



ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO*

Jesús Cruz Villalón**

Universidad de Sevilla (España)

SUMARIO: 1. Un cambio relevante en la organización del trabajo. –2. La nueva regulación: el concepto jurídico de trabajo a distancia. –3. Determinación de la normativa aplicable. –4. Principio de voluntariedad de la modalidad contractual. –5. Formalización del acuerdo de trabajo a distancia: su contenido necesario. –6. Favorecimiento del cambio al trabajo presencial. –7. Igualdad de trato y de oportunidades. –8. Derechos económicos. –9. Derechos en materia de prevención de riesgos laborales. –10. Derechos colectivos: la importancia de la negociación colectiva. –11. El trabajo a distancia de intensidad menor. –12. La dilatada entrada en vigor de la norma: teletrabajo covid y regulación convencional precedente.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza los nuevos cambios producidos en la regulación del teletrabajo en España y su proyección aplicativa en el actual contexto económico y social. Se analiza el desarrollo del modelo de teletrabajo, que ha venido a reconfigurarse legalmente y que tiene importantes consecuencias jurídicas. En este sentido, destaca su necesaria implementación en virtud de la negociación colectiva. El teletrabajo se ha convertido en una práctica asentada, que se extiende a muchas empresas y que afecta a un elevado número de trabajos. El estudio analiza la configuración del teletrabajo como instrumento de cambio en la organización del trabajo, desarrollando los aspectos más relevantes de la regulación española.

ABSTRACT

This paper analyzes the new changes produced in the regulation of telework in Spain and its applicative projection in the current economic and social context. The development of the teleworking model is analyzed, which has come to be legally reconfigured and which has important legal consequences. Therefore, it highlights its necessary implementation by virtue of collective

* Recibido 25 de enero de 2021, aceptado el 10 de marzo de 2021.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

bargaining. Teleworking has become an established practice, spreading to many companies and affecting a large number of jobs. The study analyzes the configuration of telework as an instrument for change in the organization of work, developing the most relevant aspects of Spanish regulation.

Palabras clave: teletrabajo, trabajo a distancia, crisis Covid-19, condiciones de trabajo y empleo.

Key words: teleworking, remote work, Covid-19 crisis, working and employment conditions.

1. UN CAMBIO RELEVANTE EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Muchas de las nuevas formas de convivencia que estamos experimentando en los últimos tiempos, tanto en el terreno social como en el económico, se deben a las restricciones a la movilidad impuestas en el marco de las medidas sanitarias adoptadas para hacer frente a la pandemia. Por tanto, sobre muchas de ellas tenemos la percepción de que serán temporales y volveremos a nuestros precedentes estilos de vida en cuanto se supere la situación de emergencia sanitaria.

Ahora bien, de igual forma, algunos otros cambios van a dejar una huella profunda, alterando sin duda nuestros hábitos de vida; desde el punto de vista que se analiza aquí, de los hábitos y formas de trabajo. Así, constituye ya una manifestación unánimemente compartida afirmar con todo fundamento que el teletrabajo ha llegado para quedarse, convirtiéndose en una práctica enraizada y extendida en las empresas y en un elevado número de trabajos. Eso sí, en los más de los casos se va a tratar de un teletrabajo no tal como lo hemos vivido a lo largo de 2020, como una ejecución durante toda la jornada de trabajo confinados en nuestros domicilios, sino en un régimen mixto de teletrabajo semi a distancia y semi presencial.

Qué duda cabe de que el contacto personal y social inmediato es imprescindible para el ser humano en todas las facetas de la vida y, como no podía ser de otro modo, también en el ámbito de lo laboral. Igualmente, visto desde el punto de vista empresarial, la eficiencia del trabajo en común y la productividad empresarial resultan inviables con fórmulas de trabajo a distancia a tiempo completo. La vinculación directa entre compañeros de trabajo, la relación personal con suministradores y clientela, la conexión directa con las contratistas, incluso la relación directa de las empresas con la Administración Pública, serán imprescindibles en muchos aspectos. Más aún, porque todo lo anterior ha existido y, con ello, se ha construido una tupida red de relaciones personales, sociales y empresariales, ha sido posible pasar de forma tan automática, natural y acelerada a este régimen de teletrabajo a tiempo completo. En definitiva, el trabajo presencial, con mayores o menores dosis de intensidad, será imprescindible en nuestra sociedad contemporánea, tanto por motivos profundos de psicología y socialidad de la condición humana como por razones de eficiencia económica y productividad empresarial. Naturalmente, ello va referido a la situación sociológica más extendida y esperable, sin perjuicio de que puedan desarrollarse en algunos supuestos formas de trabajo a distancia durante toda la jornada de trabajo.

Ahora bien, ello no creo que nos retorne al pasado, como si no hubiera pasado nada. Una vez que empresas y trabajadores han comprobado lo que de positivo tiene el teletrabajo, no podremos volver a las precedentes formas de trabajo presencial a todos los efectos. Puede que ello no se produzca con igual intensidad en todas las actividades, especialmente más complejo dentro de la Administración Pública, siempre más resistente a estos fenómenos de trabajo a distancia de los empleados públicos; pero, desde luego, va a tener un impacto estructural intenso dentro del sector privado y, especialmente, dentro del sector servicios.

2. LA NUEVA REGULACIÓN: EL CONCEPTO JURÍDICO DE TRABAJO A DISTANCIA

A tal nuevo escenario responde la aprobación de una regulación completa del trabajo a distancia, tanto del tradicional trabajo artesanal a domicilio como del teletrabajo con uso de medios telemáticos, a través de un Real Decreto-Ley del presente año (Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, BOE 23 de septiembre, en adelante RDLTD). Baste con indicar la trascendencia de la intervención normativa que se ha producido, teniendo en cuenta que hasta el presente no había tenido prácticamente ningún impacto aplicativo en España lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 2002, más allá de su recepción sin mucha precisión respecto de su alcance jurídico dentro del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 y algunas previsiones insuficientes en algunos convenios colectivos. Simbólico igualmente resulta que la regulación del trabajo a distancia hasta ahora se encontraba recogida en un solo precepto del Estatuto de los Trabajadores, mientras que ahora pasa a regularse en una norma independiente, que dedica más de 25 artículos a la regulación de esta modalidad contractual; ello sin desconocer que la misma contiene una amplia remisión a la negociación colectiva, para que esta, en clave de complementariedad, proceda a implementar las previsiones generales contenidas en la nueva norma.

Como punto de partida, la **definición legal de trabajo a distancia** lo considera como aquella forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido por éste (art. 2 a RDLTD). Por contraste, tiene el carácter de “presencial” aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa (art. 2. c RDLTD). En el sentido literal del término, el trabajo “presencial” no se define estrictamente por la “presencia” (valga la redundancia) del trabajador en los locales de la empresa, sino por efectuarse en el lugar decidido por el empleador. Así, será formalmente “presencial” si el trabajo se realiza fuera de los locales de la empresa por decisión del empleador, lo que en el sentido gramatical del término podría calificarse como “a distancia”, si bien no lo sería en el sentido jurídico del término. Por citar, el ejemplo más emblemático, quienes trabajan como repartidores de mercancías o genéricamente como transportistas, no tienen jurídicamente la condición de trabajadores a distancia, sino se les considera legalmente como trabajadores “presenciales”, por mucho, insistimos, que no lo sean en el sentido gramatical del término. Eso sí, lo que no se puede con ello es desvirtuar el alcance del concepto legal, interpretándolo de manera literal para provocar la no aplicación de la normativa sobre trabajo a distancia; me refiero a la hipótesis de que el empleador determinase que el lugar de ejecución del trabajo es el domicilio del trabajador u otro lugar externo a la empresa; en estos casos, entiendo que se trataría de un trabajo a distancia a todos los efectos también desde la perspectiva jurídica, donde lo único que se apreciaría como diferencia sería un incumplimiento del derecho reconocido al trabajador a distancia a elegir el lugar de ejecución de éste.

Forma parte también de la definición legal la identificación de un **porcentaje de presencia- lidad**. Comoquiera que en las más de las ocasiones este trabajo a distancia no se efectúa por completo fuera de los locales de la empresa, sino que con mayor o menor intensidad tiene carácter semipresencial o semi a distancia, se establece un umbral a partir del cual se considera que el mismo se regula por la normativa específica para el mismo: tiene tal carácter cuando se realiza a distancia un mínimo del 30 % de la jornada en un período de referencia de tres meses (art. 1 RDLTD). A esta modalidad es a la que se denomina por parte de la nueva norma como trabajo a distancia “regular”, dando a entender que existiría otro que no tendría este carácter, cuando no se supere dicho porcentaje, que implícitamente queda remitido a la regulación del contrato de trabajo ordinario; por ello, probablemente, no resulte muy acertado calificar a esta modalidad como trabajo a distancia “regular”, porque el que no lo es casaría mal con el calificativo presuntamente inverso de “irregular”. En todo caso, a partir de ahora nos centraremos en la regulación contenida en el RDLTD respecto de lo que denomina trabajo a distancia “regular”, sin perjuicio de que al final dedicaremos un apartado específico al trabajo que no supere este umbral cuantitativo del 30 %. Por lo demás, este umbral de ejecución de la prestación de servicios a distancia se contempla sin perjuicio de que, a la inversa, a través de la negociación colectiva se pueda establecer también una jornada mínima presencial para todos los trabajadores a distancia (disp. adic. 1.ª RDLTD).

En los contratos de trabajo celebrados con menores y en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, solo cabrá un acuerdo de trabajo a distancia que garantice, como mínimo, un porcentaje del 50 % de prestación de servicios presencial, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica vinculada a estos últimos (art. 3 RDLTD).

A esta modalidad contractual se someten dos tipos de situaciones de perfiles sociológicos bien opuestos: una, la de los trabajos artesanales a domicilio que presentan un cariz cuasi preindustrial; la otra, el denominado teletrabajo, caracterizado porque se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación (art. 2 RDLTD). En todo caso, uno y otro se someten legalmente a idéntico régimen jurídico, sin perjuicio de que deban adaptarse en sus condiciones de trabajo a las peculiaridades bien diversas de ejecución del trabajo en cada uno de sus tipos.

Esta regulación, como modalidad contractual propia, no se aplica al **personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas**, por cuanto que para ellos se prevé una regulación propia (disp. trans. 2.ª RDLTD). Eso sí, esa exclusión sólo afecta a este concreto personal, en el sentido de que esta modalidad sí que se aplica al resto del sector público que no es propiamente Administración Pública. En todo caso, incluso para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, el teletrabajo también se rige por los principios que vamos a analizar a continuación de voluntariedad, compatibilidad con el trabajo presencial, igualdad de derechos entre trabajadores presenciales y a distancia, asunción por parte de la Administración de los medios tecnológicos necesarios para su actividad (art. 47 bis Estatuto Básico del Empleado Público, conforme a la redacción dada por el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre).

En ambos casos (trabajo a distancia artesanal y teletrabajo), por la circunstancia de realizarse el trabajo fuera de los locales de la empresa, puede resultar más compleja su **diferenciación con el trabajo autónomo**, dado que ciertas manifestaciones típicas de la subordinación del trabajador pueden quedar diluidas. En todo caso, requisito imprescindible es que se mantenga en estos casos el elemento de la subordinación para que se incluya como manifestación de una relación laboral sometida a contrato de trabajo, lo que se puede constatar a través de ciertos indicios de los que se deduzca que el trabajo se efectúa dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, siendo imprescindible que se realice personalmente por el propio trabajador, aunque se lleve a cabo a distancia (STS de 22 de abril de 1996, rec. 2613/1995, ECLI:ES:TS:1996:2416; 12 de septiembre de 1988, RJ 6870; 17 de mayo de 1988, RJ 4238). A estos efectos, la nueva norma no disipa las dudas al respecto, habiendo perdido la ocasión de establecer alguna mínima pauta orientativa de cómo se marca la frontera específica entre el trabajo a distancia subordinado respecto del trabajo a distancia autónomo. La nueva norma se limita a establecer que será de aplicación a las relaciones de trabajo en las que concurren los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para declarar una prestación de servicios como trabajo asalariado (art. 1 RDLRT); en definitiva, allí donde concurren los tradicionales elementos de la ajenidad y la subordinación, pero sin precisar cuándo se darían los datos fácticos determinantes de la subordinación, que resulta imprescindible para aportar seguridad jurídica en una frontera especialmente difícil en estos casos. Es cierto que allí donde un porcentaje significativo del trabajo presencial se efectúe en los locales de la empresa, ello permitirá detectar la subordinación respecto del período de presencia, debiendo interpretarse que tal circunstancia provocará un efecto expansivo de la subordinación para el conjunto del contrato y, por ende, también de la fase de ejecución a distancia. Por el contrario, allí donde la práctica totalidad de la actividad se ejecute a distancia será más complicado identificar la presencia de los rasgos de subordinación o de autonomía a efectos de calificar el carácter laboral o no de la relación contractual entre las partes.

Las organizaciones sindicales pretenden que por vía de la negociación colectiva se establezcan **períodos mínimos de presencialidad** en el trabajo a distancia, posibilidad que expresamente se contempla en la Ley como materia regulable a través de los convenios colectivos (disp. adic. 1.ª RDLRT). Sin embargo, esa pretensión sindical, a la que no se oponen de principio las representaciones empresariales, a mi juicio, más allá de su objetivo bienintencionado, pre-

sentan también un enorme riesgo, por cuanto la misma puede provocar un efecto colateral negativo indeseado. En concreto, la exigencia a través de la negociación colectiva de un período mínimo de presencialidad para el trabajo subordinado a distancia puede provocar el efecto boomerang negativo de que se presume que todo trabajo a distancia sin porcentaje alguno de presencialidad tiene el carácter de autónomo y, por tanto, se sitúa fuera del ámbito de la legislación laboral. Con ello, se acabarían excluyendo del trabajo subordinado a distancia fórmulas de incentivo al mismo que tienen una gran potencialidad de desarrollo con efectos beneficiosos económicos y sociales. De un lado, en España surge como nueva sensibilidad el problema de despoblamiento de ciertas zonas rurales, la llamada entre nosotros España “vacía”, que podría compensarse con políticas de implantación fuerte de la digitalización en esos territorios rurales, que permita unas ofertas de teletrabajo pleno, sin presencialidad alguna, pero con clara concurrencia de los elementos de subordinación. De otro lado, la pandemia parece mostrar el agotamiento de un patrón de crecimiento con fuerte centralidad de la actividad turística, que en ciertas zonas se llega a presentar como “monocultivo” empresarial basado casi exclusivamente en el turismo. En esas zonas geográficas, por su atractivo de agradables condiciones de vida por su bondad climática, se comienza a reorientar su actividad productiva, para ofrecer el desplazamiento personal para residir a trabajadores que podrían desarrollar su actividad profesional en régimen de teletrabajo para empresas transnacionales. En los mismos términos, estas formas de trabajo podrían constituir fenómenos de expansión de un teletrabajo con la totalidad de la jornada a distancia, sin presencialidad, salvo momentos muy puntuales, pero que no por ello dejarían de ejecutarse en régimen de subordinación. Por ello, sin negar la conveniencia de establecer períodos mínimos de presencialidad a través de la negociación colectiva, con vistas a propiciar el desarrollo de estas potencialidades del teletrabajo, ello en ningún caso debe realizarse excluyendo que en algunos casos quepa la ejecución del teletrabajo a jornada completa y, por tanto, sin tiempo mínimo de presencialidad. Por lo demás, todos estos fenómenos provocarán nuevas tensiones en las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. Ello podría ser abordado en la nueva regulación anunciada por el Gobierno de establecimiento de criterios acerca de la concurrencia de la subordinación en el ámbito de los trabajos de plataforma, que, en todo caso, acabará siendo un asunto de segura judicialización entre nosotros.

3. DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE

La **determinación de la norma nacional aplicable** puede presentarse como un problema singular en el caso del trabajo a distancia. En efecto, el trabajo a distancia, especialmente cuando se efectúa con la jornada plena a distancia, puede presentar también la singularidad de que la ubicación de la empresa puede encontrarse muy alejada y, especialmente, en distinto Estado del lugar donde se ubica la residencia del trabajador, que es donde presta servicios; a pesar, a su vez, de que el contrato de trabajo se haya celebrado en la sede de la empresa, es decir, en otro Estado. A tal efecto, en principio, rigen las reglas establecidas por el Reglamento de Roma respecto a la normativa aplicable al contrato de trabajo (art. 8 Reglamento UE 593/2008, de 17 de junio de 2008, DOUE de 4 de julio, sobre la Ley aplicable a las relaciones contractuales, conocido como Reglamento Roma I). Recordar, así, que dicho Reglamento establece los siguientes criterios sucesivos de determinación de la ley aplicable: en primer lugar, rige la preferencia de elección por las partes de la Ley aplicable, aunque con la limitación de que ello no podrá provocar que al trabajador se le prive de la protección que derivaría de la aplicación de la ley aplicable conforme a los criterios siguientes. En defecto de acuerdo entre las partes, se aplica la ley del país con el que el contrato presente mayores vínculos; a falta de poder precisar esto último, el contrato se regirá por la ley del país en el cual el trabajador realice su trabajo habitualmente, pero aclarándose que los cambios temporales de destino no se tomarán en consideración; en defecto de todo lo anterior, se aplicará la ley donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. Posiblemente estas reglas se encuentren desfasadas y ponen en riesgo las posibilidades de que el teletrabajador pueda ser tutelado suficientemente en sus derechos, especialmente si el Reglamento con su complejidad de reglas pudiera ser interpretado en términos más favorables a los intereses empresariales. El concepto de mayores vínculos, por ejemplo, debería ser precisado allí donde rija un régimen de semipresencialidad y ciertos trabajadores fronterizos se dividan en la ejecución de

su trabajo según que lo realicen en régimen presencial o a distancia. Por ello, sería conveniente reflexionar el impacto práctico que estas reglas pueden tener sobre el trabajador a distancia y si no sería preciso una labor de clarificación al efecto por lo que afecta a los teletrabajadores.

La **relación con la legislación laboral común** constituye otro de los elementos que conviene precisar. La regulación específica del trabajo a distancia en el Real Decreto-ley objeto de comentario, a resultas de su amplitud y apariencia de regulación integral, se aproxima mucho a lo que se trata en otras ocasiones por la legislación como relación laboral de carácter especial (art. 2 ET). Sin embargo, conviene advertir que ni formal ni materialmente llega a tener este carácter. No constituye una situación puramente nominal afirmar que el trabajo a distancia recibe la consideración de “modalidad contractual”, negándose la consideración de la condición de relación especial, empezando por el dato no meramente anecdótico de que el precepto estatutario que hasta el presente lo regulaba no ha sido formalmente derogado (art. 13 ET, conforme a la redacción dada por la disposición final 3.^a RDLTD), si bien se haya vaciado sustancialmente de contenido, al limitarse a una remisión a la regulación específica contenida en el Real Decreto-ley de referencia. Eso sí, al mantenerse vigente, presenta el valor de integrarse a todos los efectos dentro del Estatuto de los Trabajadores y, especialmente, de hacerse dentro de un precepto que sistemáticamente se ubica dentro de la sección correspondiente a las “modalidades del contrato de trabajo”. Ello resulta decisivo a la hora de establecer las relaciones entre el RDLTD y el ET, de modo que uno y otro se rigen por el principio de especialidad: el Estatuto de los Trabajadores contiene la regulación general del contrato de trabajo común, que se aplica a todos los efectos al trabajo a distancia, salvo para las reglas singulares contenidas en el RDLTD que, como norma especial, se aplica con preferencia a la general. Eso sí, ello determina que el trabajo a distancia se integra dentro de la legislación laboral en su conjunto y, en particular, que para lo no previsto en el mismo no resulta precisa una específica remisión al Estatuto de los Trabajadores por parte del RDLTD. Es muy conveniente reafirmar esta idea, por cuanto que la presentación como integral del RDLTD, junto a cierto tipo de remisiones en su articulado al texto estatutario respecto de concretas materias, podría dar la imagen errónea de que son necesarias este tipo de remisiones y que su ausencia determina la no aplicabilidad del Estatuto de los Trabajadores. A la postre, ha de afirmarse que ese tipo de remisiones constituyen una cierta incorrección técnica, por cuanto que no son necesarias e inducen al error, por lo que es necesario hacer hincapié en su carácter de imprecisión técnica para romper con un posible malentendido del texto legal.

Problema singular se puede presentar respecto del **convenio colectivo aplicable** al trabajador a distancia, no tanto por lo que afecta al ámbito funcional del convenio colectivo, sino en relación con su ámbito territorial. El interrogante a estos efectos puede surgir en determinar si el criterio referencial de aplicación ha de ser el lugar de ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador determinado a través del acuerdo de trabajo a distancia (art. 7 f RDLTD), o bien por el lugar donde se encuentre el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrito el trabajador a distancia y, donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial (art. 7 e RDLTD). Puede suceder que en algunos casos ambos criterios sean coincidentes en cuanto al convenio colectivo aplicable, pero puede que no sea así, teniendo presente que en muchas ocasiones la estructura comercial ofrece un mapa descentralizado, especialmente con convenios colectivos de ámbito provincial. Cuando en atención a cada criterio el convenio colectivo aplicable sea diferente, corresponderá a los propios convenios establecer su ámbito territorial de aplicación (art. 85.3.b ET). Eso sí, no puede descartarse que las reglas establecidas por ambos convenios colectivos sean divergentes, en cuyo caso se pueden provocar bien solapamientos porque la divergencia provoque el resultado de que ambos sean aplicables, o bien que no lo sea ninguno de ellos. Cuando el resultado sea de solapamiento, habrá que aplicar las reglas sobre concurrencia entre convenios colectivos establecidas con carácter general (art. 84 ET). Cuando no resulte aplicable ningún convenio colectivo, porque ambos contengan reglas excluyentes de su ámbito, nos encontraremos ante un vacío de cobertura, en principio imposible de cubrir, salvo que se produzca algún tipo de reforma legislativa o de acuerdo interprofesional que establezca un criterio homogéneo para todos los convenios. Finalmente, cuando los convenios colectivos de referencia no atiendan a este asunto, detectándose un claro silencio al res-

pecto, sería posible acudir a algún principio general en forma de regla supletoria de solución del vacío detectado, aplicando algún criterio finalista o sistemático general. A nuestro juicio personal, esa regla supletoria sería la de entender que resultaría de aplicación el convenio donde el trabajador prestase sus servicios en un porcentaje superior de tiempo a distancia o presencial.

4. PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL

Siguiendo la estela del acuerdo europeo sobre teletrabajo, regla de partida básica en el trabajo a distancia es que el mismo debe efectuarse voluntariamente, por tanto, requiere del libre acuerdo entre las partes, bien en el momento inicial de celebración del contrato de trabajo, o bien en el momento posterior si se desea transformar tanto sea un trabajo presencial en a distancia, como a la inversa de a distancia en presencial (art. 5 RDLTD), incluida la modificación de incremento o reducción del porcentaje de presencialidad (art. 8.1 RDLTD). Por ello, en sentido negativo, no resulta admisible su imposición unilateral por cualquiera de las partes o por derivación de un acuerdo colectivo (STS de 11 de abril de 2005, rec. 143/2004, ECLI:ES:TS:2005/2126).

Sin embargo, tal regla de **la voluntariedad individual presenta debilidades**, por lo que debe ser matizada o completada, atendiendo a dos perspectivas que cada vez van a resultar más determinantes.

En primer lugar, la voluntariedad individual puede resultar escasamente eficiente en grandes empresas, cuando el trabajo a distancia se encuentra organizado de manera general para el conjunto de la empresa y puede resultar distorsionador la oposición de trabajadores aislados. Salvo que concurren causas singulares de carácter personal en este tipo de trabajadores, más allá de la formalidad de la regla de la voluntariedad empresarial, la empresa va a imponer sus criterios en el momento de la celebración del contrato, sólo concertándolo con aquellos trabajadores que estén dispuestos a aceptar las pautas organizativas generales de la empresa.

En segundo lugar, en un escenario tradicional de desequilibrio contractual entre las partes, posiblemente acentuado de manera significativa en el caso de los trabajadores a distancia que se encuentran más aislados y con riesgos de escaso control sindical, el pacto individual tiene un muy débil valor de tutela de los intereses de los trabajadores, especialmente cuando se trate de pequeñas y microempresas. En estos casos, la necesidad del consentimiento del trabajador en la práctica resulta irrelevante a los efectos de tomar en consideración los intereses de los trabajadores.

Todo lo anterior está manifestando que se requiere un cierto grado de **colectivización de la voluntariedad** para dar mayor efectividad real al pacto individual posterior exigido legalmente. En definitiva, ha de tenerse presente que la lógica colectiva, tanto de organización empresarial desde el punto de vista de su eficiencia como de mejor defensa de los intereses de los trabajadores, aconsejaría modular el principio de voluntariedad individual en estos casos. Dicho de otro modo, sería oportuno dar entrada a la negociación colectiva para fijar vía convenio el régimen del trabajo a distancia exigible de forma colectiva al conjunto de los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Ello proporcionaría un sistema racional de organización del trabajo, una tutela adecuada de las situaciones de los trabajadores y conjurar los riesgos de agravios comparativos derivados de diferencias de tratamientos injustificados entre unos y otros trabajadores. Alguna pista al efecto ya ofrece la regulación de esta modalidad contractual cuando prevé que los convenios colectivos podrán establecer, atendiendo a la especialidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia (dips. adic. 1.ª RDLRT).

Algunas **excepciones parciales o relativas de la voluntariedad** se establecen en clave de derechos reconocidos a los trabajadores. Por ejemplo, se contempla como derecho subjetivo del trabajador la posibilidad de realizar el trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de

hacerlo en el caso quienes tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo; en estos casos, se requiere que tal régimen de trabajo se encuentre instaurado en la empresa, al tiempo que esta modalidad de ejercicio sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por el trabajador (art. 37.8 ET, conforme a la redacción dada por la disp. final 3.ª RDLTD). De otra parte, se reconoce una preferencia a acceder al trabajo a distancia, si tal régimen se encuentra instaurado en la empresa, como medio para facilitar la compatibilidad del trabajo con el seguimiento con regularidad de estudios para la obtención de un título académico o profesional (art. 23.1 a ET, conforme a la redacción dada por la disp. final 3.ª RDLTD); ello no comporta un derecho subjetivo perfecto, sino tan sólo una preferencia se entiende comparativa respecto de otros trabajadores que también deseen pasar a realizar su trabajo a distancia pero que no cursen este tipo de estudio. En tercer lugar, con un nivel de intensidad más débil, se le reconoce al trabajador el derecho a solicitar pasar a prestar su trabajo a distancia para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral o familiar; se trata de una previsión más débil, dado que ello queda condicionado a los términos en que se pacte en la negociación colectiva y, a falta de pacto en convenio colectivo, se contempla un período de negociación individual entre trabajador y empleador, que puede desembocar en la negativa del empleador, quien en todo caso deberá indicar las razones objetivas justificativas de su oposición (art. 34.8 ET y art. 4.5 RDLTD).

Forma parte igualmente del principio de voluntariedad la decisión del trabajador de elegir el lugar concreto de ejecución del trabajo, lo sea en su domicilio o en otro sitio elegido por este, si bien el empleador debe conocer el sitio donde se realiza, a efectos sobre todo de cumplimiento de su deber de seguridad y salud en el trabajo, por lo que debe constar en el acuerdo de trabajo a distancia el preciso lugar en el que se va a efectuar (art. 7 f RDLTD).

5. FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA: SU CONTENIDO NECESARIO

A mayor abundamiento, esa voluntad de las partes debe expresarse **por escrito** y con el contenido preciso que viene identificado legalmente. Puede estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior, pero en todo caso deberá formalizarse antes de que se inicie el trabajo a distancia (art. 6.1 RDLTD). La falta de formalización por escrito del acuerdo de trabajo a distancia, a semejanza de lo que sucede con la validez del contrato de trabajo, no provoca su nulidad, sino exclusivamente su presunción de celebración por tiempo indefinido y a tiempo completo (art. 8.2 ET), sin perjuicio de que adicionalmente cabe la imposición de la correspondiente sanción administrativa por estar ello tipificado como infracción grave (art. 7.1 LISOS). En estos casos no creo que sea defendible, como han interpretado algunos que el efecto de la ausencia de forma escrita sea la negar la condición de trabajo a distancia, derivando de ello la consideración de trabajo presencial respecto de ese tipo de contrato de trabajo. De un lado, la realidad práctica será que la prestación de servicios se efectúa a distancia y sería un contrasentido aplicarle las reglas propias del trabajo presencial. De otro lado, es el propio precepto estatutario el que expresamente incluye al trabajo a distancia entre los que requieren de forma escrita y, de manera explícita para ellos, establece la presunción de indefinido y a tiempo completo cuando no se cumple este requisito formal (art. 8.2 ET). A la postre, para el legislador lo decisivo, tal como hemos visto anteriormente, es que concurra la voluntariedad en la ejecución del trabajo a distancia, de modo que si concurre la voluntariedad ello prima frente al cumplimiento o no de la forma escrita. Diverso sería que la ausencia de forma escrita estuviese ocultando una realidad diversa: una imposición por parte del empleador al trabajador de la ejecución del trabajo a distancia contra su voluntad; en este otro caso sí que debería defenderse que esa relación, además de presumirse indefinida y a tiempo completo, debe pasar a ejecutarse de manera presencial.

Además, la empresa deberá **entregar a la representación legal de los trabajadores una copia de todos los acuerdos** de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, incluida la notificación del porcentaje de presencialidad (arts. 6 y 8.1 RDLTD), que posteriormente enviará a la oficina de empleo (art. 6.2 RDLTD). El texto legal evita utilizar la expresión

“copia básica” que figura en el Estatuto de los Trabajadores (art. 8.4 ET), si bien ello no tiene mayor significación, por cuanto que en estos casos también han de excluirse aquellos datos que, de acuerdo con 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 imagen, pudieran afectar a la intimidad personal (art. 6.2 RDLTD). El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre). Eso sí, en este caso, a diferencia de los que se prevé en el Estatuto de los Trabajadores, no se excluye de la obligación de entrega de la copia del personal de alta dirección, por lo que aplicando el principio de especialidad ha de interpretarse que en este caso no rige tal exclusión. De igual forma, el incumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores no afecta a la validez del contrato, pero sí es susceptible de sanción administrativa por infracción grave (art. 15.4 LISOS).

En concreto, la norma de forma muy pormenorizada enumera **los contenidos** que necesariamente debe contener dicho acuerdo: a) inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos; b) enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación; c) horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; d) porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; e) centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial; f) lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia; g) duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso; h) medios de control empresarial de la actividad; i) procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia; j) instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; k) instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; l) duración del acuerdo de trabajo a distancia (art. 7 RDLTD).

6. FAVORECIMIENTO DEL CAMBIO AL TRABAJO PRESENCIAL

A los efectos de facilitar la movilidad y promoción del trabajador, se establece que cuando se realiza el trabajo a distancia durante la totalidad de la jornada, se tiene prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial. A estos efectos, el empresario deberá informar a los trabajadores a distancia y a sus representantes legales de la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan (art. 8.2 RDLTD). Eso sí, conviene advertir que con ello no se altera la regla de la voluntariedad, en el sentido de que esta regla no está reconociendo al trabajador un derecho unilateral a transformar su contrato de a distancia en presencial cuando existan las mencionadas vacantes, pues se mantiene la exigencia del acuerdo mutuo para ello. A estos efectos, la negociación colectiva puede desarrollar un papel importante en el establecimiento de mecanismos y criterios para desarrollar el trabajo presencial o a distancia (art. 8.3 RDLTD).

7. IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES

En cuanto a las condiciones de trabajo, igualmente en correspondencia con lo establecido por el acuerdo europeo sobre teletrabajo, el principio general es el reconocimiento al trabajador a distancia de los mismos derechos que le corresponden a quienes prestan sus servicios presencialmente en los locales de trabajo de la empresa, salvo aquellos inherentes a la prestación

laboral en el mismo de manera presencial. En particular, los trabajadores a distancia no podrán sufrir, comparativamente con los trabajadores presenciales, perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional (art. 4.1 RDLTD). Esta igualdad de trato se extiende al conjunto de los derechos y situaciones del trabajador a distancia, respecto de los trabajadores presenciales: retribución (art. 4.1 RDLTD) y costes laborales (arts. 11 y 12 RDLTD), derecho al horario flexible y al registro horario adecuado (arts. 13 y 14 RDLTD), a la desconexión digital (art. 18 RDLTD), modificación de condiciones (art. 4.2 RDLTD), discriminación por razón de género y Planes de igualdad (art. 4.3 RDLTD), acoso en el trabajo, conciliación y corresponsabilidad familiar (art. 4.5 RDLTD), derecho a la formación y a la promoción profesional (arts. 9 y 10 RDLTD), derecho a la prevención de riesgos laborales (arts. 14 y 15 RDLTD), al uso de los medios digitales y a la protección de la intimidad y a la protección de datos (art. 17 RDLTD), a los derechos colectivos (art. 19 RDLTD), a las facultades de control empresarial (art. 22 RDLTD).

Es aquí, sobre todo, donde se debe destacar la incorrección técnica del legislador en este punto, especialmente en una redacción recurrente del principio de igualdad de trato y de no discriminación, como si ello sólo quedase garantizado en la medida en que se reafirme constantemente por parte de la norma. Probablemente ello tenga ante todo un valor de reafirmación política del principio de igualdad de trato, pero, desde el punto de vista técnico hubiera sido suficiente con una declaración de carácter general y de remisión a la regulación constitucional y estatutaria establecida al efecto. Incluso desde el punto de vista técnico, esa reitración puede conducir al error de pensar que, respecto de aquellas materias respecto de las cuales no se contemple la expresa afirmación de la necesaria igualdad de trato, la misma no rige, cuando realmente no es así.

8. DERECHOS ECONÓMICOS

En particular, 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 quienes sólo prestan servicios de forma presencial, particularmente aquellos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo (art. 4.1 RDLTD).

Ello ha de entenderse no en el sentido formalista, de que no pueda existir ningún tipo de diferencia retributiva entre uno y otro tipo de trabajos. Por el contrario, sí serían admisibles este tipo de diferencias cuando concurren circunstancias objetivas y proporcionadas que justifiquen una diferencia de tratamiento, tanto en uno como en el otro sentido. Pueden existir determinadas características propias del puesto de trabajo presencial que no se den en el trabajo a distancia, que justifiquen la existencia de un complemento exclusivamente para los trabajadores presenciales, del mismo modo que, a la inversa, pueden existir determinadas singularidades propias del trabajo a distancia que justifiquen la existencia de un complemento a percibir exclusivamente por el trabajador a distancia. Ello puede extenderse incluso a las percepciones extrasalariales; por ejemplo, una auténtica compensación económica por el desplazamiento del trabajador a su centro de trabajo (coloquialmente conocido como plus de transporte) podría admitirse que se abonase tan sólo a los trabajadores presenciales; eso sí, advertir que nos referimos a un plus de transporte auténtico como percepción extrasalarial y no, como se encuentra muy extendido, a un plus que oculta una cantidad estrictamente retributiva del trabajo. Desde luego, esta diferenciación en el principio general de igualdad retributiva entre presenciales y teletrabajadores, con las fundadas diferencias por razón del trabajo realizado en uno u otro caso, con toda seguridad va a provocar discusiones prácticas en la sucesiva aplicación práctica de la nueva norma. A tal efecto, la clave a nuestro juicio se encontrará en la aplicación del principio de igualdad retributiva por trabajos “de igual valor”, con independencia de que se efectúen presencialmente o a distancia.

Elemento singular en estos casos se produce por el hecho de que al efectuarse el trabajo a distancia el trabajador podría tener determinados costes o gastos derivados del trabajo, que es

claro que nunca se soportan en el trabajo presencial. A tal efecto, se prevé que quienes trabajan a distancia tienen derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 12.1 RDLTD). Ello incluye también la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo (art. 12.2 RDLTD).

9. DERECHOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La peculiaridad principal en esta materia se encuentra en el hecho de que el trabajo no se ejecuta en los locales de la empresa ni en un lugar controlado por ésta, al mismo tiempo que desea mantenerse el criterio general de imponer al empleador el deber general de garantizar la seguridad del trabajador frente a riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales también respecto de quien efectúa su trabajo a distancia. A tal efecto, lo que se prevé es que debe precisarse en el acuerdo de trabajo a distancia el lugar exacto elegido por el trabajador para ejecutar su trabajo (art. 7 f RDLTD), permitiendo así evaluar los riesgos profesionales de la zona habilitada para el trabajo, sin que el resto de la vivienda o local donde se trabaje haya de ser ni controlada ni alcanzar a la totalidad de la vivienda o local la responsabilidad empresarial. El empresario debe recibir la información necesaria para poder efectuar la evaluación y puede determinarse si para ello es preciso una visita por parte del técnico en prevención. Como garantía de la privacidad del trabajador, éste debe permitir dicha visita y, de no obtenerse dicho permiso, la evaluación se realizará con la información que se le recabe al trabajador (art. 16 RDLTD).

10. DERECHOS COLECTIVOS: LA IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En la línea general de la regulación de esta modalidad contractual, la misma pretende garantizar el ejercicio efectivo de los derechos colectivos por parte de los trabajadores a distancia como si se tratase de trabajadores presenciales y lo mismo por lo que se refiere a los representantes de los trabajadores. En particular, se alude a facilitar el ejercicio del derecho al voto por parte del trabajador a distancia en las elecciones a representantes de los trabajadores, de participar en las actividades organizadas por estos representantes, como puede ser la asistencia y participación en la asamblea de trabajadores.

Del mismo modo, se prevé que se le deben facilitar a los representantes de los trabajadores los medios tecnológicos precisos para poderse poner en contacto con el trabajador a distancia, aparte de acceder a una copia del acuerdo de trabajo a distancia entre las partes, en los términos ya vistos (art. 19 RDLTD).

Como ya hemos indicado, la nueva norma contiene importantes reenvíos a la **negociación colectiva**, para que ésta proceda a desarrollar aspectos esenciales del trabajo a distancia. El papel asignado a los convenios colectivos en esta materia resulta crucial, al extremo de que algunos aspectos de su régimen jurídico requieren de su intervención en todo caso, a efectos de permitir la integración normativa de materias importantes, en términos tales que su ausencia puede provocar importantes lagunas regulativas.

A estos efectos, va a resultar clave el devenir de los procesos de contratación colectiva en ciertos ámbitos donde se detectan nuevas formas de negocios que, por sus características, como tales podrían encontrarse fuera del ámbito de aplicación de los convenios colectivos más clásicos. En definitiva, pueden surgir vacíos de cobertura negociada, de modo que para estos nuevos negocios no cupiera detectar convenio colectivo de aplicación, por no ser de referencia ni los convenios sectoriales tradicionales ni verificarse impulsos de negociación en el ámbito empresarial o sectorial correspondiente.

11. EL TRABAJO A DISTANCIA DE INTENSIDAD MENOR

Ya indicamos en el momento de describir el concepto legal de trabajo a distancia que para su regulación específica se requiere que un porcentaje mínimo del 30 % de la jornada se ejecute a distancia. Ello se hace con la voluntad de incorporar las situaciones cada vez más extendidas y casi generalizadas de teletrabajo, con vistas a no concentrar la regulación en el teletrabajo ejecutado a tiempo completo a distancia. Eso sí, como contrapunto, sale fuera de la regulación específica el trabajo a distancia por debajo del umbral del 30 %, con la enorme incertidumbre de que no se establece nada respecto del régimen jurídico aplicable al mismo. El legislador lo ha hecho de este modo, dando por supuesto que en estos casos resulta de aplicación la regulación propia del contrato de trabajo común contenida en el Estatuto de los Trabajadores. Dicho en sentido contrario, lo que en ningún caso puede deducirse es que se esté prohibiendo la ejecución parcial de la jornada a distancia, por debajo de ese porcentaje. El hecho de que se califique de “regular” al trabajo que supera dicho porcentaje, en modo alguno puede ser interpretado como considera “irregular” el trabajo a distancia por debajo de ese porcentaje y, por ende, identificar “irregular” con “ilícito”. Para que fuese así, la norma tendría que haber contenido una prohibición expresa de que se pudiera establecer un trabajo presencial con un porcentaje reducido de teletrabajo.

Por ello, la conclusión no puede ser otra que la licitud de esa ejecución del trabajo a distancia por debajo de esos umbrales, con exclusión de la regulación del RDLTD y sometimiento general a la regulación común. Eso sí, el silencio legal a estos efectos resulta llamativo y, cuando menos, hubiera sido deseable alguna mención al respecto y, sobre todo, alguna especificación del tratamiento de condiciones de trabajo para este tipo de situaciones. Sin lugar a dudas, problemas prácticos se va a presentar en estos casos, siendo conveniente que con el paso del tiempo se vayan clarificando las principales dudas que se van a plantear. En algunos casos, la aplicación de la legislación general no puede ofrecer la respuesta, pero en otros casos no será tan fácil. Por ello, ante la pasividad de la norma estatal en este punto, sería muy oportuno que una vez más la negociación colectiva proceda a regular los aspectos más delicados en esta materia.

Por señalar los aspectos más delicados al efecto, será conveniente precisar si el principio de voluntariedad se debe aplicar a la ejecución parcial del trabajo fuera del puesto de trabajo presencial del trabajador, hasta qué punto los usos y costumbres en la empresa pueden dar respuesta a las dudas acerca de la ejecución del trabajo marginal a distancia, hasta qué punto el registro de la jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo constituye un elemento de transparencia y de imposible ejecución a distancia parcial del trabajador contra su voluntad, hasta qué punto es posible aplicar para estos supuestos la regulación relativa a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Desde luego, lo que no resulta nada conveniente es mantener esta materia en un limbo sin regular, pues ello conduce a la pervivencia de situaciones tradicionales en las que un porcentaje no pequeño de trabajadores acaban llevándose parte de su trabajo a casa y ello acaba constituyendo una práctica consolidada y valorada como parte de las obligaciones naturales de nuestras relaciones laborales.

12. LA DILATADA ENTRADA EN VIGOR DE LA NORMA: TELETRABAJO COVID Y REGULACIÓN CONVENCIONAL PRECEDENTE

Sorprendentemente, incorporándose la regulación del trabajo a distancia a través de un Real Decreto-ley, que por propia configuración en nuestro ordenamiento requiere de una justificación de urgencia que determina la necesidad de entrada en vigor inmediata de las medidas en el mismo contemplado (art. 86.1 CE), en este caso se introducen dos previsiones que retrasan considerablemente la generalizada entrada en vigor de la norma. Ello podría abrir una indudable duda de adecuación a los requisitos constitucionales de la norma, si bien no llegarán a resolverse en la práctica por cuanto que, salvo error u omisión por nuestra parte, no se ha llegado a interponer recurso de inconstitucionalidad alguno frente a la norma que permitiría un pronunciamiento del Tribunal constitucional al efecto. Posiblemente, el resultado de postergar en el tiempo la efectiva entrada en vigor de la norma se deba a que el Gobierno ha debido introducir

ciertas reglas de demora en la efectividad de la norma en aras de lograr que su contenido fuese resultado de un acuerdo en el marco de la concertación social.

12.1. El teletrabajo covid

La primera de las previsiones retardatarias se encuentra en la exclusión de la aplicación de esta norma al trabajo a distancia derivado del covid, es decir, el implantado excepcionalmente en aplicación de la imposición como preferente del trabajo a distancia a resultas de la primera declaración del estado de alarma, así como de las que con posterioridad han determinado esta forma de organización empresarial como consecuencias de las medidas de contención ante la pandemia y por todo el tiempo que se mantengan o se retorne a las mismas (disp. trans. 3^a RD/LTD). Allí donde el trabajo a distancia resulta de una situación excepcional derivada de la emergencia sanitaria, no se aplican las reglas de este Real Decreto-ley. Por tanto, el mismo sólo resulta de aplicación a las formas de trabajo a distancia adoptadas en el estricto marco de la normalidad y conforme a criterios naturales de organización empresarial.

Para estos supuestos, la disposición de referencia contiene una afirmación no fácil de interpretar, señalando que a estas formas de teletrabajo les será de aplicación la legislación laboral ordinaria. Ello solo puede ser interpretado como una forma de remisión genérica al contrato de trabajo común, que está concebido en sentido estricto en muchos de sus elementos para un trabajo ejecutado en régimen presencial y que, por tanto, mal se adapta a las especialidades propias del trabajo a distancia. Recordar que el propio RD/LTD da nueva redacción al antiguo art. 13 ET, que era el que con precedencia regulaba el trabajo a distancia, con lo cual no cabe acudir a una regulación alternativa, aunque fuese pobre del trabajo a distancia. Habrá que reafirmar las correspondientes adaptaciones de la legislación ordinaria a este concreto supuesto.

Uno de los concretos asuntos discutidos es el relativo a la obligatoriedad del teletrabajo covid. Dicho resumidamente, aunque inicialmente el mismo se estableció como obligatorio, posteriormente tal previsión se eliminó. En concreto, a medida que se van levantando las limitaciones a la movilidad de las personas y a medida que se autorizan las reaperturas de los centros de trabajo, ha de entenderse que en ese instante desaparece esa obligatoriedad de realización del trabajo en régimen a distancia, ya que deja de concurrir el riesgo de tener que acudir a un ERTE. Dicho de otro modo, la desaparición de la prioridad del teletrabajo va a resultar efectiva en las más de las ocasiones mucho antes de la conclusión formal de la vigencia de la medida. Cuando cumpla con su finalidad la norma, haya sido eficaz en el resultado de impedir la interrupción del trabajo y, por ende, materialmente se pueda volver al trabajo presencial, concluirá la referida prioridad del teletrabajo; por ello, en fase sucesiva, se pasará de la "prioridad" a la mera potenciación (art. 7.1 e Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio). En todo caso, posteriormente quedó eliminada esta prioridad, por una regla más imprecisa, más en el terreno del *soft law* de recomendación, que no de obligatoriedad.

En concreto, una vez concluida la primera declaración del estado de alarma, al contemplarse que el riesgo de rebrote del contagio, se establecen nuevas reglas para tal escenario (art. 7 Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio). Para ese otro momento, se establecen reglas que se presentan con un claro carácter imperativo, en la medida en que se contemplan en términos de que el titular de la actividad económica "deberá" adoptar tales medidas. En una misma frase que no dejan de tener un cierto rasgo de contradicción. Al propio tiempo, debe también destacarse que lo normado presenta altas dosis de inseguridad jurídica, con una técnica jurídica muy deficiente, pues no resulta nada fácil precisar el alcance concreto de las obligaciones que se le imponen al titular de la actividad económica. En efecto, para empezar, se establecen dos reglas que, cuando menos aparentemente, presentan ciertos rasgos de contradicción: de un lado, se afirma que la empresa deberá "adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo", con lo cual se presupone que está contemplando un proceso que va destinado a desembocar en que todos los empleados que han venido prestando servicios a distancia acabaran reincorporándose a sus puestos de trabajo en régimen presencial, agotándose con ello la fase en principio excepcional de priorización del teletrabajo, de modo

que la permanencia del teletrabajo requeriría del mutuo consentimiento conforme a la nueva regulación; pero, al propio tiempo, de otro lado, se fija que la empresa deberá adoptar las medidas para “la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible”, lo que no se sabe a ciencia cierta si es una obligación fijada durante el periodo de progresiva reincorporación, o lo es de manera permanente en una nueva lógica organizativa de las empresas. En principio, parece que resulta más plausible la primera de las interpretaciones, pues una lectura sistemática de conexión de ambas reglas es lo que haría más coherente el juego conjunto de ambas reglas. No obstante, al propio tiempo hay un condicionante final igualmente difícil de entender: se establece que esa potenciación del uso del teletrabajo se impone como deber de la empresa “cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible”; en este caso, no puede olvidarse que la norma se dicta en un escenario dado en el que las empresas que durante el estado de alarma han podido seguir funcionando gracias a su reorganización procediéndose adoptar medidas de teletrabajo ya han constatado que la naturaleza de su actividad laboral así lo hace posible, pero, aun siendo posible, se contempla previamente el deber de reincorporación progresiva a la actividad presencial. En definitiva, es un condicionante absurdo, porque quien previamente no han realizado su tarea en régimen a distancia lo es porque la naturaleza de su actividad no lo permitía y, por tanto, no se le puede estar obligando a estas a potenciar el teletrabajo, en tanto que aquellas que han organizado su actividad en régimen de teletrabajo se les permite un proceso de “reincorporación progresiva”, con lo cual ese otro mandato de potenciación no podría entenderse como permanente en el tiempo.

Más aún, no debe pasar inadvertido que cuando el legislador establece esta regla no lo hace en clave de introducir una regla en el ámbito de la legislación laboral, sino en el ámbito de la legislación sanitaria. Dos datos legales apuntan en esta dirección: primero, el mencionado precepto, contempla este deber de la empresa “sin perjuicio de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral”, lo que en sentido contrario está considerando que no se trata de normas integradas dentro de la legislación laboral y, por tanto, que quedan fuera de la normativa de prevención de riesgos laborales; segundo, que en el momento de precisar el título competencial en base al que se dicta esta regla, en negativo no alude a la competencia estatal en materia laboral, con ausencia de referencia al art. 149.1.7 CE, mientras que en positivo afirma que se aprueban en base al título competencial relativo a las “bases y coordinación general de la sanidad” con expresa alusión ahora sí al art. 149.1.16.^a CE. Tal circunstancia tiene un doble alcance, uno material y el otro procedimental. Primero, que, al encontrar su fundamento en la sanidad, el precepto ha de relacionarse con la pervivencia del riesgo de la propagación del virus, de modo que carece de sentido la regla, superado el escenario si no de emergencia si de genérico riesgo de rebrote, lo que naturalmente introduce un elemento de notable inseguridad una vez más de hasta qué momento rige esa presunta “potenciación” del teletrabajo. Segundo, que, al no insertarse la regla dentro del ámbito de la legislación laboral ni en concreto de la prevención de riesgos laborales, la autoridad laboral carece de competencias para efectuar el control de este deber impuesto a las empresas, no pudiendo por tanto imponer sanciones administrativas en base a la Ley de infracciones y sanciones en el orden social; dicho de otro modo, el control y posibles sanciones por su incumplimiento se residencia ante la autoridad sanitaria.

Al margen de lo anterior, hay que indicar que, desde algunas Comunidades Autónomas, a resultados de los rebotes se ha intentado recuperar la obligatoriedad del teletrabajo, si bien a estos efectos ha de entenderse que se trata de una cuestión que se sitúa fuera del ámbito competencial de las diversas autonomías. Si se trata de una medida de recuperación de la obligatoriedad ello será siempre algo residenciado en el ámbito competencia del Estado, bien como materia inserta en el ámbito de la legislación laboral (art. 149.1 7 CE) o bien en el terreno de las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1 6 CE).

De otro lado, la única regla específica que se contempla es la de que en el caso del teletrabajo COVID las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario. Eso sí, se añade una aclaración que debilita la previsión anterior, en el sentido

de que en su caso la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para el trabajo a distancia, si existieran y no hubieren sido ya compensados (disp. trans. 3.^a RDLTD). Dicho de otro modo, la efectiva y concreta exigencia de la compensación se encuentra condicionada a su previsión en convenio colectivo, de modo que sería de difícil reclamación en ausencia de convenio colectivo. Eso sí, comoquiera que la reclamación depende de lo que se pacte en convenio colectivo, la prescripción de la reclamación no podrá iniciar su cómputo hasta que entre en vigor el convenio colectivo de referencia.

12.2. Negociación colectiva precedente

Efecto similar de retraso en la efectiva y generalizada entrada en vigor de la nueva regulación sobre el teletrabajo se produce a resultas de una previsión respecto de la aplicación de lo pactado con precedencia en los convenios colectivos vigentes en el momento de la entrada en vigor del RDLTD (disp. trans. 1.^a RDLTD). La premisa de partida para que se produzca una postergación en el tiempo es que en el sector o empresa de referencia exista una regulación vía convenio colectivo o acuerdo de empresa respecto del régimen jurídico del teletrabajo. En sentido contrario, allí donde ni convenio colectivo ni acuerdo de empresa contiene la correspondiente regulación del trabajo a distancia, el RDLTD entra en vigor de manera inmediata y a todos los efectos transcurridos los 20 días desde su publicación en el BOE (disp. final 14.^a RDLTD). El primer aspecto que puede resultar controvertido se refiere al cumplimiento del presupuesto de hecho antes descrito de la ausencia de regulación, por cuanto que la disposición transitoria mencionada parte de la premisa de dos situaciones extremas con corte limpio: o bien convencionalmente no se regula nada sobre el trabajo a distancia o bien a través de la negociación colectiva se establece un régimen relativamente completo del trabajo a distancia que permite dar respuesta al conjunto de los aspectos específicos que pueden requerir una regulación propia que permite con cierta justificación la exclusión de la aplicación transitoria del RDLTD. En estos términos, las dudas pueden surgir allí donde la negociación colectiva aborde algún aspecto puntual o parcial del trabajo a distancia, si bien deje ciertos vacíos de regulación que requerirían de algún tipo de integración normativa. A nuestro juicio, en estos últimos supuestos, con una lectura finalista del precepto, cabría aplicar de manera inmediata y supletoriamente el RDLTD allí donde se requiera una labor de integración para la cobertura de las lagunas jurídicas que se aprecien.

Caso de que exista una regulación propia y vigente en el momento de la publicación del RDLTD en el BOE a través de la negociación colectiva, lo contenido en la misma posterga la entrada en vigor del RDLTD. Adviértase del matiz de que el convenio colectivo de referencia debe estar vigente en el momento de la publicación de la norma, no en el momento de su entrada en vigor transcurridos los 20 días de la publicación. Por contra, al hablar de que el convenio colectivo debe encontrarse vigente, sin establecer matices al efecto, ha de interpretarse que tal vigencia puede ser tanto ordinaria como ultraactiva. En todo caso, lo que es claro es que se establece, aunque sea con carácter temporal, una preferencia aplicativa de lo establecido en la negociación colectiva frente a lo previsto legalmente, en un modo de inversión de la jerarquía normativa, pues se aplica en todo caso lo regulado en convenio o acuerdo colectivo con independencia de que su contenido sea más o menos favorable para los trabajadores. Eso sí, esa preferencia aplicativa ha de entenderse que debe derivar de lo establecido en el RDLTD, pero no derivado de otros condicionantes jurídicos. Así, a título de ejemplo, la regla de la prohibición de trato diferencial discriminatorio entre trabajadores a distancia y presenciales se impone por encima de su incorporación a título clarificador en el RDLTD, pero que por tener relevancia constitucional ha de ser respetado en todo caso. Por otro lado, para que lo contemplado en el convenio colectivo o acuerdo de empresa se encuentre vigente en el momento de la publicación del RDLTD debería ser un pacto lícito conforme a las normas legales vigentes en el momento de la entrada en vigor de dicho convenio o acuerdo de empresa; por ejemplo, dichos convenios deberían ser respetuosos con la regulación contenida con anterioridad en el art. 13 ET, así como respetuosos de la jurisprudencia sobre la voluntariedad en la celebración del acuerdo de trabajo a distancia o de la modificación sustancial de una modalidad contractual a otra.

Finalmente, el último elemento crítico es el de hasta cuándo el texto del convenio colectivo o acuerdo de empresa previgente resulta de aplicación preferente o, dicho a la inversa, a partir de cuándo resultan exigibles sin retraso las previsiones del RDLTD. La regla más clara al efecto se contiene para el supuesto más excepcional, que sólo se presenta en situaciones muy marginales, de que el convenio colectivo o acuerdo de empresa no contenga un plazo de duración; dicho de otro modo, cuando dicho convenio o acuerdo sea de duración indefinida. Para esos supuestos, el convenio o acuerdo sigue siendo de aplicación con carácter preferente transcurrido un año desde la publicación del RDLTD, si bien acepta que las partes de mutuo acuerdo puedan prolongar su vigencia, eso sí, con el tope de los tres años de duración. Un matiz a estos efectos importante es que la norma, al establecer ese tope máximo temporal, no provoca la derogación del convenio colectivo o del acuerdo de empresa, pues ello depende de la voluntad de los negociadores; lo que hace es simplemente provocar la efectiva aplicación del RDLTD, sin que ello no impida mantener la aplicación del convenio colectivo o acuerdo en aquello que el mismo sea compatible con la norma estatal.

Mayores problemas pueden provocar los supuestos mayoritarios en los que el convenio colectivo establezca un plazo de duración. Para estos otros supuestos lo que se contempla es que la preferencia aplicativa que venimos comentando lo es hasta tanto pierda vigencia el convenio colectivo o acuerdo de empresa. Una vez más, al no establecer matices la norma, debería interpretarse que dicha vigencia lo puede ser tanto ordinaria como ultraactiva. Eso sí, esa interpretación puede provocar situaciones bastante contrarias al sentido común, allí donde el convenio colectivo establezca una ultraactividad indefinida o bien el convenio o acuerdo se prorrogue de año en año de manera indefinida a resultas de la ausencia de denuncia. A nuestro juicio, debemos establecer alguna regla que impida la aplicación indefinida del convenio colectivo o acuerdo de empresa con contenidos contrarios al RDLTD. Ello lo exige a nuestro juicio una lectura finalista del ordenamiento jurídico y, en especial de la regla de que, salvo excepciones justificadas, los convenios colectivos regulan las correspondientes materias “dentro del respeto a las leyes” (art. 85. ET), así como el principio de modernidad conforme al cual la norma posterior deroga a la precedente, salvo excepciones justificadas. Estas reglas y principios generales, unidos a una interpretación finalista, deben conducir en la práctica a entender que en estos casos la pervivencia aplicativa de los convenios y acuerdo precedentes con plazo de duración pactada sólo debe serlo por su tiempo de vigencia ordinaria y no la ultraactiva; como argumento adicional a todo lo anterior debería tenerse en cuenta que una lectura diversa a la aquí defendida podría dar lugar a que en la práctica se prolongase en el tiempo en mayor medida el convenio que contempla una duración predeterminada, pero con ultraactividad indefinida, respecto del convenio que con duración inicialmente pactada en indefinida en su vigencia ordinaria.