

La orientación de la ley española del trabajo a distancia y del teletrabajo al fomento de los derechos laborales

The purpose of the Spanish law on distance work and teleworking to promote labor rights

José Eduardo LÓPEZ AHUMADA*

RESUMEN: La pandemia provocada por la crisis del Covid-19 ha motivado la aprobación en España de una nueva legislación relativa a la ordenación del trabajo a distancia y del teletrabajo. Dicha regulación se ha adoptado como una fórmula de gestión de la actividad laboral con una clara vocación expansiva y con la finalidad de servir de marco normativo estable. Sin duda, dicha disposición normativa está pensado actualmente en una situación de vuelta a la normalidad y está dirigida a una situación laboral postcovid, que tiene importantes efectos en el mundo del trabajo. Junto a las medidas incluidas en la ley, dirigidas a la gestión flexible del trabajo, debemos destacar un aspecto sumamente importante, que reside en el equilibrio en las relaciones laborales. Por ello, destaca en dicha ley del trabajo a distancia la reformulación de los derechos laborales

* 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-IE-LAT)” (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: 09/03/2022. Fecha de aprobación: 29/06/2022.

básicos presentes en el teletrabajo.

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

ABSTRACT: The pandemic context caused by the Covid-19 crisis has motivated the approval in Spain of new legislation on the regulation of distance work and teleworking. This regulation has been adopted as a formula for managing work activity, with a clear expansionary vocation and with the aim of serving as a stable regulatory framework. In effect, this normative provision is currently thought of in a situation of return to normality and is aimed at a post-covid employment situation, which has important effects on the world of work. Along with the measures included in the law, aimed at flexible work management, we must highlight an extremely important aspect, which resides in the balance in labor relations. For this reason, the reformulation of the basic labor rights present in teleworking stands out in said teleworking law.

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

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones laborales se encuentran sometidas a profundas transformaciones derivadas de las nuevas fórmulas de trabajo. Sin duda, la pandemia motivada por la crisis del coronavirus ha tenido una importancia crucial en la materia, acogiendo prioritariamente el recurso a las distintas modalidades de trabajo remoto, como una medida necesaria que permite mantener la actividad laboral y, con ello, asegurar la continuidad de la productividad de las empresas. Recientemente, se cumple 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). Precisamente, por ello, es relevante analizar los distintos 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 legal a efectos constitucionales. 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. Sin duda, en este ámbito ha tenido una especial relevancia la reformulación de los derechos laborales básicos, que se aplican al trabajo a distancia y al teletrabajo, y cuyas principales situaciones problemáticas se analizarán a lo largo del presente estudio.

II. CAUTELAS RELATIVAS A LA NECESARIA FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

La ley contempla la obligación de las partes de manifestar por escrito su voluntad de acogerse al trabajo a distancia. Se debe de contemplar expresamente y por escrito y, además, incluirse el contenido mínimo previsto legalmente. Dicha formalización puede incorporarse en el contrato de trabajo al inicio de la relación o bien realizarse un pacto posterior por escrito. Por tanto, y en cualquier caso, se deberá producir antes del momento de inicio del régimen de trabajo a distancia (art. 6 LTD). En el caso de ausencia de pacto por escrito, en relación al trabajo a distancia, se siguen las reglas generales relativas a la propia validez del contrato de trabajo. Es decir, la falta de formalización por escrito del acuerdo no dará lugar a su nulidad, sino que se producirá exclusivamente una presunción de su celebración por tiempo indefinido y a tiempo completo (art 8,2 ET). No obstante, cabe recordar que será de aplicación de forma adicional la posible imposición de la sanción administrativa por falta de formalización por escrito, aplicándose el tipo de infracción grave contemplado en el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, regulador de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS)¹.

Con el ánimo de mantener el régimen de actividad no presencial, en los casos de ausencia de forma escrita, dicha ausencia no supondrá la imposibilidad del reconocimiento del trabajo a distancia. Es decir, ello no implicaría la consideración automática del trabajo presencial en perjuicio de la actividad a distancia. En caso contrario, ello supondría negar la propia realidad, cuando la prestación de servicios se efectúe a distancia. Ciertamente, sería contraproducente seguir aplicando las reglas del trabajo presencial al

¹ En este sentido, conviene tener en cuenta que la Ley 10/2021 ha dado lugar a un aumento de las sanciones administrativas contempladas para los incumplimientos de las empresas con motivo de la aplicación de dicha normativa.

trabajo desarrollado a distancia. Cabe recordar que la legislación laboral ordinaria incluye expresamente al trabajo a distancia entre los supuestos que demandan la necesaria forma escrita. Además, dicho acuerdo requiere la determinación explícita de las condiciones de trabajo y empleo, siendo por ello que, en caso contrario, prevalecerá la presunción de trabajo indefinido y a tiempo completo, cuando no se cumpla con dicha formalidad (art. 8.2 ET).

Desde esta perspectiva, lo más importante a efectos legales será no tanto la formalidad, sino la concurrencia de voluntades en relación a la ejecución del trabajo a distancia. Así pues, si no concurre dicha voluntariedad, no se podría aplicar el régimen de trabajo a distancia. Prima, pues, el libre consentimiento frente al cumplimiento de la observancia de forma escrita. Por otro lado, en los casos de ausencia de forma escrita, cuando se esté ocultando una realidad distinta, si se produce una imposición empresarial del modelo del trabajo a su empleado contra su voluntad, ello supondrá la nulidad de la medida. En estos supuestos se deberá aplicar igualmente la presunción de trabajo indefinido y a tiempo completo. Además, se deberá considerar que la ejecución del trabajo será necesariamente de forma presencial por falta de acuerdo con el trabajador.

Por otro lado, debemos destacar la obligación por parte de la empresa de entregar a los representantes legales de los trabajadores una copia de todos los acuerdos relativos al cambio del trabajo a distancia. Ello supone trasladar a los representantes de los trabajadores dichos acuerdos, que se realicen inicialmente, así como las posteriores modificaciones o actualizaciones, incluyendo la necesidad de comunicar el porcentaje de presencialidad aplicado (arts 6 y 8 LTD). El posible incumplimiento del deber de información a los representantes legales de los trabajadores no tiene repercusión sobre la propia validez del contrato, aunque cabe la imposición de una sanción administrativa por infracción de carácter grave (art. 15.4 LISOS). Asimismo, debemos destacar que igualmente se deberá comunicar dichos pactos a la oficina pública de empleo,

como sucede, con carácter general, en el sistema de contratación laboral (art. 6.2 LTD).

Respecto de dichas informaciones, conviene apuntar que deberán recogerse aquellos datos que, en virtud de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen², puedan suponer un atentado directo contra el derecho a la intimidad personal (art. 6.2 LTD). En efecto, el tratamiento de la información que se facilite estará siempre sometido a la observancia de los principios y garantías previstos en la legislación relativa a la protección de datos de carácter personal. En concreto, será de aplicación el Reglamento de la Unión Europea 2016/679, de 27 de abril y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. En cambio, a diferencia de lo que sucede en el Estatuto de los Trabajadores, no se produce una exclusión de la obligación de entregar la copia relativa al acceso o al cambio al régimen de trabajo a distancia en el caso del personal de alta dirección. Igualmente, en estos contratos con el personal de alta dirección se deberán observar las cautelas formales previstas legalmente.

Otro de los aspectos especialmente importantes en materia de formalización del acuerdo de trabajo a distancia se refiere al contenido mínimo, que deberá contemplarse en dichos pactos. Dicho contenido obligatorio figura expresamente en el artículo 7 de la LTD. La ley se refiere de forma específica a los contenidos que deben reflejarse necesariamente en dicho acuerdo. En este sentido, es necesario identificar el inventario de los medios, equipamiento y herramientas que precise el desarrollo del trabajo a distancia

² Precisamente, en el acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo se reconocía entre los derechos laborales la intimidad y la consideración a la debida dignidad de la persona trabajadora, frente a las medidas de vigilancia y control del teletrabajo aplicadas por las empresas. La jurisprudencia insiste en la necesidad de respetar la privacidad del trabajador en el ámbito de la vigilancia del trabajo a distancia. Vid. AN (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 42/2004 de 31 mayo. AS 2004\2637.

pactado. Dicha obligación se refiere incluso a la determinación de los consumibles y los elementos muebles, así como una referencia al período de vida útil y su necesaria renovación a efectos del desarrollo del trabajo. Asimismo, se deberán enumerar los gastos que pudiera ocasionar el trabajo a distancia a la persona trabajadora y cuantificar la compensación, que de forma obligatoria debe abonar la empresa, así como el momento y la forma para realizarlo³. En esta materia prevalecerán las previsiones contempladas en los convenios o acuerdos colectivos de aplicación, que se refieran a las compensaciones económicas del desarrollo del trabajo a distancia.

Otro de los contenidos mínimos del acuerdo se refiere al horario de trabajo. Dentro del mismo, tienen especial relevancia las reglas relativas a la disponibilidad del trabajador. Asimismo, se deberá especificar el porcentaje, así como la distribución entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia. Evidentemente, como hemos destacado a propósito del concepto legal del trabajo a distancia, se deberá indicar necesariamente el centro de trabajo de la empresa al que se adscribe el trabajador a distancia, así como, en su caso, el lugar donde se desarrollará la parte del tiempo de trabajo realizado con carácter presencial. Junto a ello también deberá figurar el lugar de trabajo elegido por el empleado para desarrollar su actividad laboral a distancia. Asimismo, se deberá contemplar la duración del acuerdo de trabajo a distancia⁴, así como la dura-

³ Precisamente, la Ley 10/2021 ha insistido en la necesidad de garantizar a los trabajadores la previsión de los medios y la adaptación de las herramientas de trabajo para las personas con discapacidad.

⁴ En dicho acuerdo especial se puede concretar el tiempo que dure la modalidad de trabajo a distancia. En los casos en los que no se produzca la reincorporación al trabajo presencial tras el requerimiento de la empresa se produciría la dimisión del trabajador, tratándose de un efecto derivado de la inexistencia de un acuerdo especial de teletrabajo. Vid. TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 345/2021 de 22 enero. JUR 2021\112011.

ción de los plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, que en su caso se puedan aplicar.

Con carácter general se deberán contemplar los medios de control empresarial de la actividad a distancia, así como los procedimientos a seguir en los supuestos en que se produzcan dificultades técnicas, que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia. En este sentido, tienen una importancia especial las instrucciones dadas por la empresa, con la participación de los representantes legales de los trabajadores, en relación a la protección de los datos personales en el ámbito del trabajo a distancia. De igual modo, destaca las instrucciones de la empresa, previa información a los representantes legales de los trabajadores, sobre la seguridad de la información.

III. LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN EL TRABAJO A DISTANCIA

La aplicación del principio de voluntariedad en la modalidad de trabajo a distancia tiene una importancia decisiva en la práctica. Sin embargo, a pesar de la previsión este principio en la propia ley, no cabe duda de que dicha regla presenta importantes problemas a la hora de su aplicación. Nos estamos refiriendo a determinados puntos débiles que afectan a la voluntariedad individual del trabajador. Esta situación necesita necesariamente ser interpretada atendiendo a los casos que se puedan producir en la práctica⁵. Sin

⁵ A efectos de profundizar en las consecuencias jurídicas relativas a la aplicación del principio de voluntariedad en el teletrabajo. Vid. SALA FRANCO, T., “La voluntariedad en el teletrabajo”, en *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODO-LÍ SIGNES, A. (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 55-64.

duda, ello va a dar lugar a una importante interpretación jurisprudencial en atención a la casuística.

Con carácter general, existe una cierta experiencia en relación al principio de voluntariedad, aplicado al teletrabajo con carácter previo a la pandemia. En este sentido, ya el acuerdo europeo relativo al teletrabajo se refería a la necesidad de que el trabajo a distancia debiera desarrollarse de forma voluntaria. Ello significaba, como sucede actualmente, que será necesaria la concurrencia del libre acuerdo entre empresa y trabajador⁶. Dicho libre acuerdo deberá producirse en el momento inicial de la celebración del contrato, o bien durante la dinámica del mismo, es decir, durante el desarrollo de la relación laboral. Cuando se alcance dicho pacto durante la dinámica de la relación laboral, ello supondrá evidentemente la transformación del contrato de trabajo, convirtiendo un trabajo inicialmente presencial en una prestación de servicios a distancia. Igualmente podría ser al contrario, transitando del trabajo a distancia a la modalidad de actividad presencial (art. 5 LTD). De igual modo, cabría la posibilidad de desarrollar estos pactos modificatorios contemplando un incremento o una reducción del porcentaje de trabajo a distancia o presencial (art. 8 LTD). Lo que no cabría en ningún caso es la posibilidad de determinar dicho régimen de trabajo o el porcentaje de presencialidad o de trabajo a distancia aplicable en función del criterio unilateral de cualquiera de las partes, ni siquiera por la aplicación general de un acuerdo colectivo⁷.

⁶ Con carácter general, el incumplimiento del régimen de teletrabajo pactado con la empresa supone un supuesto de incumplimiento contractual por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Se reconoce, pues, la aplicación del despido disciplinario, cuando el empleado se sirve del régimen de teletrabajo a los efectos de inobservar el rendimiento de trabajo acordado con la empresa. Vid. TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 136/2019 de 15 enero. JUR 2019\64416.

⁷ En relación a la prohibición de la aplicación unilateral de la decisión de la empresa respecto de los cambios y modificaciones en el régimen de traba-

De igual modo, es preciso destacar que dentro del principio de voluntariedad se encontraría la decisión propia del trabajador de elegir el lugar concreto de prestación de servicios. Dicha voluntariedad no se refiere en exclusiva al régimen de trabajo a distancia o presencial, o al porcentaje concreto de cada una de estas variables. El lugar de trabajo es también un aspecto crucial en la práctica y puede plantear distintas situaciones conflictivas. Dicho lugar de trabajo a distancia se puede referir al propio domicilio del trabajador, o bien a cualquier otro lugar elegido por el empleado. En cualquier caso, el empresario deberá conocer el sitio donde la actividad laboral se desarrolla. Con ello, el empleador podrá cumplir con su deber de seguridad y de salud en el trabajo. Dicha referencia al lugar de prestación de servicios deberá constar expresamente en el acuerdo de trabajo a distancia, siendo un elemento esencial del acuerdo la determinación del lugar en el que se va a desarrollar dicho trabajo [art. 7 f) LTD].

Por todo ello, la ley está pensando en la aplicación del principio de voluntariedad de carácter individual, en atención a la tutela de los intereses personales del trabajador. No obstante, se pueden plantear problemas de aplicación de este principio individual, especialmente en el ámbito de las grandes empresas. En estos contextos el trabajo a distancia puede venir organizado de manera general para el conjunto de los trabajadores. En efecto, ello puede ser un importante obstáculo a la posible oposición de determinados trabajadores, que no están interesados en seguir el sistema general de actividad laboral⁸. Especialmente en estos ámbitos la empresa conseguirá generalmente aplicar su sistema de

jo a distancia. Vid. STS (Social) de 11 de abril de 2005, RJ 2005, 4060.

⁸ La modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe basarse de forma justificada en causas organizativas y productivas, con la imposibilidad consiguiente de incumplir el acuerdo específico alcanzado por las partes. Vid. TSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 158/2021 de 11 febrero. JUR 2021\159677. En su caso, se aprecia la inexistencia de modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo cuando ellos

trabajo diseñado, en función de los criterios y de los porcentajes que estime convenientes de trabajo a distancia. En estos supuestos será muy difícil para los trabajadores apartarse del sistema general, salvo en aquellas circunstancias en las que concurren causas singulares de carácter personal, que permitan justificar la decisión individual del trabajador de no sumarse al sistema general de la empresa. Evidentemente, a ello se suman los problemas relativos a los posibles desequilibrios contractuales, que puedan existir entre la empresa y el trabajador individualmente considerado. Esta situación se producirá especialmente en aquellos casos en los que el trabajador a distancia se encuentre aislado respecto de su empresa y, especialmente, en aquellas circunstancias en las que exista un control sindical débil.

En muchas circunstancias el pacto individual nos remite a la negociación individual, lo cual puede representar un hándicap respecto de la tutela de los intereses de los trabajadores. Esta situación se va a producir con mayor intensidad en las pequeñas empresas, donde los trabajadores están abocados a negociar individualmente con los empresarios. Ello significa que en determinadas circunstancias este libre consentimiento del trabajador podrá resultar prácticamente irrelevante a la hora de tener en consideración sus intereses personales. En estas situaciones prevalecerá, en muchos casos, el sistema de organización de la actividad laboral diseñada por la empresa. En cierto modo, podríamos decir que un mínimo grado de negociación colectiva sería conveniente. Sería interesante desarrollar el interés colectivo a efectos de la aplicación del principio de voluntariedad. Esta práctica puede tener una importante vertiente protectora. De esta manera, los acuerdos colectivos vendrían a dar mayor efectividad a los pactos posteriores individuales, como se prevé legalmente.

Todo ello permitiría un mayor desarrollo de la negociación colectiva, a la hora de determinar por medio del convenio colecti-

infiere del acuerdo especial de trabajo a distancia. Vid. AN (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 105/2021 de 12 mayo. JUR 2021\176057.

vo el régimen de trabajo a distancia que se quiera desarrollar, con especiales mecanismos de tutela para el conjunto de los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación. De igual modo, dicha posibilidad supondría una vía idónea para organizar el trabajo colectivamente, asegurando una tutela adecuada de los intereses de los trabajadores. Se evitaría con ello las diferencias de trato en la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo. Dicha posibilidad se encontraría igualmente amparada por la propia LTD, que se remite a los convenios colectivos a la hora de establecer, en función de la actividad a desarrollar, la determinación de los puestos de trabajo, así como las funciones que se puedan desarrollar en virtud del trabajo a distancia (Disposición Adicional 1ª LTD).

En cualquier caso, la ley contempla determinadas excepciones parciales a la aplicación del principio de voluntariedad. La finalidad de dichas excepciones se orienta a asegurar en la práctica el correcto tratamiento de los derechos de los trabajadores. En este sentido, se hace referencia legalmente a la protección del trabajador en virtud de su derecho a realizar el trabajo total o parcialmente a distancia⁹, así como a dejar de hacerlo en los supuestos en los que los trabajadores tengan la consideración de víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo. En estos supuestos, se requerirá que tal régimen de trabajo a distancia se esté aplicando en la empresa y, del mismo modo, dicho sistema de actividad laboral tendrá que ser compatible con el puesto y las funciones desarrolladas normalmente por el trabajador (art. 37.8 ET y Disposición Final 3ª LTD).

Asimismo, dentro de las excepciones se contempla la preferencia a acceder al régimen de trabajo a distancia, cuando dicha modalidad de prestación de servicios este aplicándose en la

⁹ En determinadas condiciones, se ha reconocido el derecho a trabajar a distancia parcialmente, a pesar de ser un sistema que no está implantado en la empresa, ni está previsto en convenio colectivo y, a su vez, se cuenta con la negativa de la empresa a negociar. Vid. JS Barcelona (Cataluña), núm.24, sentencia núm. 28/2020 de 29 enero. JUR 2020\269224.

empresa. Esta previsión permite facilitar la compatibilidad del trabajo con el seguimiento de estudios oficiales orientados a la obtención de un título de carácter académico o profesional [art. 23.1 a) ET y Disposición Final 3ª LTD]. De este modo, el trabajo a distancia permite conciliar igualmente los intereses formativos de los empleados, con vistas a garantizar igualmente el interés en la promoción laboral. En cualquier caso, conviene señalar que no se trata de un derecho absoluto, que pueda ejercer el trabajador incondicionalmente. Al contrario, como hemos indicado, se trata meramente de una preferencia, que se aplicará de forma comparativa respecto de otros trabajadores, que también deseen acceder al régimen de trabajo a distancia. No obstante, en el caso de los trabajadores que estén cursando estudios oficiales, existe un interés legítimo de cambio de actividad al sistema de trabajo a distancia.

Por último, en el ámbito de las excepciones nos debemos referir a la necesidad de observar los intereses de los trabajadores respecto de la conciliación de la vida personal y familiar con su actividad laboral. Se trata de una excepción que depende su aplicación del caso concreto. Dicho interés legal podrá igualmente amparar la voluntad del trabajador de cambio a la actividad a distancia en función de sus circunstancias personales. Se reconoce a las personas trabajadoras el derecho a solicitar el acceso al régimen de trabajo a distancia con el fin de hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral o familiar¹⁰. En efecto, se trata de un derecho que tampoco supone su aplicación inmediata, sino que estará condicionado a la situación concreta. Habrá que

¹⁰ Son especialmente importantes las resoluciones judiciales dictadas en relación a la adaptación del trabajo desde la perspectiva de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con carácter general, existe un derecho al disfrute del trabajo a distancia, en la modalidad del teletrabajo, a fin de proteger dichos intereses de conciliación. La justicia insiste en la necesidad de justificar la modificación de la jornada presencial por el teletrabajo en base en intereses de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Vid. JS Logroño (La Rioja), núm.1, sentencia núm. 229/2020 de 10 diciembre. JUR 2021\116402.

tener igualmente en cuenta lo pactado en el convenio colectivo de referencia. En cualquier caso, se ha indicado que se trata de una previsión de carácter débil, en la medida en que se requiere en última instancia el seguimiento de un período de negociación individual entre el trabajador y su empleador. Evidentemente, en los casos de negativa del empresario, únicamente estará amparada dicha medida cuando la empresa lo justifique en atención a razones objetivas, que sustenten su oposición al cambio de régimen de actividad (arts. 34.8 ET y 4.5 LTD).

IV. LA TUTELA DEL TRABAJO A DISTANCIA EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES

Respecto del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, conviene señalar que se trata de un reconocimiento explícito a la eficacia normativa de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. Dicho derecho afecta especialmente a la aplicación de las condiciones de trabajo y de empleo. Se trata de un derecho que ya se contenía en el propio acuerdo europeo sobre el teletrabajo, viniendo a contemplarse, como principio general, el reconocimiento al trabajador a distancia de los mismos derechos que le corresponden a aquellas personas que prestan su trabajo en régimen de presencialidad en los locales de la empresa. Se trata de una igualdad de derechos plena, salvo en aquellos aspectos relativos a las condiciones propias de desarrollo del trabajo presencial por su propia naturaleza.

Los trabajadores a distancia no podrán sufrir diferencias comparativas con el resto de los empleados en régimen de presencialidad (art. 4 LTD). Ello impide cualquier tipo de perjuicio, en cualquiera de sus manifestaciones, que afecte a las condiciones laborales, especialmente las relativas a la retribución, la estabilidad

en el empleo, la jornada de trabajo¹¹, la formación y la promoción profesional. Estamos, pues, ante la proyección de la igualdad de trato en la relación de trabajo, que se extiende al conjunto de los derechos y de las situaciones del trabajador a distancia, siempre en comparación con el canon de protección de los trabajadores presenciales. Como hemos indicado, ello tiene una especial repercusión en materia de retribución, debiendo prevalecer el principio de igual salario por trabajo de igual valor¹². Asimismo, es necesario proceder a la compensación justa de los costes laborales relativos al mantenimiento del trabajo a distancia.

Por otro lado, se reconoce en justa igualdad el derecho del trabajador a distancia al horario flexible y al registro adecuado de su jornada, así como a la necesaria desconexión digital¹³ (arts. 13, 14 y 18 LTD). Dicha igualdad de trato también repercute en la necesidad de aplicar con la misma intensidad los derechos laborales

¹¹ Se reconoce la aplicación de los mismos derechos en materia de jornada, con independencia del trabajo virtual o presencial, así como de sus consiguientes porcentajes de aplicación. Ver AN (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 104/2021 de 10 mayo. AS 2021\1257.

¹² No cabe duda de la importancia del tema salarial, que siempre se muestra especialmente sensible en la práctica y plantean distintas situaciones controvertidas. A efectos de profundizar en dicho tema nos remitimos al siguiente estudio. Ver CAPELL GUIU, J., “Ley de trabajo a distancia: ¿Afectará el teletrabajo a las retribuciones?”, en *Capital Humano*, núm. 360, 2021.

¹³ En este sentido, no cabe duda de la necesidad de interpretar la nueva ley del trabajo a distancia en conexión con la garantía del derecho a la desconexión digital en el trabajo. Vid. TRUJILLO PONS, F., “Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la desconexión digital en el trabajo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2020. Sin duda, debe prevalecer una interpretación acorde a aportar mayor seguridad jurídica a las partes de la relación laboral. Este contexto se aprecia especialmente relevante en una era digital como la actual, en la que existe un repunte de la aplicación del teletrabajo y donde se precisan mayores cautelas en relación a la desconexión digital.

a los trabajadores a distancia. Ello se refiere a la necesaria tutela frente a la modificación de las condiciones de trabajo sobrevenidas, evitar la discriminación por razón de género, el beneficio a la aplicación de los planes de igualdad, la provisión del acoso en el trabajo, el acceso a las medidas de conciliación y de corresponsabilidad familiar con su debida compatibilidad con el trabajo¹⁴, el acceso al derecho a la formación y a la promoción profesional, la posibilidad de utilizar los medios digitales con la debida protección de la intimidad y la garantía del tratamiento adecuado de sus datos personales, la garantía de los derechos colectivos y la necesidad de aplicar los poderes de control empresarial de la forma menos invasiva a los derechos fundamentales de los trabajadores a distancia. La ley insiste constantemente en asegurar la aplicación del principio de igualdad de trato y de no discriminación. Se trata de una medida de protección básica de los intereses de los trabajadores, que se proyecta, como hemos indicado, de forma transversal en el contrato de trabajo.

¹⁴ De este modo, se reconoce el derecho de la trabajadora a adaptar su jornada, combinando teletrabajo unos días y acudiendo presencialmente a sus puestos de trabajo otros, como medida procedente ante las vicisitudes del Covid-19. Vid. TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia de 25 marzo 2021. AS 2021\1260. TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia de 5 febrero 2021. JUR 2021\121825. JS Burgos (Castilla y León), núm.1, sentencia núm. 83/2020 de 10 junio. JUR 2020\289909. JS Vigo (Galicia), núm.6, sentencia núm. 182/2020 de 22 julio. JUR 2020\240573. JS Burgos (Castilla y León), núm.3, sentencia núm. 119/2020 de 24 julio. JUR 2020\289536. JS Cuenca (Castilla-La Mancha), núm.1, sentencia núm. 478/2020 de 16 diciembre. JUR 2021\111342. En algunos casos, por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral, se aplica el teletrabajo con una ponderación, alcanzando la necesidad de aplicar una jornada del 40% a distancia. Vid. TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección6ª), sentencia núm. 203/2021 de 22 marzo. JUR 2021\180988.

V. LA DEFENSA DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA

En la ley ocupa un lugar importante la garantía de los derechos económicos de los trabajadores a distancia. Concretamente, dichos empleados tendrán derecho a percibir, al menos, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto de trabajo y funciones a desarrollar. De igual modo, tendrán derecho a los complementos establecidos para aquellos trabajadores, que solo prestan servicios de forma presencial. Especialmente, ello se aplica en referencia a aquellos complementos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo a desarrollar (art. 4.1 LTD). La norma está contemplando una igualdad retributiva de forma objetiva. No obstante, dicha paridad formal no impide que en la práctica puedan existir diferencias retributivas entre distintos trabajadores, con independencia del sistema de trabajo presencial o distancia. Desde esta perspectiva, serían admisibles aquellas diferencias retributivas justificadas de forma objetiva en base al trabajo realizado y que sean proporcionadas. En cualquier caso, será necesaria la justificación empresarial de la diferencia del tratamiento salarial. A efectos de la aplicación del principio general de igualdad retributiva entre trabajadores presenciales y a distancia, es preciso asegurar que las diferencias de trato estén fundadas por razón del trabajo realizado en cada uno de esos casos. No cabe duda de que dicho principio no se aplica fácilmente a la hora de comparar las modalidades de trabajo presencial y a distancia. En la práctica se van a producir situaciones conflictivas a la hora de la aplicación de la norma. Con carácter general, conviene indicar la necesaria aplicación del principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor, con independencia de que dichas labores se desarrollen presencialmente o a distancia.

Efectivamente, pueden existir determinadas diferencias retributivas en relación al trabajo a distancia, por el hecho de que puedan existir características propias de los puestos de trabajo de

carácter presencial. De este modo, pueden existir en algunos casos diferencias por la naturaleza propia del trabajo a desarrollar, existiendo características que no se dan en el trabajo a distancia y que pueden justificar la aplicación de un complemento exclusivamente dirigido para los trabajadores presenciales. De igual manera, dicho planteamiento se puede presentar en sentido contrario, de forma que igualmente pueden existir determinadas particularidades propias del trabajo a distancia, que justifiquen la aplicación de un complemento salarial dirigido exclusivamente a los trabajadores a distancia. Dichas diferencias se pueden producir, como estamos apuntando, en el ámbito de las percepciones salariales, pero también se pueden apreciar en las percepciones de naturaleza extrasalarial. Ello puede afectar a distintas compensaciones económicas que se pueden conceder por el desplazamiento del trabajador a su centro de trabajo, en virtud de los denominados complementos o pluses de transporte¹⁵. Dichos complementos se orientan, por su propia naturaleza, exclusivamente a los trabajadores presenciales. En cualquier caso, dichas compensaciones extrasalariales tienen que tener esa naturaleza por su propia razón de ser y nunca pueden venir a ocultar de forma fraudulenta una cantidad que realmente sea retributiva. En estos casos, se produciría realmente un tratamiento salarial dispar e ilegítimo entre trabajadores a distancia y trabajadores presenciales.

Respecto de los posibles costes o gastos derivados del desarrollo del trabajo a distancia¹⁶, con carácter general, el hecho de que

¹⁵ En esta línea, se ha reconocido que los trabajadores en régimen de teletrabajo no tendrían derecho a percibir el complemento de transporte en las mismas condiciones que lo percibían con anterioridad a pasar al régimen de teletrabajo. Vid. AN (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 157/2021 de 30 junio. JUR 2021\231871.

¹⁶ Especialmente en el caso del teletrabajo puntual y extraordinario, cuando se aplica de forma transitoria, se pueden plantear importantes problemas en relación al derecho a la compensación de los gastos derivados del trabajo a distancia. Vid. VIDAL, P., “¿Qué ocurre con los gastos derivados del

se desarrolle dicho trabajo no supone que el trabajador a distancia deba de soportar dichos costes o gastos derivados de la actividad laboral. Se trata de una consecuencia lógica, al igual que nunca los trabajadores presenciales soportan los costes derivados de su prestación de servicios¹⁷. En este sentido, la ley garantiza a los trabajadores a distancia el derecho a la dotación y al mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad laboral. En ese sentido, se deberá de elaborar un inventario que quedará incorporado en el propio acuerdo de trabajo a distancia. De igual modo, dicha obligación empresarial también incluye la necesaria atención al trabajador a distancia en los casos en los que existan dificultades técnicas. Dicha previsión se aplica especialmente en el caso del teletrabajo (art.12 LTD).

VI. LA PROMOCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL TRABAJO A DISTANCIA

Es importante la necesidad de garantizar el derecho a la prevención de riesgos laborales de los trabajadores de distancia. Ello se ha visto especialmente relevante después de la experiencia inicial de la aplicación del trabajo a distancia durante la primera fase

teletrabajo excepcional?, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.976, 2021. Dichos problemas aplicativos se pueden producir ante la posible aplicación de la normativa laboral ordinaria, dando lugar con ello a determinadas situaciones de inseguridad jurídica respecto del alcance de la obligación empresarial de dotar los medios y su consiguiente mantenimiento.

¹⁷ En relación a los gastos de compensación, podemos apuntar, por ejemplo, el derecho de los teletrabajadores a percibir una cuantía adicional por hora trabajada en concepto de utilización de las computadoras y del uso de la conexión a internet. En estos casos, se deberá percibir un plus adicional a efectos retributivos. Vid. AN (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 122/2021 de 25 mayo. AS 2021\1300.

de la pandemia. Durante esa etapa inicial de la crisis sanitaria, muchas empresas tuvieron que recurrir al trabajo a distancia sin tener cultura ni experiencia en este ámbito. Por ello, cometieron distintos errores a la hora de su aplicación práctica. Como sabemos, la principal particularidad de los trabajadores a distancia en materia de salud laboral se refiere al hecho de que su prestación de servicios se ejecuta fuera del centro de trabajo de la empresa o en un lugar en el que la empresa no puede controlar su trabajo. La LTD contempla la obligación de la empresa de asegurar el deber general de seguridad y salud en el trabajo frente a los riesgos de los accidentes laborales¹⁸ y las enfermedades profesionales, respecto de aquellas personas que desarrollan su trabajo a distancia.

En este sentido, la norma viene a garantizar la necesidad de hacer constar en el acuerdo de trabajo a distancia el lugar exacto elegido por el trabajador para ejecutar su trabajo [art. 7 f) LTD]. Dicha constatación permite la posibilidad de evaluar los riesgos laborales presentes en la zona destinada al trabajo, siendo únicamente dicho lugar de trabajo y no el resto de la vivienda o el local donde se trabaje, el ámbito de análisis en materia de salud laboral. De esta manera, ni la vivienda, ni el local en su conjunto donde se preste servicios, podrá ser objeto de control por parte de la empresa. Igualmente, ello significa que no alcanza a la responsabilidad de la empresa la totalidad de las condiciones que afecten a la vivienda o al local donde se vaya a desarrollar el trabajo a distancia. La ley garantiza que el empresario tiene que recibir toda la información necesaria para poder efectuar la correspondiente evaluación de riesgos laborales. Sin duda, se trata del instrumento esencial para determinar las condiciones idóneas desde la perspectiva de la salud en el trabajo. A estos efectos, se prevé legalmente, en su caso, la visita de los correspondientes técnicos en materia de preven-

¹⁸ Es preciso señalar, como medida de tutela, la presunción de existencia de accidente de trabajo por un ictus sufrido durante la prestación de servicios en régimen de teletrabajo. Vid. JS Girona (Cataluña), núm.3, sentencia núm. 199/2021 de 12 noviembre. AS 2021\691.

ción de riesgos laborales. En estos casos se deberá de garantizar la privacidad del trabajador, que viene obligado a permitir dichas visitas y en el supuesto de que no permita el acceso de los técnicos de prevención, la evaluación de riesgos se tendrá que realizar por parte de la empresa con la información que se reciba por parte del trabajador a distancia (art 16 LTD).

VII. EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO A RETORNAR A UNA MODALIDAD DE TRABAJO PRESENCIAL

La ley contempla el interés del trabajador a distancia en favorecer el cambio al sistema de trabajo presencial. Estamos en presencia de una previsión orientada a facilitar la movilidad y la promoción laboral del trabajador a distancia. De este modo, cuando el trabajador realiza el trabajo a distancia durante la totalidad de su jornada, se garantiza la prioridad a ocupar aquellos puestos de trabajo que se realicen total o parcialmente de forma presencial en la empresa. En estos casos, el empresario tendrá que informar a los trabajadores a distancia y a sus representantes legales de la existencia de aquellos puestos de trabajo de carácter presencial que se encuentren vacantes (art 8).

Las previsiones de favorecimiento del cambio al trabajo presencial no afectan al principio general de voluntariedad. Ello significa que la prioridad al cambio de régimen de trabajo presencial no supone reconocer al trabajador un derecho unilateral y automático a la transformación de su contrato de trabajo a distancia a la modalidad presencial en los casos de vacantes. En este sentido, debemos subrayar la eficacia general que tiene el principio de voluntariedad y la correlativa obligación de existencia de acuerdo mutuo entre las partes para realizar los cambios que fueran precisos. En este ámbito, y ante la llamada general de la ley, tiene especial sentido e importancia el desarrollo de la negociación colectiva. Los convenios colectivos y acuerdos colectivos de empresa

pueden desarrollar una importante función en la previsión de los mecanismos, así como de los criterios aplicables en los cambios del trabajo a distancia al sistema presencial y viceversa (art. 8.3)

VIII. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y AL DESARROLLO DEL MODELO LEGAL EN VIRTUD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Con carácter general, la ley viene a asegurar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia. Como se ha indicado previamente, los representantes de los trabajadores tienen que conocer la existencia de los trabajadores que prestan servicios a distancia en la empresa. Conviene recordar en este punto que la ley reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a acceder a una copia del acuerdo de trabajo a distancia firmado entre la empresa y el trabajador (art. 19 LTD). Se trata de una obligación de la empresa de comunicar el acuerdo a la representación de los trabajadores, como un elemento esencial para poder desarrollar los derechos colectivos de los trabajadores a distancia.

La ley garantiza la efectividad de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia en las mismas condiciones que a los trabajadores presenciales, destacándose la necesidad de poder acceder a sus representantes en el ámbito laboral. En este sentido, la norma se refiere expresamente a facilitar concretamente el ejercicio del derecho al voto por parte del trabajador a distancia en el ámbito de las elecciones a los representantes de los trabajadores. De igual modo, se insiste en asegurar el derecho de los trabajadores a distancia a participar en las actividades organizadas por su representación, a través de la asistencia y participación en las asambleas de trabajadores. Debido a la naturaleza del trabajo prestado a distancia, la ley contempla la obligación de la empresa de facilitar a los representantes de los trabajadores los medios tec-

nológicos adecuados para poder ponerse en contacto y comunicarse, en su caso, con los trabajadores a distancia¹⁹.

En el ámbito de los derechos colectivos de los trabajadores a distancia, tiene especial relevancia la necesidad de contar con una ordenación de sus condiciones de trabajo en virtud de la negociación colectiva. Durante este estudio hemos hecho referencia a las distintas llamadas que la ley hace a la negociación colectiva. Como sabemos, se debe fomentar el desarrollo de los convenios colectivos y los acuerdos colectivos de empresa a fin de satisfacer los intereses de los trabajadores a distancia. Se trata de desarrollar a través de la promoción de la negociación colectiva los aspectos esenciales de la ordenación legal del trabajo a distancia. Desde esta perspectiva, el papel que le corresponde a los convenios colectivos en esta materia es esencial, puesto que en muchos aspectos el régimen legal de referencia depende de la integración de dichas materias en los convenios colectivos y acuerdos de empresa.

¹⁹ La jurisprudencia ha venido a destacar la lesión del derecho a la libertad sindical por la falta del reconocimiento de la condición de representante de los trabajadores a determinados empleados a distancia. Ello se produjo precisamente ante el cierre de determinados centros de trabajo, donde fueron elegidos dichos trabajadores, sin que fuera posible la mera descripción virtual de los trabajadores a otros centros laborales desde la perspectiva de la gestión laboral. Vid. AN (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 221/2015 de 23 diciembre. AS 2016\120. Cuando el teletrabajo se ha aplicado de forma excepcional y con carácter temporal, se ha interpretado que la empresa no tiene obligación de comunicación sindical por correo electrónico con todos y cada uno de los empleados de la empresa. Vid. AN (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 130/2020 de 30 diciembre. JUR 2021\41762. Asimismo, se reconoce la pérdida de la condición de representante de los trabajadores por desaparición del centro de trabajo en el que fueron elegidos, produciéndose la adscripción del trabajador a distancia a otro centro que ya cuenta con representación laboral. Vid. TS (Sala de lo Social, Sección1ª), sentencia núm. 379/2017 de 28 abril. RJ 2017\2768.

En casos de ausencia de regulación convencional, dichos vacíos pueden dar lugar a importantes problemas de regulación. Sin duda, es especialmente importante fomentar los procesos de negociación colectiva, especialmente en determinados ámbitos donde, o bien existe un vacío de dicha regulación o, en su caso, existen nuevas formas de actividad laboral, que por sus características suelen estar fuera del ámbito de aplicación de la negociación colectiva. Por todo ello, ante la existencia de vacíos generales de cobertura de la negociación colectiva, se requiere del fomento de los procesos de negociación. La situación actual está afectando a las nuevas actividades laborales, que no tienen conexión con un convenio colectivo de aplicación. Se trata de actividades que no se encuentran ordenadas por los tradicionales convenios colectivos sectoriales, ni existe una vinculación con la negociación colectiva empresarial.