criterio tuitivo con el fin de resolver situaciones conflictivas. La regla más protectora en estos supuestos conflictivos sería la aplicación supletoria del convenio colectivo respecto del cual el trabajador realice su trabajo. Ello se aplicaría de forma proporcional en función del tiempo de trabajo, ya sea en referencia al tiempo de trabajo prestado a distancia o en régimen de presencialidad.

En relación al teletrabajo, conviene destacar que se trata de una regulación trascendental que ha supuesto una importante intervención en el ámbito de las relaciones laborales. Se ha utilizado el trabajo a distancia como una solución a nuevos problemas y conflictos jurídicos. Sin embargo, con carácter previo a la pandemia, la ausencia de regulación del teletrabajo tampoco suponía un problema en la práctica, puesto que ya existían fórmulas en virtud de los nuevos sistemas de organización del trabajo, que permitían soluciones puntuales en aquellos ámbitos en los que se tenía interés en flexibilizar los regímenes de actividad laboral. Es por ello que hasta la pandemia la ausencia de regulación del teletrabajo no había tenido apenas efectos aplicativos en la práctica, remitiéndose en esencia al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo del año 2002. Dicho acuerdo europeo necesitaba su aplicación y desarrollo por la negociación colectiva, en aquellos ámbitos de actividad en los que la figura del trabajo a distancia fuera útil y relevante. En ese sentido, cabe indicar que la recepción de dicho acuerdo europeo en el propio acuerdo interconfederal para la negociación colectiva del año 2003. El acuerdo interconfederal es un instrumento esencial a fin de orientar en la práctica la dinámica de negociación de los convenios colectivos sectoriales y empresariales en nuestro país. Con todo, debemos decir que dichas orientaciones eran en muchos casos meras formulaciones genéricas, que no ayudaban ni resolvían los problemas en la práctica. Estas reglas se

mostraban como directrices genéricas, que eran insuficientes a los efectos de influir en la negociación de los convenios colectivos.

IV. EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO

Una vez analizada la relevancia de la aprobación de este nuevo marco legal, debemos a continuación delimitar el sentido de los conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo¹². Dichas definiciones legales son esenciales, puesto que identifican la realidad a aplicar y muestran el ámbito de proyección de la ley. Dichas nociones vienen a amparar a aquellas realidades a las que se está recurriendo en la práctica con mayor intensidad.

Por lo que se refiere al concepto legal de trabajo a distancia, debemos indicar que el legislador se refiere a aquella forma de organización del trabajo o de realización de una actividad laboral, que desarrolla la prestación de servicios en el domicilio del trabajador o bien en el lugar que éste elija [art. 2 a) LTD]. La norma delimita seguidamente la noción del trabajo presencial, clarificando con ello las posibles exclusiones en la práctica. De esta forma tendría la naturaleza de presencial aquellos trabajos que se presten en el centro de trabajo o en el lugar que determine la empresa [art. 2

¹² Sobre la actualidad del teletrabajo durante la pandemia y su tratamiento inicial en el RDLTD. Vid. AA.VV., *El teletrabajo*, Coord. Sala Franco, T., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. SANGUINETI RAYMOND, W., “Teletrabajo y tecnológicas digitales en la nueva Ley de trabajo a distancia”, en BAZ RODRÍGUEZ, J., WOLTERS KLUWER (dirs.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España: vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, Madrid, 2021, pp. 227-266. PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS, F., “Cuestiones puntuales del teletrabajo”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (coords.) *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 353-365.

c) LTD]. Podemos observar que la referencia al trabajo presencial no viene definida en sentido estricto por la presencia del trabajador en el lugar de trabajo determinado por la empresa, es decir, en el centro de trabajo. Al contrario, el trabajo presencial será aquel que se desarrolle en el lugar que decida el empleador. Ello significa que podrá tener la naturaleza de trabajo presencial incluso aquellas actividades que se realicen fuera de las instalaciones de la empresa por decisión del empleador. Ello plantea determinados problemas prácticos, puesto que en esencia se puede tratar de un trabajo a distancia y, sin embargo, sea calificado como presencial porque así lo haya determinado el empresario. Lo importante a efectos de su tratamiento jurídico es que el empleador califique el trabajo como presencial, lo cual supondrá su aplicación dentro del ámbito de aplicación de la ley. El concepto de trabajo presencial, interpretado en su significado literal, no coincidiría con el concepto jurídico manejado por la propia ley. Sin duda alguna, ello tiene una importante repercusión sobre el trabajo de transporte o de reparto de mercaderías, puesto que dichos trabajos no se conceptúan legalmente como trabajos a distancia, sino que son trabajos móviles por naturaleza. Ciertamente, dichos trabajadores no tendrían la condición de trabajadores a distancia y serían considerados a efectos legales como trabajadores presenciales.

El concepto de trabajo presencial es muy importante en la práctica, pero no puede entenderse como un concepto que permita desvirtuar el alcance jurídico de la noción legal de trabajo a distancia. Es decir, dicha interpretación no puede amparar la finalidad de intentar inaplicar la ley en su conjunto. No cabría, pues, la posibilidad de que el empresario determinara como lugar de ejecución del trabajo el domicilio del trabajador u otro lugar extramuros de la empresa y que indicará sin causa su condición de trabajo presencial y sin fundamento alguno. Evidentemente, la calificación de la empresa del trabajo presencial, aun siendo fuera de los locales de la empresa, tiene que tener una causa de justificación con el fin de no incurrir en fraude de ley. Ello supondría entender la aplicación del trabajo a distancia de forma flexible, en

base al concepto jurídico apuntado. Así, se protegería el derecho al trabajo a distancia y con ello la posibilidad del empleado de elegir el lugar donde quiera desarrollar su prestación de servicios.

De igual modo, la ley opta por incluir en la definición legal un porcentaje de presencialidad, puesto que, con carácter general, en la práctica el trabajo a distancia no se desarrolla de forma completa fuera de las instalaciones de la empresa. Efectivamente, ya sea con más o menos intensidad, se recurre al trabajo semipresencial o bien al trabajo desarrollado en condiciones de semivirtual. Por ello, la ley se esfuerza en determinar un límite a partir del cual debemos considerar que el trabajo no sería presencial y, por tanto, se regularía por la legislación específica que estamos analizando. En este sentido, tendría naturaleza de trabajo a distancia cuando se realiza en dichas condiciones la prestación de servicios, con un mínimo del 30% de la jornada y teniendo en cuenta un periodo de referencia de tres meses (art. 1 LTD). No obstante, en los contratos de trabajo suscritos con menores de edad, así como en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, únicamente será posible el acuerdo relativo al trabajo a distancia, cuando se garantice un porcentaje mínimo del 50% de trabajo presencial. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de desarrollar telemáticamente, en su caso, la formación teórica vinculada al aprendizaje (art. 3 LTD).

La referencia al trabajo a distancia de forma periódica permite la aplicación de la ley en relación a un trabajo que podríamos denominar a distancia de carácter regular. Ello significa que cabría el recurso al trabajo a distancia de forma no regular, precisamente cuando no se alcance el porcentaje anteriormente indicado. En este caso, dicho trabajo a distancia de carácter no regular tendría el tratamiento de un contrato de trabajo ordinario. De este modo, conviene indicar que se ha criticado el recurso a este calificativo de regular, puesto que se trataría de una referencia que plantearía problemas jurídicos en la práctica. Con todo, y en referencia al trabajo a distancia regular, la regulación legal gravita precisamente sobre esta realidad, más allá de los problemas específicos que se

plantean cuando el recurso al trabajo a distancia supera el umbral del treinta por ciento. No obstante, conviene precisar que el límite legal del treinta por ciento, relativo a la ejecución de la prestación del trabajo a distancia, se prevé de forma flexible. Siempre habrá que tener en cuenta la posible ordenación por parte de la negociación colectiva, en cuyo caso, los convenios colectivos podrán contemplar una jornada mínima presencial para todos los trabajadores a distancia (Disposición Adicional 1ª LTD).

Es ciertamente importante el tratamiento del trabajo a distancia de menor intensidad. En relación al concepto legal de trabajo a distancia, ya hemos indicado que se requiere un porcentaje mínimo del treinta por ciento de la jornada que se ejecute a distancia. Ello da respuesta a aquellas fórmulas muy extendidas en la práctica, que se encuentran generalizadas en el ámbito de aplicación del teletrabajo. La LTD intenta evitar que su regulación tenga como centro de gravedad el teletrabajo ejecutado a tiempo completo. En cambio, la ley deja intencionadamente al margen de la regulación el trabajo a distancia que se desarrolle por debajo del umbral del treinta por ciento. Evidentemente, ello supone introducir un gran margen de incertidumbre en lo relativo al régimen jurídico aplicable a estos supuestos. En estas situaciones indeterminadas sería de aplicación la regulación propia del contrato de trabajo ordinario, regulado en el Estatuto de los Trabajadores. Ello significa que no se prohíbe la ejecución parcial de la jornada a distancia por debajo del umbral del 30% previsto en la ley de trabajo a distancia. El hecho de prestar el trabajo por debajo de dicho umbral no se considera irregular y, por tanto, al margen de la ley. No estaríamos ante una práctica ilícita, puesto que la ley realmente no viene a declarar una prohibición expresa de la posibilidad de trabajar a tiempo a distancia por debajo del 30% anteriormente indicado. Con todo y con eso, no cabe duda de que estamos ante un aspecto legal que genera incertidumbre para el intérprete. Hubiera sido deseable que este aspecto se hubiese aclarado legalmente. En efecto, hubiera sido mejor determinar con más precisión el tratamiento normativo para aquellos casos en los que se trabaje a distancia a

una menor intensidad del umbral mínimo previsto legalmente. La remisión a la legislación laboral general no clarifica la situación, o, al menos, no permite una interpretación sencilla. Sin duda alguna, estamos ante un supuesto propicio para su regulación en la negociación colectiva, determinando con ello el posible recurso a estas prácticas de trabajo a distancia de menor intensidad.

En referencia a la presencia mínima en el trabajo a distancia, conviene señalar que las organizaciones sindicales han defendido la necesidad de incluir en la negociación colectiva la posibilidad de contemplar períodos mínimos de presencialidad en el trabajo a distancia. Se trata de una posibilidad que está contemplada en la propia Ley y que, por supuesto, se puede regular en virtud de los convenios colectivos. Nos estamos refiriendo al margen de acción que permite la Disposición Adicional 1ª de la LTD. Con todo, se trata de un aspecto que tampoco ha contado con una oposición por parte de las organizaciones empresariales, aunque en la práctica puede plantear distintos problemas aplicativos, puesto que dicho mínimo de presencialidad puede en la práctica tener un efecto contrario al deseado, es decir, buscar una mayor desconexión respecto del trabajo presencial, pudiendo estar ante un efecto negativo sobrevenido. El hecho de determinar por medio de la negociación colectiva un periodo mínimo de presencialidad obligatorio para el trabajo a distancia, puede dar lugar a presumir el trabajo a distancia sin porcentaje de referencia y que pueda ser calificado como trabajo autónomo. En estas situaciones, dichas actividades quedarían fuera del ámbito jurídico de protección de la legislación laboral. Estaríamos, pues, ante una posibilidad de exclusión del trabajo por cuenta ajena a distancia, privando con ello las posibilidades beneficiosas que pueda tener el desarrollo del trabajo a distancia desde el punto de vista económico y social.

El trabajo a distancia, y con ello su regulación legal de incentivo, se ha visto en España como una nueva posibilidad, que permite dar respuesta al problema del despoblamiento de determinadas zonas rurales de nuestro país. De este modo, el trabajo a distancia permitiría una respuesta a la denominada España vaciada, fomen-

tando con ello la posibilidad de implantar el trabajo en las zonas rurales. Gracias a la digitalización de estos espacios, se permitiría atraer el teletrabajo y con ello descongestionar la masificación de las grandes ciudades. Ello podría ayudar a solucionar los problemas de movilidad y medioambientales que los ritmos de la ciudad plantean en la actualidad. Sin duda, todo ello permitiría la posibilidad de analizar nuevas fórmulas de teletrabajo pleno, sin presencialidad alguna, pero a las que se les aplicaría la legislación laboral gracias a los mecanismos de subordinación y de control de la actividad laboral, que están insertos en la gestión del trabajo en virtud de los nuevos avances telemáticos.

La posibilidad de recurrir al teletrabajo pleno, sin presencialidad, permite incluso que otras regiones de España, casi exclusivamente ligadas a la actividad turística, puedan desarrollar otro tipo de actividades productivas. De este modo, cabe la posibilidad de desarrollar nuevas fórmulas de actividad laboral, e incluso empresariales, más allá de la industria del turismo. Estas zonas, que se caracterizan por su buen clima y precios bajos en épocas de no afluencia turística, pueden ser un foco de reorientación de la actividad productiva. Esta orientación puede permitir el desplazamiento personal a otras personas, con el fin de residir y desarrollar su actividad en régimen de teletrabajo, ya sea para empresas nacionales, como para empresas transnacionales.

Existe pues un interés en fomentar las formas de trabajo a distancia pleno. Esto supone promocionar situaciones que permitirían el desarrollo del teletrabajo con la totalidad de la jornada a distancia, sin ningún tipo de presencialidad. De este modo, la presencialidad se limitaría a momentos puntuales de rendición de cuentas o contactos periódicos, que permitan la conexión entre el trabajador y la empresa. Ciertamente, y a pesar del régimen acusado de trabajo a distancia, no cabe duda de que seguiríamos estando ante un trabajo subordinado y por cuenta ajena, debido al control telemático de la actividad laboral por parte del empresario.

En muchos casos, la posibilidad de prever un periodo mínimo de presencialidad a través de la negociación colectiva puede te-

ner consecuencias positivas. En determinadas situaciones dichos mínimos pueden fomentar el desarrollo potencial del teletrabajo, animando con ello al empresario a recurrir a dicho sistema de organización de la actividad laboral. Sin embargo, dicha referencia a los períodos mínimos debería considerarse de forma flexible, permitiendo, con carácter general, la posibilidad de poder recurrir al teletrabajo pleno y con jornada a tiempo completo. Esto supone en la práctica la posibilidad de realizar el trabajo con un tiempo mínimo de presencialidad. No obstante, conviene indicar que este debate no es artificioso, puesto que en el fondo está el tema del tratamiento de los trabajadores de plataforma desde el punto de vista del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Estamos, pues, ante una de las situaciones conflictivas relativas a la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente. Esta problemática va mucho más allá de la regulación del trabajo a distancia, puesto que en la práctica dichos problemas se tendrían que resolver mediante una legislación específica, que dé respuesta a la concurrencia o no de la subordinación en el ámbito de los trabajos de plataforma. Se necesita una regulación concreta, más allá de la respuesta judicial. En este sentido, en España se ha aprobado recientemente la denominada Ley Rider (Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo), a la que deberíamos remitirnos a estos efectos y cuyo análisis evidentemente requiere un estudio autónomo del que estamos ahora realizando a propósito del trabajo a distancia.

El ámbito de aplicación de la ley es sumamente amplio, como puede apreciarse, en la medida en que el régimen de actividad a distancia se proyecta sobre dos posibles situaciones sumamente diferentes. Se puede aplicar en su contexto tradicional, relativo al desarrollo de los trabajos artesanales que se prestan a domicilio. Ello nos remonta a una situación de ejecución del trabajo por cuenta ajena preindustrial. En cambio, la segunda situación, que es la más relevante en la práctica, se referiría al teletrabajo como fórmula de trabajo a distancia. El denominado teletrabajo se caracteriza porque se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de los medios y los sistemas informáticos, telemáticos y de

telecomunicación [art. 2 b) LTD]. Sin duda, este es el contexto por excelencia donde cobra importancia la ordenación legal. Estamos, pues, ante una especificación del trabajo a distancia cuando se recurre al mismo de forma telemática y en virtud de los dispositivos de conexión. Con ello, se permite el trabajo a distancia en virtud de las fórmulas de control de la actividad y del ejercicio de los poderes empresariales de dirección y de organización. En cualquier caso, cabe destacar el carácter flexible y amplio de la Ley, puesto que, ya sea el trabajo a distancia tradicional o bien sea el teletrabajo, ambas situaciones se encuentran ordenadas legalmente mediante un único régimen jurídico. No obstante, otra cosa será que dichas realidades, que son distintas, deban adaptarse en virtud de la negociación colectiva e individual en sus condiciones de trabajo y de empleo a las singularidades propias de la ejecución del trabajo en cada una de sus modalidades anteriormente citadas.

En el caso del trabajo independiente, especialmente cuando afecte al trabajo a distancia tradicional o al teletrabajo, se pueden plantear problemas por el hecho de realizar la actividad fuera de las instalaciones de la empresa. El problema esencial radica en que puede ser más complejo la diferenciación del trabajo a distancia con el propio trabajo autónomo. Ciertamente, en estos casos se pueden plantear problemas desde el punto de vista del alcance de la subordinación, al quedar distintas manifestaciones de la subordinación laboral difuminadas. A efectos legales, se entiende que es necesario que en estos casos se mantenga el presupuesto de la subordinación, a efectos de determinar la existencia de una relación laboral sometida a la legislación de trabajo¹³. La ley no se refiere

¹³ Ello se podrá apreciar en virtud de determinados indicios de subordinación, que se puedan deducir del trabajo desarrollado dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. En cualquier caso, como ordena la jurisprudencia, será necesario que el trabajador preste servicios personalmente, a pesar de llevar a cabo una actividad laboral a distancia. Vid. STS (Social) de 22 de abril de 1996. RJ 1996, 3334. STS (Social) de 12 de septiembre de 1988, RJ 1988, 6870. STS (Social) de 17 de mayo de 1988, RJ 1988, 4238.

expresamente a este problema. Hubiera sido importante contemplar un criterio orientativo en relación a delimitar los límites entre el trabajo a distancia subordinado y el trabajo a distancia autónomo.

Con carácter general, la Ley prevé que sus disposiciones serán de aplicación a las relaciones de trabajo en las que concurren los presupuestos de laboralidad contemplados en la legislación laboral, a efectos de declarar la prestación de servicios como trabajo por cuenta ajena y asalariado (art. 1 LTD). Ello significa que cuando concurren los caracteres de ajenidad y subordinación estaremos ante un trabajo regulado por la legislación laboral, pero la ley no precisa cuando concurrirán dichos presupuestos que permiten determinar la subordinación en el trabajo a distancia. Sin duda, sería muy interesante aclarar este aspecto a los efectos de proporcionar seguridad jurídica respecto de la frontera existente entre el trabajo autónomo y el trabajo por cuenta ajena en los casos de prestación de servicios a distancia, dadas las zonas grises que se pueden producir en la práctica. Evidentemente, un referente podrá ser la existencia de un volumen de trabajo presencial que en esas mismas condiciones se efectúe en los locales de las empresas, puesto que ello permitiría identificar la subordinación que se da en los trabajos que se prestan en régimen de trabajo a distancia o semipresencial. Sin duda, la posibilidad de identificar la subordinación respecto del tiempo de trabajo presencial será un indicio a efectos de interpretar expansivamente la subordinación en la prestación de servicios, incluido el periodo de trabajo a distancia. Sin embargo, los problemas se podrán plantear cuando la totalidad de la actividad laboral desarrolle su trabajo a distancia. En este caso será más difícil poder identificar la presencia de los presupuestos de subordinación o de autonomía, a la hora de calificar el carácter laboral o autónomo de la relación contractual que une a trabajador y empresa.

Otro aspecto relevante se refiere al régimen de trabajo a distancia en el ámbito de las Administraciones Públicas. Conviene indicar que estamos ante un régimen de actividad que no se en-

cuentra regulado por la ley que estamos comentando. Se trata de una modalidad de trabajo a distancia autónoma, sin que la regulación general del trabajo a distancia se aplique al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. En el caso del trabajo a distancia de los empleados públicos la ley prevé una regulación propia (Disposición Transitoria 2ª RDLTD). Estamos, pues, ante una exclusión que se aplica a dicho personal, así como al conjunto del sector público, que, como sabemos, no es en sentido estricto Administración Pública. En cualquier caso, conviene indicar que también en el ámbito de personal laboral de las Administraciones Públicas el trabajo a distancia y el teletrabajo deberían observar los principios basados en la voluntariedad, la igualdad de derechos de trabajadores presenciales y a distancia, la posibilidad de compatibilizar el trabajo presencial con el trabajo a distancia, la necesidad de asumir por parte del empleador los medios tecnológicos necesarios para su actividad (art. 47 bis Estatuto Básico del Empleado Público, en virtud de la redacción introducida por el Real decreto ley 29 barra 2020, de 29 de septiembre).

V. LOS CONFLICTOS RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL TRABAJO A DISTANCIA TRANSNACIONAL

Sin duda, uno de los problemas más importantes se refiere a la determinación de la normativa aplicable al trabajo a distancia. Efectivamente, la determinación de la legislación nacional aplicable al trabajo a distancia puede resultar un problema específico y clave a la hora de la resolución de los conflictos jurídicos¹⁴. Esta si-

¹⁴ Sin duda, actualmente una de las perspectivas más relevantes en la aplicación del teletrabajo, se refieren a su ámbito de aplicación transnacional, siendo especialmente importante los problemas relativos a la aplicación de la concreta ley aplicable al caso concreto. Vid. SELLAS, I. y BENVINGUT, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, en

tuación se produce especialmente cuando el trabajo a distancia se desarrolla con una jornada plena. El problema se agudiza cuando dicho trabajo se desarrolla en un lugar alejado y, concretamente, cuando se prestan servicios en un país distinto de donde se ubica la residencia del trabajador, que es precisamente el lugar donde se desarrolla la actividad laboral. Con independencia de que el contrato se haya celebrado en la sede de la empresa, que puede ser en otro país distinto de donde presta servicios, sería de aplicación las reglas propias del Derecho Internacional Privado. En concreto, tendríamos que aplicar las disposiciones contenidas en el Reglamento de Roma, respecto a la normativa aplicable al contrato de trabajo.

El artículo 8 del Reglamento de la Unión Europea 593/2008, de 17 de junio de 2008, relativo a la ley aplicable a las relaciones contractuales, conocido como el Reglamento Roma I, prevé los criterios que deben concurrir conjuntamente a efectos de determinar la ley aplicable. En ese sentido, sería de aplicación la preferencia de elección realizada por las partes en materia de ley aplicable. No obstante, se puede modular dicho criterio de aplicación, con el fin de que no se produzcan al trabajador una privación de la protección que se derive de la ley aplicable conforme a las siguien-

Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, 2000, pp. 1121 y ss. SERRANO OLIVARES, R., “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, en Relaciones Laborales, núm. 2, 2001, pp. 1237 y ss. MORENO MÁRQUEZ, A.Mª., “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, en Revista de la contratación electrónica, núm. 58, 2005, pp. 3-42. GÚTIEZ SAINZ-PARDO, A., “Aspectos positivos y negativos del Anteproyecto de Ley del Teletrabajo”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 966, 2020. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., “El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol?”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (coords.), Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 733-511.

tes exigencias. Con carácter general, y en defecto de acuerdo entre las partes, será de aplicación la ley del Estado que en la relación contractual tenga mayores vínculos. En el caso que exista dificultad para poder determinar dicho criterio, el contrato se regirá por la legislación del Estado en el que el trabajador realice su trabajo habitualmente. En este sentido, conviene indicar que los cambios temporales de destino, que se puedan producir, no se tendrán en consideración a los efectos de cambio de la ley aplicable. En cualquier caso, y en defecto de las anteriores previsiones, será de aplicación la ley donde esté situada la sede de la empresa, donde el trabajador haya sido contratado.

Evidentemente estamos ante reglas clásicas del Derecho Internacional Privado, que quizá no se adapten plenamente a la situación actual. Ello puede dar lugar a cierta inseguridad jurídica. En determinados casos puede suceder que los trabajadores no reciban una tutela suficiente en sus derechos, especialmente en aquellas situaciones no contempladas legalmente desde el punto de vista del trabajo transnacional. Evidentemente, el Reglamento europeo Roma I se caracteriza por su complejidad. En algunos casos puede dar lugar a problemas desde el punto de vista de los conflictos, que se puedan producir entre empresas y trabajadores, latiendo el riesgo de que en las negociaciones individuales puedan prevalecer los intereses empresariales frente al de los trabajadores. Sin duda, convendría insistir en la referencia a la presencia de mayores vínculos entre el teletrabajador y la empresa. Debería precisarse aún más dichos conceptos, especialmente en el trabajo semipresencial, así como en los trabajos fronterizos, cuando se realice la actividad en régimen presencial y a distancia. Sin duda, nos encontramos ante un ámbito específico de regulación, que necesita una interpretación precisa a la nueva realidad. En este sentido, sería conveniente tener en cuenta los efectos que dichas reglas generales pueden tener sobre los trabajadores a distancia. Se deben clarificar dichas reglas a la hora de contratar a estos teletrabajadores, al tratarse de situaciones especialmente sensibles y que pueden provocar posteriormente supuestos de conflictividad.