

Claves de la nueva Ley del Teletrabajo

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Finalmente, ha sido el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, BOE, 23, el que ha establecido la regulación sobre el trabajo a distancia, incluyendo el teletrabajo y desarrollando derechos laborales y obligaciones empresariales en una ponderación, entre otros, del rendimiento exigido y la privacidad garantizada.

En este análisis se destacan las siguientes claves de la nueva normativa:

Primera clave: su definición

La norma se aplica, exclusivamente, a quienes se hallen dentro del ámbito del Estatuto de los Trabajadores, no extendiéndose a otros colectivos. Y se distingue entre el «trabajo a distancia», como organización del trabajo o realización de la actividad laboral que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por ésta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular (un mínimo del treinta por ciento de la jornada o porcentaje equivalente en función de la duración del contrato en un período de referencia de tres meses); el «teletrabajo», como modalidad de trabajo a distancia mediante uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación; y el «trabajo presencial», que será trabajo que se preste en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

La nueva regulación se aplica a los trabajadores por cuenta ajena, dejando fuera al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas que se regirá por su propia normativa (Disposición adicional 2ª). Se ha considerado, por tanto, que el ámbito público requiere, a estos a la empresa privada, principalmente. Por lo demás, el antiguo concepto de trabajo a distancia

(antiguo artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, LET) se cuantifica toda vez que, antes, el trabajo a distancia debía realizarse «de manera preponderante» en el domicilio del trabajador o lugar elegido por éste como alternativa al modo presencial y ahora requiere de un porcentaje de realización de la jornada pactada. Se introduce, además, la modalidad de teletrabajo cuando dicho trabajo a distancia se realice de forma «exclusiva o prevalente» con medios informáticos y telemáticos, que será la mayor parte de las ocasiones, por lo que tenderá a utilizarse más la expresión «teletrabajo», con más arraigo popular que jurídico.

Segunda clave: la voluntariedad

El trabajo a distancia deberá ser voluntario tanto para la persona trabajadora como para la empleadora y requerirá la firma de un acuerdo expreso, que podrá formar parte del contrato inicial o celebrarse en un momento posterior. Sin perjuicio del posible derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer posterior legislación o la negociación colectiva y sin que sea posible recurrir al artículo 41 LET para implantar esta modalidad organizativa.

El acuerdo entre empresario y trabajador deberá realizarse por escrito, incorporándose al contrato inicial o en un momento posterior, pero, en todo caso, antes de iniciarse este tipo de prestación. Con un contenido mínimo obligatorio, amén de lo que puedan establecer los Convenios o acuerdos colectivos al respecto. Dicho contenido deberá ser, al menos, el siguiente: a) un inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como la vida útil o periodo máximo de renovación para éstos; b) una enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como la forma de cuantificar la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y el momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el Convenio o acuerdo colectivo de aplicación; c) el horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, las reglas de disponibilidad; d) el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; e) el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial; f) el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia; g) la duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso; h) los medios de control empresarial de la actividad; i) el procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia; j) las instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; k) las instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; y l) la duración del acuerdo de trabajo a distancia.

La no formalización del acuerdo o la falta de contenido obligatorio serán consideradas infracciones graves por parte de la empresa. Asimismo, esta última deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que pudieran afectar a la intimidad personal y con la debida protección de los datos personales. Esta copia

se entregará por la empresa, en un plazo no superior a diez días desde su formalización, a la representación legal de las personas trabajadoras, que la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega y, posteriormente, la copia se enviará a la oficina de empleo correspondiente.

La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Y también deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras. Por su parte, la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora. El ejercicio de esta reversibilidad podrá desarrollarse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia. Además, será la negociación colectiva la que pueda incorporar mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa u otras preferencias. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y deberá tenerse en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa. En el caso de las personas que realizan trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada, tendrán prioridad para ocupar puestos de trabajo presenciales, debiendo informar la empresa sobre las vacantes que se produzcan.

Cualquier discrepancia en cuanto al acceso, reversión o modificación del trabajo a distancia precisará de una modalidad especial recogida en el artículo 138 bis de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en la que se señala un plazo de veinte días hábiles para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social, a partir de que la empresa le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por la persona trabajadora. El procedimiento será urgente, se le dará tramitación preferente y contra la sentencia dictada no procederá recurso, salvo si se acumula una pretensión de resarcimiento de perjuicios que, por su cuantía, pueda dar lugar al recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento será ejecutivo desde que se dicte la sentencia. Si la reclamación en materia de trabajo a distancia estuviera relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139 de la norma citada.

La negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial y las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia, no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Permanece, pues, el carácter voluntario con el que esta figura se regulaba en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, ahora, se señalan una serie de obligaciones legales: un contenido mínimo del acuerdo, la entrega de su copia básica en un plazo determinado, la necesidad de pactar, en su caso, la modificación o reversibilidad, la prioridad en la ocupación de vacantes de naturaleza presencial, etc. Mas conviene destacar dos referencias determinantes; la primera, que la empresa debe compensar los gastos derivados del teletrabajo, lo que significa establecer la premisa de que ha de existir un plus —la forma, el contenido, la

cantidad serán precisadas en cada caso, en cada empresa, en cada sector— por la realización del trabajo a distancia; y, la segunda, que cualquier negativa a este tipo de trabajo, a la reversibilidad o a la falta de adaptación al mismo no podrán suponer ni una modificación del contrato ni la extinción del mismo. Al menos, no, con causa justificada, esto es, de forma procedente como ocurriría si se acudiera al despido objetivo con esta calificación pues, si la empresa actuara de esta forma, su decisión sería considerada improcedente, con un coste económico mayor.

Tercera clave: la igualdad de derechos con los trabajadores presenciales

A estos efectos, las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional. Sin perjuicio de esto último, las personas que desarrollan total o parcialmente trabajo a distancia tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones, así como los complementos establecidos para las personas trabajadoras que solo prestan servicios de forma presencial, particularmente aquellos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo. En este sentido, no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo. Y tendrán los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada del artículo 34.8 LET, para evitar que interfiera esta modalidad de trabajo con su vida personal y familiar.

La empresa está obligada a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, en este tipo de prestación. En este sentido, deberán tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad, especialmente en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral y en la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género.

En esta misma línea, se garantiza la participación efectiva en las acciones formativas de las personas que trabajan a distancia, en términos equivalentes a las de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa, y el derecho a su promoción profesional, debiendo la empresa informar a aquellas, de manera expresa y por escrito, de las posibilidades de ascenso que se produzcan, ya se trate de puestos de desarrollo presencial o a distancia.

Ante el riesgo de feminización del teletrabajo, el legislador asume toda cautela para evitar cualquier discriminación, pero especialmente si se produjera por razón de género. Salario, promoción, formación, conciliación, estabilidad, acoso son conceptos que adquieren especial significación para quienes no van a tener la misma vinculación con la empresa como el trabajador presencial. De ahí que la presunción de partida ante cualquier conflicto sea la plena equiparación de derechos, ya existente en la antigua legislación, bien que sin el desarrollo

puntual ahora introducido. Y con la salvedad —incluida aquí también— de todo aquello que resulte «inherente a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial», lo que, en el nuevo contexto, previsiblemente será interpretado de forma restrictiva.

Cuarta clave: los derechos de los teletrabajadores

Sobre los medios materiales

Se garantiza el derecho a la dotación suficiente y un mantenimiento adecuado de medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo firmado o, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación. Asimismo, se garantiza la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo. En este sentido, el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de los gastos derivados. Los Convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

Sobre la jornada laboral

La persona que desarrolle trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido, en función del acuerdo pactado o de lo establecido en la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso. A estos efectos, el sistema de registro horario, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo. El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. A estos efectos, la empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a sus trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará este derecho en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Los Convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso.

Sobre la salud laboral

Se garantiza asimismo una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

La evaluación de riesgos únicamente deberá alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia. La empresa habrá de obtener toda la información acerca de los riesgos a los que está expuesta la persona que trabaja a distancia mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados, y prever las medidas de protección que resulten más adecuadas en cada caso. Cuando la obtención de dicha información exija la visita por parte de quien tuviera competencias en materia preventiva al lugar en el que, conforme a lo recogido en el acuerdo individual, se desarrolla el trabajo a distancia, deberá emitirse un informe escrito que justifique dicho extremo y que deberá entregarse tanto a la persona trabajadora como a las delegadas y delegados de prevención. La referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física. De no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse con base en la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención.

Sobre la intimidad

La utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados. La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia. A su vez, las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales en cuya elaboración participará la representación legal de los trabajadores y en los que habrán de respetarse, en todo caso, los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. Los Convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras podrán hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales y las particularidades de esta modalidad laboral.

Sobre los derechos colectivos

Los derechos colectivos deberán tener el mismo contenido y alcance que para el resto de las personas trabajadoras del centro de trabajo al que se halle adscrito el trabajador a distancia, pudiendo la negociación colectiva establecer las peculiaridades necesarias, en su caso, para

quienes prestan servicio a distancia o teletrabajo. A tal fin, la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia. Deberá asegurarse que no existen obstáculos en la comunicación y que pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por sus representantes, especialmente la participación en sus elecciones.

Un catálogo de derechos, de dispar naturaleza, que intenta preservar tanto la persona del trabajador a distancia como su entorno personal y familiar toda vez que el trabajo desarrollado pueda afectar al mismo. De ahí que, medidas para preservar la intimidad o la salud laboral y cautelas para evitar una violación de las mismas, se consideren estrictamente necesarias. Con todo, existen dos aspectos sobresalientes, en este marco. Uno, todo lo que se refiere a los medios informáticos o telemáticos puestos a disposición por la empresa y que deberán ser mantenidos y sufragados por la misma pero que también permite ejercer un control más exhaustivo en un entorno ajeno al centro de trabajo. Otro, la jornada laboral toda vez que el teletrabajo puede suponer la plena disponibilidad del trabajador de su jornada o la nula disponibilidad de la misma, oscilando este tipo de prestación laboral entre un menor rendimiento durante el mismo tiempo o un exceso de rendimiento por el mismo precio. En el equilibrio del poder organizativo empresarial y de la limitación de la jornada laboral se halla la solución para evitar excesos o defectos de cumplimiento. Con especial incidencia, aunque por el momento con escasa trascendencia salvo supuestos excepcionales, de la novedosa exigencia a la desconexión digital.

Quinta clave: la capacidad organizativa empresarial

El trabajo a distancia estará sometido, como el presencial, al cumplimiento de las instrucciones de la empresa en materia de protección de datos o sobre seguridad de la información específicamente fijadas por la empresa, previa información a los representantes legales de los trabajadores. Asimismo, los trabajadores a distancia o teletrabajadores deberán cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos, dentro de los términos que, en su caso, se establezcan en la negociación colectiva. Con todo, la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

La norma no dispensa mucha atención a las necesidades empresariales en comparación con el desarrollo de protección de derechos laborales de los teletrabajadores. No obstante, es evidente que la empresa no pierde capacidad organizativa, sino que, incluso, puede llegar a incrementarla, si, en las instrucciones sobre el uso de los medios informáticos y telemáticos con finalidad laboral, aclara todas aquellas cuestiones que le permiten verificar su control sobre el rendimiento de la actividad no presencial.

Este Real Decreto-ley 28/2020 contiene otras disposiciones de interés sobre el trabajo a distancia [en relación con la negociación colectiva, Disposición adicional 1ª; sobre las infracciones y sanciones para adaptar la normativa a esta nueva regulación, Disposición final 1ª; para adaptar

las normas procesales a este nuevo régimen, Disposición final 2ª; o, en fin, para ajustar lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores a esta nueva regulación, en especial, los artículos 13, 23 y 37]. Sin embargo, conviene subrayar la regulación de dos situaciones transitorias: la de las empresas que han recurrido al teletrabajo en tiempos de pandemia, ex artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, BOE, 18 y para las que se mantiene la aplicación de la normativa laboral ordinaria (Disposición transitoria 3ª) y la de quienes se hallaran ya desarrollando su actividad a distancia a la entrada en vigor de la norma, en cuyo caso, esta normativa se considera íntegramente aplicable desde el momento en que el Convenio o acuerdo colectivo pierda su vigencia y, en todo caso, una vez transcurrido un año desde su publicación, salvo que las partes hubieran previsto un plazo superior que podrá ser, como máximo, de tres años (Disposición transitoria 1ª). Las partes disponen de tres meses para formalizar el acuerdo o modificar los acuerdos de trabajo a distancia de carácter individual vigentes, siendo el plazo de entrada en vigor de esta nueva norma de veinte días tras su publicación.