



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Teletrabajo y tiempo de trabajo

Presentado por:

María López Vara

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 1 de julio de 2021

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN.....	5
2.EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	6
2.1 La normativa europea.....	6
2.2 Marco jurídico interno.....	7
3. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO.....	10
3.1.1 Deslocalización de la actividad laboral.....	12
3.1.2 Uso exclusivo o prevalente de las TIC.....	16
3.1.3 Carácter regular: nuevo criterio delimitador.....	20
3.1.4 La voluntariedad como principio esencial del teletrabajo.....	24
4. MODALIDADES DE TELETRABAJO Y SU TIEMPO DE TRABAJO.....	28
4.1 Según el lugar de trabajo.....	28
4.2 Según el tipo de conexión.....	30
5. LA FLEXIBILIDAD HORARIA EN EL TELETRABAJO.....	33
6. LA TELEDISPONIBILIDAD.....	35
6.1 Estudio del Derecho a la Desconexión Digital.....	40
7. DERECHO AL REGISTRO HORARIO EN EL TELETRABAJO.	
7.1 Registro de jornada en el teletrabajo.....	48
7.2 El papel de la negociación colectiva en los mecanismos de control de jornada.....	52
8. LA CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD EN EL TELETRABAJO.....	56
8.CONCLUSIONES.....	61
9.BIBLIOGRAFÍA.....	66
9.1Bibliografía doctrinal.....	66
9.2 Jurisprudencia.....	68
9.3 Webgrafía.....	70

ABREVIATURAS

AMET: Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo.

ATD: Acuerdo de Trabajo a Distancia.

CE: Constitución Española.

DA: Disposición Adicional.

DF: Disposición Final.

ET: Estatuto de Trabajadores.

LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LOPDGDD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

RDL 28/2020: Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Rec.: Recurso.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TIC: Tecnologías de la información y la comunicación.

TS: Tribunal Supremo.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis jurídico-laboral del concepto del teletrabajo tras la entrada en vigor de la nueva regulación, analizando principalmente las notas configuradoras del mismo. Una vez realizado el análisis jurídico, se hace un especial hincapié en el tiempo de trabajo caracterizado por la fuerte flexibilidad de distribución del mismo, ello no excluye la necesidad de establecer unos límites temporales a fin de evitar una disposición casi permanente de la persona trabajadora.

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo, flexibilidad, TIC, control, tiempo de trabajo y conciliación de la vida personal y laboral.

ABSTRACT

The aim of this work is to carry out a legal and labour analysis of the concept of teleworking after the entry into force of the new regulation, analysing mainly the characteristics of teleworking. After the legal analysis, special emphasis is placed on working time, which is characterised by a high degree of flexibility in its distribution, but this does not exclude the need to establish time limits in order to avoid a quasi-permanent disposal of the worker.

KEY WORDS

Teleworking, flexibility, TIC, control, working time and reconciling work and family life.

1.INTRODUCCIÓN

El teletrabajo era configurado como residual en la cultura empresarial española hasta la crisis sanitaria causada por el COVID-19, situación a partir de la cual se impone el trabajo a distancia frente al trabajo presencial por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Según el INE, durante el confinamiento, el 48,8% de las empresas han adoptado el sistema de teletrabajo y el 15,1% aumentaron sus niveles de digitalización, lo que ha llevado a ser calificado por la EPA como la fórmula más utilizada para mantener la actividad en los negocios.

De esta manera, el extraordinario auge experimentado del teletrabajo en España sitúa en primer plano de debate público la carente regulación que nuestro ordenamiento jurídico presentaba para atender este modo de organización del trabajo que llevaba demandando una regulación ad hoc que tuviese en cuenta sus particularidades. Consecuencia en buena medida por la cual en plena crisis sanitaria se aprueba el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia alcanzado entre Gobierno, Patronal y Sindicatos más representativos. Una norma que se constituye en su Exposición de Motivos como “una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades”, pero que, sin embargo, poco aporta frente a la regulación preexistente, perpetuando las deficiencias existentes en materia de teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que es indiscutible es la preeminencia por la negociación colectiva ya que tras una lectura de la norma se aprecia las numerosas llamadas explícitas a la misma para regular determinados aspectos de las relaciones de trabajo contenidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley.

En efecto, como todo modo de organización del trabajo, el teletrabajo presenta ventajas e inconvenientes para ambas partes. Entre las ventajas para las personas trabajadoras cabe destacar la mejora de las condiciones de conciliación, flexibilidad en el tiempo de trabajo, la eliminación de los desplazamientos y, en general, mayor autonomía. Sin embargo, puede constituir la invasión de su vida privada si no se garantiza el derecho a la desconexión digital, lo cual vamos a analizar posteriormente de forma más detallada.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1 La normativa europea

Debido al acelerado desarrollo de las nuevas tecnologías y, el impacto que ello conlleva a las relaciones laborales ya en 1996 el Parlamento Europeo, tras la Comisión Delors, invitó a la Comisión Europea a adoptar con carácter urgente una Directiva dirigida a las personas teletrabajadoras consideradas como normas básicas para fomentar la confianza en el teletrabajo en la Unión Europea, pues hasta entonces solo se contaba con el Libro Verde de la Comisión de 16 de abril de 1997.

Este proceso regulador comenzó con el Programa de Acción Social de la Comisión Europea en 1998, por el que se contempla la realización de un plan de acción sobre la salvaguarda de los derechos de los teletrabajadores.

Posteriormente, en el contexto de la Estrategia europea de Empleo, el Consejo, impulsó las negociaciones de los agentes sociales a negociar acuerdos que abordasen esos sistemas y modos de organización del trabajo basados en la autonomía y flexibilidad que estaban proliferando en Europa con el fin de garantizar una mayor productividad. En concreto, en una segunda fase de consultas la Comisión Europea¹ los instó a iniciar negociaciones sobre el teletrabajo para contribuir a flexibilizar y descentralizar el trabajo en cuanto al lugar y forma en que se desempeña. Por tanto, se observa que en las negociaciones se tuvo presente el necesario equilibrio entre la flexibilidad que proporciona y la seguridad o protección de los teletrabajadores.

En este sentido, el 23 de mayo de 2002 la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) firmaron el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (en adelante AMET) considerando el teletrabajo tanto una forma de modernizar la organización del trabajo para las empresas, como una forma de conciliar el trabajo y la vida social por parte de los trabajadores al proporcionarles una mayor autonomía en la realización de sus tareas. En el AMET, se

¹ La Comisión les proporcionó los criterios que debían tener en cuenta, tales como la voluntariedad, igualdad de trato y medidas de protección de salud y seguridad.

establece un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores, de modo que puedan convivir las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores.

Asimismo, en aras de cumplir el principio de igualdad, el AMET otorga a las personas teletrabajadoras una idéntica protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

El presente Acuerdo considera al teletrabajo como una forma de organización moderna que permite conciliar la vida profesional con la familiar en la que para el desarrollo de la relación laboral se emplean las tecnologías de la información que hubiera podido ser realizada igualmente en los locales del empleador, pero, sin embargo, se efectúa fuera de estos locales de manera regular.²

Al estar constituido en base al artículo 155.3 Tratado de Fuentes de la Unión Europea, y, por tanto, su eficacia jurídica está limitada al carácter obligacional por cuanto no tiene una eficacia jurídica normativa, son los propios sindicatos y las organizaciones empresariales pertenecientes a la Unión Europea los encargados de incorporar voluntariamente en sus correspondientes instrumentos de negociación colectiva los principios y objetivos manifestados en el AMET. Como afirma Quintanilla Navarro, ha sido ese carácter obligacional la causa de la crítica doctrinal³ hacia el AMET.

2.2 Marco jurídico interno

En el Ordenamiento Jurídico español, la adopción de las cláusulas del AMET se incorporó mediante Anexo en el Acuerdo de Negociación Colectiva de 2003 en el que se insiste a los negociadores sociales la concreción de las condiciones de empleo de las personas teletrabajadoras. Del mismo modo, esos mismos criterios se extendieron a los sucesivos Acuerdos de Negociación Colectiva. Desde el AINC de 2004 (que prorrogó el de

² En ausencia de una definición ex lege de teletrabajo, la definición aportada por el AMET ha sido la utilizada por la doctrina hasta el actual RDL 28/2020.

³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J. (2001). *El teletrabajo en España. Perspectiva jurídico laboral*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid. En este mismo sentido GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. (2005). *El teletrabajo (Acuerdo marco de 16 de julio de 2002)*. La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea, MTAS, Madrid, p. 333.

2003), 2005, 2006 (que prorrogó el de 2005), 2007 hasta el IV Acuerdo de Negociación Colectiva 2018 acordando promover modelos de flexibilidad interna como es el teletrabajo.

La doctrina⁴ coincide en que son instrumentos jurídicos que carecen de fuerza vinculante alguna para regular las singularidades del teletrabajo pues en todos ellos apenas se asumen nuevos compromisos y, prácticamente se reduce a un acuerdo de contenido obligacional entre las partes.

Por tanto, siempre ha estado presente la idea de la necesaria creación de una norma vinculante sobre el régimen de teletrabajo. Asimismo, se elaboró el Libro Blanco del Teletrabajo en España como un informe sobre su aplicación, y la Notas Técnica de prevención núm. 412 en la que se desarrolla una guía para la implantación del teletrabajo, sin embargo, no se llegó a elaborar una norma “ad hoc” que era lo verdaderamente necesario.

El teletrabajo era considerado por la doctrina como una modalidad de trabajo a domicilio amén de que el antiguo artículo 13 solo recogía las actividades laborales realizadas en los hogares de los trabajadores o en el lugar libremente elegido por ésta y sin vigilancia del empresario.

Desde la perspectiva jurídico-laboral, a través de la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, se incorporó en nuestro Ordenamiento Jurídico la figura del “trabajo a distancia” y donde en la propia Exposición de Motivos se refiere al teletrabajo como una forma de organización de trabajo que encaja perfectamente con el modelo productivo al favorecer la flexibilidad de las empresas y la conciliación de la vida familiar y personal. Así a través de la reforma anterior, el trabajo a domicilio evolucionó al denominado trabajo a distancia, incluyéndose de esta manera tanto el antiguo trabajo a domicilio como el teletrabajo.

El trabajo a distancia es definido como una prestación de la actividad laboral que se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo y de

⁴ Entre ellos, QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (2017). *El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura*. Conferencia Nacional Tripartita, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2, pp.110-112.

la empresa. Como se observa, se omite toda referencia a la utilización de las tecnologías de la información como seña distintiva del teletrabajo, de modo que, adolecía de insuficiencia.

Posteriormente, el RDL 6/2019 también intentó promover su uso, anticipándose así a la Directiva 2019/1158, que estableció el derecho real a la conciliación de la vida familiar y laboral mediante el uso de formas de trabajo flexible (incluido el trabajo a distancia).⁵

Esas particularidades han sido reguladas por la negociación colectiva que, tras la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, sitúa en situación de privilegio a los convenios colectivos respecto de materias que afectan desde la jornada laboral hasta su retribución.

No solo no existía en España una regulación expresa de teletrabajo, sino que hasta la entrada en vigor de la reforma de 2012 no se hizo referencia al teletrabajo como una modalidad de trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las TICs a pesar de que esta forma de prestación de servicios existía (como se ha señalado) desde hace años.

A falta de una plena regulación expresa del teletrabajo, el Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social derivado de la crisis sanitaria causada por el COVID-19 establece en su artículo 5 el carácter preferente del trabajo a distancia como método de prevención de contagios al reducirse los desplazamientos.

Con este panorama legislativo y a consecuencia del gran número de trabajadores que han adoptado esta forma de organización de trabajo a causa del COVID-19, a finales de junio del pasado año circuló un borrador de anteproyecto de ley que resultó ser rechazado por los agentes sociales a causa de ser producto de una actuación unilateral del Gobierno. Unas prisas del ejecutivo que como señala Thibault Aranda “*se entienden mal si se tiene en cuenta que lo que se planteaba entonces era la tramitación de un proyecto de ley, que, como es sabido no es precisamente algo rápido*”⁶. En cualquier caso, las negociaciones entre Gobierno, sindicatos y patronal se desarrollaron hasta el 21 de septiembre de 2020, fecha en la que el acuerdo se

⁵ Así, se reconoce en el art.34.8 ET el derecho de las personas trabajadoras a *solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.*

⁶ THIBAUT ARANDA, J. (2020). *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, *op.cit.*, p.2.

plasma en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que viene a sustituir y derogar el art.13 ET donde se regulaba hasta el momento.

Un Real Decreto-Ley que en términos de extrema y urgente necesidad es discutible, pero, ¿por qué?, pues bien, la respuesta gira en torno a su ámbito de aplicación. En primer lugar, **excluye** transitoriamente de su ámbito de aplicación el trabajo a distancia que motivó su creación, es decir, el implantado por la crisis sanitaria derivada del COVID-19 ⁷. A este le seguirá siendo de aplicación la normativa laboral ordinaria mientras se mantengan las restricciones. No se acudirá para ello al art.13, pues éste se remite al RDL 28/2020, sino al restante articulado del ET.

En segundo lugar, también excluye transitoriamente las relaciones de trabajo vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 28/2020. En este punto ha de diferenciarse entre el convenio colectivo previo a la nueva regulación tenga delimitado un periodo de vigencia o que, por el contrario, no prevea su duración. Respecto al primer caso, el RDL 28/2020 será aplicable a las relaciones laborales inmersas en el convenio colectivo una vez pierda su vigencia, mientras que en el segundo caso será aplicable transcurrido un año desde la publicación en el BOE (23 de septiembre de 2021), salvo que las partes pacten un plazo superior sin superar los tres años.

3. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL TELETRABAJO.

Debido a la falta de un concepto legal estricto sensu del teletrabajo a salvo de la definición del AMET ⁸ ha resultado muy difícil encontrar una definición lo suficientemente exacta para hacer referencia al término teletrabajo, por lo que se han dado numerosas definiciones en función de la disciplina desde la cual se realice el estudio.

⁷ Engloba el teletrabajo implantado al amparo del art.5 RDL 28/2020, las que deriven del plan MECUIDA al amparo del art.6 RDL 8/2020, así como todas aquellas que sean generadas por el COVID-19.

⁸ No cabe olvidar que como este Acuerdo no precisó de tramitación legislativa por parte de las Instituciones Europeas, no tiene eficacia normativa en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros.

Como queda reflejado en la propia Exposición de Motivos del RDL 28/2020, el teletrabajo constituye una subespecie del género “trabajo a distancia”, lo que da a entender que este último es más amplio. Así, mientras el trabajo a distancia se realiza fuera de los establecimientos de la empresa o lugar elegido por la persona trabajadora, el teletrabajo es una forma de organización del trabajo en el que para el desarrollo de la actividad se utilizan además dispositivos tecnológicos o las tecnologías de la información y comunicación.

Sin embargo, no tienen por qué estar vinculados entre sí pues cabe la posibilidad de que exista trabajo a distancia sin la inclusión de teletrabajo, de la misma manera que existe teletrabajo sin que sea configurado como un subtipo de trabajo a distancia. Así, el RDL va más allá de lo expresado en el anterior art.13 ET⁹ y entiende el trabajo a distancia como la “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella con carácter regular”; y con respecto al teletrabajo, el legislador lo califica como aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de las TIC con carácter regular, considerado éste como el 30% o porcentaje proporcional a la duración de la jornada.

Por lo tanto, ¿en este concepto quedan recogidos todos los tipos de teletrabajo? Pues bien, si atendemos a la definición, esta se limita a los del 30% por lo tanto quedaría fuera el Smart working, el networking o el teletrabajo ocasional tal como a lo largo del presente trabajo se va a indicar.

En definitiva, como señala Thibault Aranda¹⁰, el legislador ha optado por regular el teletrabajo no como “una mera herramienta de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, sino que el objeto de la norma son las relaciones de trabajo que se desarrollen a distancia de forma regular”. Sin embargo, parte de la doctrina lo critica al “regular el teletrabajo como una forma de reproducir las labores analógicas de modo deslocalizado y con base en las tecnologías de la información y comunicación, más que como un modo de organización que implica una forma distinta de trabajar”¹¹.

⁹ Disponía que sería aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

¹⁰ THIBAUT ARANDA, J. (2020). *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, p.7.

¹¹ GARCÍA GONZÁLEZ, G (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso*. Revista Trabajo y derecho, 15 págs.

3.1. Deslocalización de la actividad laboral

La determinación del lugar de trabajo se trata de una de las cuestiones definitorias del trabajo a distancia y del teletrabajo pues constituye una deslocalización de la actividad laboral respecto del centro de trabajo en términos del art.1.5 ET. Puede ser bien en el domicilio de la persona trabajadora o bien el lugar elegido por esta siempre que no coincida con el centro de trabajo de la empresa. Respecto al lugar de desarrollo, algunos autores sostienen que tampoco puede ser un lugar designado por la empresa que se encuentre bajo su control, pero, si se acepta esta conclusión se negaría el carácter de teletrabajo el desarrollado en telecentros u oficinas satélite. Por ello, se puede afirmar que el trabajo es desarrollado a distancia de la empresa en un lugar que, con carácter general, no es dispuesto por la misma.

La especialidad del lugar de trabajo ha sido el detonante de discusión por la doctrina¹² y jurisprudencia poniendo de manifiesto que *“la frontera que separa el teletrabajo dependiente del teletrabajo autónomo no será siempre nítida”*¹³.

El hecho de ejercer la actividad laboral fuera del centro de trabajo de la empresa no es justificación jurídica para no calificar al teletrabajo como subordinado, de hecho, la doctrina conjuga la nota de subordinación como la denominada por la doctrina “telesubordinación”, pues a pesar de esta circunstancia, existe el poder de dirección telemáticamente que, dependiendo de la modalidad de teletrabajo se dará con mayor o menor intensidad.

Dicho esto, una lectura de los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido empleando tradicionalmente para calificar una relación jurídica subordinada, vienen admitiendo que el hecho de que exista mayor libertad de organización por prestar los servicios fuera de las dependencias de la empresa mediante un horario flexible, no supone la inexistencia de dependencia cuando la empresa precisa los trabajos que debe realizar el teletrabajador.

¹² THIBAULT ARANDA, J. (2000). *Análisis jurídico laboral del teletrabajo*. Colección de Estudios, pág.49.

¹³ Estas situaciones intermediarias son definidas por la STC 227/1998, de 26 de noviembre como *“aquellas prestaciones de trabajo cuya naturaleza es especialmente difícil de calificar como laboral o extralaboral”*.

Así, las SSTS 8 de octubre y 22 de abril de 1996 establecen que un indicio común de dependencia es la inserción del teletrabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario que se encarga de programar su actividad. Asimismo, también existe una relación laboral incluso cuando el trabajador únicamente reciba indicaciones para una “correcta ejecución del servicio”.¹⁴

Todo ello sin olvidar que el simple cambio del lugar de la prestación de los servicios como resultado de la reversibilidad no incide sobre la inserción del teletrabajador en la organización empresarial de que provenga ni sobre la consiguiente obligación de satisfacer determinadas prestaciones bajo el poder empresarial de control del empresario por vía telemática, ya sea de forma continua o al finalizar la jornada laboral.

Cabe afirmar, por tanto, que el desarrollo de la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta no constituye *conditio sine qua non* para que exista una relación jurídica laboral, ni actúan como conceptos rígidos para excluirla cuando se dan otros indicios.

Respecto el contenido del RDL 28/2020, coincide prácticamente con el anterior art.13 ET, no añade nada nuevo salvo que en el art.2 a) RDL 28/2020 se suprime el término “libremente”. Término que había acompañado primero a la regulación del trabajo a domicilio¹⁵ y, posteriormente a la del trabajo a distancia. En este sentido, el lugar de trabajo queda a la libre discreción de los trabajadores respecto a la jornada en que realicen teletrabajo, no pudiendo ser una imposición unilateral por la empresa. Sin embargo, aparte de que se requerirá finalmente su aceptación por el empresario por ser contenido mínimo del Acuerdo de trabajo a distancia¹⁶ (en adelante ATD), la nueva regulación deja entrever que la elección del lugar de trabajo está supeditada a lo establecido por el convenio colectivo de acuerdo con la DA 1ª y, en su defecto, por el acuerdo individual de trabajo a

¹⁴ STS 24 de junio de 2015. Rec. 264/2014.

¹⁵ En el antiguo trabajo a domicilio el lugar era libremente elegido por el trabajador, con independencia de que coincidiera o no con su domicilio y de la titularidad jurídica que sobre el mismo ostente. Esa libre elección llega a ser calificada por la doctrina como una “ficción legal”, particularmente en los trabajos poco cualificados o sectores con altas tasas de desempleo.

¹⁶ Art. 6.1 RDL 28/2020: “El acuerdo de trabajo a distancia deberá realizarse por escrito. Este acuerdo podrá 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”.

distancia. En todo caso, la negativa empresarial a la aceptación del lugar elegido por el teletrabajador habrá de ser motivada y responder a razones objetivas.¹⁷

El hecho de concretar previamente el lugar de trabajo donde se va a desarrollar la actividad en términos del art.7 f) RDL 28/2020 constituye mayor seguridad jurídica y, por otro lado, influye en que los empresarios puedan cumplir con mayor precisión la obligación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales que reitera el art.16.1 RDL 28/2020. Esta es la razón por la cual el trabajador incurriría en un incumplimiento contractual si unilateralmente altera el lugar de trabajo fijado en el ATD.

Asimismo, aunque nada se prevé sobre el supuesto de hecho de desarrollar la actividad laboral en varias ubicaciones con relativa libertad y flexibilidad en ausencia de uno en específico, la doctrina mayoritaria considera que, en ausencia de regulación, la respuesta recae en la negociación colectiva, pero, consideran que es razonable permitir que en el ATD puedan identificarse uno o varios lugares de trabajo.

O autores como Gómez Abelleira¹⁸, consideran además de aquello que, si las partes lo consideran oportuno pueden establecer la libertad locativa del trabajador desarrollando la actividad laboral donde tenga por conveniente en cada momento sin acarrear más cargas para el empresario en materia de prevención de riesgos laborales.

La designación del lugar de prestación de servicios plantea problemas en casos de teletrabajo transnacional, fenómeno que el RDL 28/2020 sigue sin regular perpetuando así su laguna legal¹⁹. Por tanto, en ausencia de regulación, si el trabajador quiere prestar en un país diferente al del establecimiento principal de la empresa, habrá que acudir a lo dispuesto en la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo entre las partes. En este caso, es importante valorar la perspectiva de seguridad social atendiendo al Reglamento CE 883/2004 desarrollado por el Reglamento CE 987/2009.

¹⁷ MELLA MÉNDEZ, L. (2017). *El Trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral*. Revista IUSLabor, Núm. 2.

¹⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 58.

¹⁹ Cabe señalar que en algunos instrumentos europeos como el Libro Verde sobre “Cooperación para una nueva organización del trabajo” se indica la cuestión del teletrabajo transnacional y las implicaciones sociales del teletrabajo transfronterizo entre aquellas de carácter prioritario a ser examinados por las autoridades públicas y los agentes sociales para la elaboración de una futura norma que atienda a estas cuestiones.

Como regla general, el art.11.3 a) del anterior texto normativo establece que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en un Estado Miembro, estará sujeta a la legislación de ese Estado Miembro, es decir, la denominada *lex loci laboris*. Sin embargo, la situación es más compleja fuera del marco de la UE provocando una desprotección total para los trabajadores por cuanto en este ámbito la regulación es inexistente.

Aplicando lo anterior, si el teletrabajador en cuestión tuviese su residencia habitual en Francia, debería cotizar en la seguridad social francesa siempre que la actividad laboral realizada en Francia constituyese una “parte sustancial de la actividad”, es decir un porcentaje igual o superior a 25 por ciento. Por tanto, mientras el trabajador resida en España, el hecho de que realice una parte importante de la actividad en un tercer país no implica cotizar fuera de España, siempre que se realice en nuestro país ese mínimo del 25 por ciento de la jornada.

Por último, en virtud del principio de voluntariedad, las partes pueden llevar a cabo una modificación de las condiciones establecidas en dicho ATD, -incluido como se ha indicado el lugar de prestación de servicios- del mismo modo que su celebración, es decir, deberá ser por mutuo acuerdo de las partes. En todo caso, como ha apuntado Mella Méndez, la negativa empresarial a la modificación del lugar elegido por la persona trabajadora habría de ser motivada y quedar justificada por razones objetivas.

Asimismo, gracias a las TIC, el teletrabajo se encuadra como un modo de organización adaptado a la externalización de funciones tradicionalmente realizadas en el interior de las empresas también denominado “outsourcing”²⁰ especialmente en empresas de ciclo productivo complejo (publicidad, telemarketing, etcétera). En este sentido, la figura de la contrata está permitida por el art.42.1 ET, pero como bien afirma Thibault Aranda la figura de la contrata en el teletrabajo puede ser utilizada como negocio jurídico aparente para encubrir una cesión ilegal de trabajadores.

Por último, no afectará al lugar de desarrollo de la prestación el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, únicamente la titularidad. Pero, ¿es posible la sucesión de empresas en términos del art.44 ET en el teletrabajo? La respuesta debe ser afirmativa pues incluso lo estipulado en la Directiva de

²⁰ Respecto al outsourcing transnacional se ha propuesto ser de aplicación la Directiva 96/7/CE a fin de conseguir un núcleo de disposiciones imperativas que sean respetadas en el país de acogida por los empresarios que desplacen a trabajadores en el Estado Miembro de la prestación de servicios.

98/50 de 29 de junio²¹ resulta aplicable a los telecentros o centros satélite ya que resultan ser una unidad productiva autónoma de la empresa²², por lo que se transmitirá el local y una subrogación de los contratos de personas teletrabajadoras adscritos al telecentro en cuestión cuya titularidad cambia.

3.2 Uso exclusivo o prevalente de las TIC.

Es la condición necesaria para calificar de teletrabajo una relación laboral que permite además como ha quedado señalado en el punto anterior su distinción con el trabajo a distancia. Además, no se requiere cualquier instrumento, sino que se exige la utilización de dispositivos informáticos avanzados que permitan transmitir el resultado del trabajo, o que “el envío de información de realice en tiempo real”²³(ordenadores, internet, teléfonos móviles). Es más, tal y como indica el art.2 RDL 28/2020, se requiere “*el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*”.

En este mismo sentido, como indica Gaeta Lorenzo el ordenamiento jurídico-laboral italiano, afirma que la utilización de las tecnologías de la información y comunicación debe ser “dominante” sin que sea exigible que la actividad laboral se desarrolle de manera exclusiva por las TICs.

Ahora bien, como afirma Thibault Aranda, la característica que diferencia este modo de organización del trabajo de otras personas trabajadores que tampoco prestan su trabajo en los locales de la empresa tales como por ejemplo los taxistas, no es ya la organización con soporte de las nuevas tecnologías, sino la aportación de valor mediante un uso intensivo de las tecnologías de la información.

En la actualidad se puede acceder al terminal de un ordenador distinto gracias a la gran evolución de las TICs siempre que “los medios se lo permitan, teniendo en cuenta que

²¹ Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

²² STS de 17 de julio de 1998. Rec. 151/1998.

²³ MORGADO PANADERO, P. (2004). *El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)*. Revista de Actualidad Laboral, núm. 16, pág.1915.

puede haber algún que otro caso en que sea casi imposible que un trabajador pueda realmente teletrabajar”²⁴.

A pesar de que un sector doctrinal considera que la existencia de una red telemática que permita la conexión entre la sede central de la empresa y el trabajador no es elemento necesario para el desarrollo del teletrabajo, en mi opinión, siguiendo la línea doctrinal de Sierra Benítez, M. considero que el papel que desempeña la conexión telemática resulta decisivo. Es decir, si no existe una red de telecomunicaciones que permita a la empresa comunicarse con los empleados, no podemos hablar de teletrabajo.

Cosa distinta es que los trabajadores remotos no están obligados a mantener un contacto continuo con la sede empresarial.²⁵ De hecho, la conexión permanente únicamente servirá como criterio clasificatorio de las diferentes modalidades de teletrabajo, pero sin el mismo y sin su uso intensivo no puede hablarse de teletrabajo, y, más, en los momentos actuales, donde las redes de telecomunicación están tan expandidas²⁶.

Respecto a la dotación de las TIC para el desarrollo de la prestación laboral, el RDL 28/2020 introduce un derecho novedoso respecto a la materia. Constituye una novedad pues, si bien en el AMET se señalaba como regla general la obligación del empresario de facilitar los medios necesarios a la persona teletrabajadora, *salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo*, la regulación interna carecía de referencia alguna sobre ello.

El derecho de dotación de medios se configura en el art.11 y queda limitado al trabajo a distancia regular configurándose de esta manera como uno de los pocos derechos no aplicables al trabajo a distancia no regular²⁷, es decir, que no alcance el umbral del 30 por ciento como se explicará en el siguiente apartado.

En conexión con la dotación de medios se encuentra el artículo 7 a) relativo al ATD, por tanto, la obligación de proporcionar se refiere a bienes de equipo, pero también los

²⁴ SIERRA BENÍTEZ, M. (2011). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. En este mismo sentido, WILFREDO SANGUINETI, R. (2003). *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, pág.14.

²⁵ Así el art.13 RLD, referido al derecho a horario flexible dispone que se han de respetar los tiempos de disponibilidad obligatoria.

²⁶ POQUET CATALÁ, R. (2020). *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Ed. Aranzadi.

²⁷ THIBAUT ARANDA, J. (2020). *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, 10 págs.

consumibles y los elementos muebles. Aquí es donde se hallaría el mobiliario de oficina, ordenadores, pantallas, tinta de impresora, el software, etc. Ahora bien, en virtud del principio de voluntariedad, las partes pueden acordar que en el inventario a que se refiere el art.7RDL 28/2020 no se incluyan ciertos medios por contar ya el teletrabajador con los mismos²⁸. De ahí la vinculación con el AMET (“*salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo*”).

En esta materia, la norma nuevamente realiza una remisión a la negociación colectiva (con carácter general, las remisiones a los convenios colectivos son constantes a lo largo del RDL), razón por la cual, el ATD actúa sin perjuicio de lo contenido en los convenios y acuerdos colectivos. En este sentido, como con anterioridad se recogían fórmulas genéricas, al constituirse ahora como un derecho específico, ha supuesto un cambio más exhaustivo en la negociación colectiva de multitud de empresas.

En términos cualitativos, la obligación posee “*naturaleza preventiva*”²⁹ ya que el empresario a fin de que los equipos de trabajo sean adecuados con la normativa de prevención de riesgos laborales, adoptará las medidas oportunas de forma que garanticen la salvaguarda de la salud y seguridad de los trabajadores.

Además de la inicial dotación de medios, el art.21 RDL establece que la persona teletrabajadora tiene el deber de mantener y conservar los dentro de los términos que se establezcan en la negociación colectiva. Además, estos equipos informáticos salen fuera de la empresa, por lo que las posibilidades de deterioro, extravío o incluso sustracción se multiplican³⁰, por lo que el deber de diligencia (art.20.2 ET) presenta un interés prioritario.

De esta manera, la persona teletrabajadora queda obligada a evitar la denominada “*promiscuidad informática*”³¹, esto es, la utilización de los medios informáticos dedicados

²⁸ El hecho de que la persona trabajadora aporte medios de producción propios no excluye el vínculo de laboralidad. STS 31 de marzo de 1997.

²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. (2020): “*La nueva regulación del trabajo a distancia*”. Ed. Tirant lo Blanch, pág.74.

³⁰ POQUET CATALÁ, R. (2020). *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Ed. Aranzadi, *op. cit.* pág.143.

³¹ RODRÍGUEZ ESCUDERO, R. (2000). *Teletrabajo*. En *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

al desarrollo de la actividad laboral por personas no autorizadas, posibilidad que se agrava si el teletrabajo se desarrolla desde el domicilio.

Por último, es muy importante destacar el papel que desempeñan las TIC en relación con los derechos de las personas teletrabajadoras. Es por ello que la propia Exposición de Motivos del RDL 28/2020 establece el lugar destacado que ocupan los derechos de las personas trabajadoras relacionados con el uso de dispositivos digitales de acuerdo con lo previsto en la LO 3/2018 de protección de datos y el RGPD.

Para garantizar su salvaguarda, la empresa debe establecer garantías adicionales para la protección de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de datos personales y, en general, de los derechos digitales pertenecientes al trabajador, tal y como reconoce el art.91 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en adelante LOPSGDD). Así el RDL introduce el art.17.3 aludiendo a criterios de utilización de los dispositivos digitales.

La norma transcribe sustancialmente el art.87 LOPDGG en virtud del cual las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales³². La novedad reside en la atribución de competencias de participación del art.4.1 g) ET a los representantes de los trabajadores, a través de las cuales participan en la toma de decisiones de gestión empresarial sobre esta materia.

De modo que, siempre que con carácter previo se haya ofrecido alguna fórmula de participación a los representantes de los trabajadores, la regla del art.17.3 RDL ha de entenderse cumplida, aunque los criterios de utilización se establezcan unilateralmente por la empresa.

Además, la nueva norma añade un párrafo final en el que se establece la posibilidad, que no deber, de que tanto los convenios como los acuerdos colectivos, alternativamente, especifiquen los términos en virtud de los cuales las personas trabajadoras puedan realizar un uso por motivos personales de los equipos informáticos dados por la empresa.

³² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y GALLEGO, F. (2020). *Los derechos digitales de los trabajadores*. Revista Derecho de las relaciones laborales, N°. 202011, pp. 1448-1473.

En esta línea el interés de regular aspectos como la privacidad en el teletrabajo ya se evaluó por los propios interlocutores sociales.³³ Esta es otra referencia más al papel tan importante que desempeña la negociación colectiva en el RDL, pues en el art. 87 LOPDGDD se omite cualquier referencia a la misma, adoptando los criterios de utilización elegidos unilateralmente por el empresario al amparo de su poder de dirección.

Además, tanto para la posibilidad de acudir al convenio colectivo o al acuerdo colectivo para la regulación de tales criterios para el uso por motivos personales como para establecerlos de por sí, es necesario que la empresa respete en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los “*usos sociales*” y con las “*particularidades del trabajo a distancia*”. Expresión un tanto difusa y que, ciertamente, puede ocasionar inseguridad jurídica por su difícil interpretación, pero por la referencia a las “particularidades del trabajo a distancia” el legislador parece relacionarlo con el riesgo de aislamiento, la necesidad de socialización a través del trabajo y el posible uso de las TIC en su comunicación con otros trabajadores o con los órganos de representación.

3.3 Carácter regular: nuevo criterio delimitador.

El tenor previo del art. 13 ET limitaba el concepto de trabajo a distancia a aquel que se realizara en el domicilio del trabajador o lugar elegido por este “de manera preponderante”, lo que por lo general llevaba a interpretar que, para merecer tal calificación, era necesario realizar tal prestación durante un porcentaje de la jornada superior al 50%. De hecho, en el anteproyecto de ley del actual RDL 28/2020 el porcentaje negociado por los agentes sociales era del 50 por ciento.

Ahora, este porcentaje se ha reducido sensiblemente, ampliando el ámbito de aplicación. Durante las negociaciones con los agentes sociales, siguiendo lo dispuesto en el AMET, se fija un carácter regular finalmente del **30 por ciento** en un periodo de referencia de 3 meses o el porcentaje proporcional equivalente.

Según parte de la doctrina parece que estos tres meses no tienen por qué ser naturales, pero en todo caso deberán ser consecutivos, pero hay otros autores que entienden que no. Por tanto, no hay una respuesta unánime. La nueva norma tampoco se pronuncia sobre si las horas extraordinarias o complementarias en el caso de contratos a

³³ Véanse, el Apartado 4 del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 de 8 de junio de 2015 (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015).

tiempo parcial se incluyen en el cómputo del 30 por ciento pese a que la respuesta doctrinal es afirmativa.

En consecuencia, si bien es cierto que no será necesario que la prestación laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o lugar elegido por este como hemos visto que indicaba el anterior art.13 ET, sí se precisará que se lleve a cabo de forma más o menos estable y relevante. En concreto, de acuerdo con el art.1 RDL al menos el 30% de la jornada se tiene que prestar de esta forma en un periodo de referencia de tres meses o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato.

Del contenido literal del precepto podemos extraer la conclusión de que se deja fuera del ámbito de aplicación del RDL el teletrabajo conocido por la doctrina como “ocasional” o “residual”³⁴ lo que lleva a preguntarnos qué norma les será de aplicación a estos supuestos. Pues bien, se les aplicará el ET ya que tampoco les queda el refugio del art.13 ET³⁵, teniendo los mismos derechos consagrados en el RDL salvo la obligación de realizar un ATD con el contenido mínimo previsto.

El incluir estos supuestos podría haber sido posible si se hubiera aplicado el porcentaje del 20% de la jornada en consonancia con la primera versión de la norma, contribuyendo al “efecto día”.³⁶ En todo caso, el mínimo del 30 por ciento es una norma de derecho necesario relativo³⁷, debido a que tal y como reconoce la Disposición Adicional 1ª del RDL los convenios o acuerdos pueden mejorarlo estableciendo un periodo de referencia inferior al fijado, accediendo así al régimen del RDL 28/2020.

³⁴ THIBAULT ARANDA, J. (2020). *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, 10 págs.

³⁵ Se modifica por la disposición final 3.1 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre: “Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia”.

³⁶ Circunstancia esta que en palabras García González, G. (2020) afectaba a gran número de empresas que habían introducido en su modelo organizativo la posibilidad de que los trabajadores realizaran un día a la semana teletrabajo.

³⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, G (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso*. Revista Trabajo y derecho, 15 págs.

Respecto al carácter temporal de referencia, siguiendo la clasificación de Poquet Catalá³⁸ pueden diferenciarse distintas modalidades de organización del teletrabajo:

-En primer lugar, pactar con el empresario/empleador la realización de una parte de la actividad laboral mediante la modalidad de teletrabajo, de manera que durante todos los días se acude al centro de trabajo prestando una parte de su jornada en el centro de trabajo, y, el resto de la jornada se presta en el que se acuerde con la empresa siempre que cumpla como mínimo un 30%. Piénsese en una jornada de 8 horas diarias, 2 horas y 24 minutos deberían prestarse en modalidad de teletrabajo para que le sea de aplicación el RDL, salvo que como se ha señalado anteriormente se haya pactado en la negociación colectiva un porcentaje inferior.

No obstante, este modo de organización no está exenta de problemas pues ocasiona un efecto negativo sobre el rasgo conciliador del teletrabajo y facilitar la autonomía y la flexibilidad en la administración del tiempo de trabajo.

-En segundo lugar, pactar con el empresario/empleador en el acuerdo de trabajo a distancia que el teletrabajo se organice semanalmente, de tal forma que se acumule durante varios días a la semana alternos o consecutivos, de tal forma que durante dichos días la totalidad de la jornada sea en modalidad teletrabajo, y el resto de forma presencial. Así, suponiendo que la relación laboral se presta durante cinco días a la semana, al aplicar la regla del 30%, dos días tanto alternos como consecutivos serían en modalidad de teletrabajo.

-En tercer lugar, sería posible también pactar la acumulación del teletrabajo durante varias semanas, pudiendo incluso alcanzar varios meses- hasta tres meses-³⁹ de tal forma que tomando como referencia el período de tres meses, se podría acordar que la prestación de teletrabajo se realizara durante un mes, y los otros dos meses fuera presencial.

-En el caso de contratos de duración inferior a tres meses, el porcentaje será el proporcional a la duración del contrato. La doctrina es crítica con esta expresión estableciendo que buscar la equivalencia proporcional carece de sentido normativo en base a que en los contratos de duración inferior a tres meses esta mención debiera

³⁸ POQUET CATALÁ, R. (2020). *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Aranzadi, pp. 55-60.

³⁹ En el mismo sentido, GÓMEZ ABELLEIRA, F. (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant lo Blanch, pp.23-25.

directamente eliminarse o sustituirse por una regla que estableciera que en caso de que el contrato de trabajo tuviera una duración inferior, el periodo de referencia será el equivalente a la vigencia del contrato.

Ahora bien, ¿cómo es el computo en las empresas con distribución irregular? La ley no señala nada, por lo que hay que recurrir a la doctrina que entiende que *“si la jornada se distribuye irregularmente a lo largo del año, con semanas de más horas de trabajo y semanas de menos, la medición atenderá no a la “media” de horas semanales en el conjunto del año, sino a las horas realmente trabajadas en el período de observación”*⁴⁰

El problema de esta cuantificación como viene señalando la doctrina estará en el momento de acreditar en la práctica que realmente se ha prestado ese porcentaje, ya que a pesar de que es obligatorio registrar la jornada ex art.34.9 ET no existe como viene indicando la doctrina un registro de jornada análogo que controle el lugar en que se ubica el trabajador en cada momento.

Una parte de la doctrina no comparte el criterio de fijar unos mínimos de tiempo exigibles para afirmar o negar la existencia de una prestación de teletrabajo, porque como afirma Thibault Aranda *“no se trata de fijar durante cuánto tiempo el trabajador a distancia utiliza los medios telemáticos para realizar una prestación sino de aprehender a partir de qué momento produce un cambio en el modo de organización, de manera que el trabajador ya no trabaja, sino que teletrabaja”*.⁴¹

Por último, como se expresa en la Exposición de Motivos, este carácter regular está limitado para determinados colectivos. El RDL 28/2020 estipula expresamente un mínimo del 50 por ciento de presencialidad para el caso de contratos de trabajo celebrados por menores y en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, con la salvedad de que para este último podrá llevarse a cabo de forma telemática la parte teórica.

La razón de ser de este límite se basa en el colectivo al cual van dirigidos estos contratos, siendo totalmente razonable la necesidad de la presencia física en la empresa junto con otras personas trabajadoras con mayor experiencia que actúen como tutores para poder alcanzar su habilidad en el desarrollo de la actividad laboral.

⁴⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant lo Blanch, *op.cit.*, pág.24.

⁴¹ THIBAUT ARANDA, J. (2000). *Análisis jurídico laboral del teletrabajo*. Colección Estudios, *op.cit.*, pp. 29-30.

En este caso, el legislador de nuevo promueve la negociación colectiva, mediante la cual se abre la posibilidad de aumentar o reducir el porcentaje en los contratos de formación siempre y cuando no se celebre con los menores en términos de la DA Primera RDL 28/2020.

Las primeras versiones optaban por la prohibición del trabajo a distancia en el caso de los menores por entender que implicaba una especial peligrosidad, sin embargo, se rechazó al no ser acorde con la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994,⁴² relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

3.4 La voluntariedad como principio esencial del teletrabajo.

El art.5.1 RDL 28/2020 establece la voluntariedad del trabajo a distancia tanto para la persona trabajadora como para el empresario. Así, para su efectividad se requerirá el concurso de voluntades de ambas partes, de ahí el ATD. Además, como ya reconocía reiterada jurisprudencia, no podrá ser impuesto unilateralmente por el empresario por la vía del art.41 ET *“porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual”*⁴³.

Por consiguiente, ni el trabajador estará obligado a aceptar el teletrabajo ofrecido por el empresario ni el empresario está obligado a acceder a la solicitud del trabajador. Ahora bien, se exceptúa del carácter voluntario el derecho a organizar el tiempo de trabajo para satisfacer necesidades de conciliación entre trabajo y familia reconocido en el art.34.8 ET (como se explicará más adelante). También existen otros supuestos en los que las personas trabajadoras tienen derecho a exigir la aplicación total o parcial de esta modalidad de trabajo siempre que sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas en su actividad laboral. Este es el caso de las víctimas de violencia de género y terrorismo por la modificación introducida en la DF Tercera RDL 28/2020 del art.37.8 ET. Además, también se ha modificado el art.23.1 a) ET reconociendo el derecho a acceder al trabajo a

⁴² En su artículo 7 se establece una lista de trabajos que deben ser prohibidos a los jóvenes, en la que no se incluye el trabajo a distancia, ni en concreto el teletrabajo.

⁴³ STS 11 de abril de 2005. Rec. 264/2014.

distancia para el caso de personas que estén cursando estudios que, al igual que en el supuesto anterior, ha de ser compatible con el puesto y funciones desarrolladas.

Esta voluntariedad también se recoge en el AMET donde se señala que el teletrabajo es voluntario para el trabajador y para el empresario afectados. De tal forma que el teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse más tarde voluntariamente, del mismo modo ocurre desde la perspectiva de la persona teletrabajadora. Además, esa voluntariedad ya se establecía de la misma manera en el anterior art.13 ET (*“tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior”*), al igual que en la negociación colectiva.

Pero hay que tener en cuenta que este carácter voluntario del trabajo a distancia puede sufrir alteraciones mediante la imposición a través de la negociación colectiva de una serie de requisitos o condiciones a los que se puede acceder mediante negociación colectiva. Requisitos que, de ser contemplados, los trabajadores no serían totalmente libres para acceder al teletrabajo.

Frente a la voluntariedad del teletrabajo, cabe recordar que, durante la crisis sanitaria, el art.5 RDL 8/2020 establece una excepción al carácter voluntario del teletrabajo dado que se pronuncia en términos imperativos sobre su carácter preferente: *“se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia”*.

Tal imperatividad opera en una doble vía. Es decir, la empresa que tenga o técnica y razonablemente pueda implantarlo está obligada a ofrecer teletrabajo y el trabajador a aceptarlo sin ser vinculante el hecho de que las partes aleguen el principio de voluntariedad. Este principio estará vigente de nuevo una vez no esté en vigor el mencionado precepto.

Mientras tanto, si un trabajador reclama a la empresa teletrabajar y ésta rechaza la pretensión a pesar de reunir las condiciones para poder ofertar el teletrabajo, puede acudir a los órganos jurisdiccionales por la vía del art.139 LRJS. Si, por el contrario, es el trabajador quien se niega a aceptar la oferta empresarial, sería objeto de sanción disciplinaria, eventualmente el despido si reúne las exigencias de gravedad del art.54.1 ET.⁴⁴

Como resultado del principio de voluntariedad, se manifiesta por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico el **carácter reversible** del teletrabajo para ambas partes.

⁴⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F (2020). *El teletrabajo en la legislación de emergencia antipandemia*. Revista de Jurisprudencia, 8 págs.

Siguiendo lo previsto en el AMET 2002, se instaura en el art.5.3 RDL ⁴⁵ la opción de conceder el acceso a la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo en aquellos casos en que la configuración inicial del puesto de trabajo es de carácter presencial. Sin embargo, no queda a la libre disposición del trabajador, sino que se interpretará en función de cómo se articule en la negociación colectiva o en su defecto en el acuerdo de trabajo a distancia, condicionándose así su alcance. En la misma línea, la DA 1ª del RDL 28/2020 señala que los convenios o acuerdos colectivos podrán regular el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa. Todo ello implica que:

a) La reversibilidad puede decidirla tanto la persona trabajadora como la empresa y alcanza a los puestos presenciales que han pasado –total o parcialmente– a trabajo a distancia. La dificultad va a residir en los casos en los que el teletrabajador pretenda acceder a la modalidad presencial pues al no prever nada sobre ello esta cuestión deberá ser integrada por la negociación colectiva o en su defecto, por acuerdo de trabajo a distancia. En este último caso, se aplicaría directamente el art.4 RDL 28/2020 en relación con el art.14 CE y los arts.17 y 41 ET en resultado de aplicación del régimen de garantías previsto en el art.5.2 RDL conforme al cual la negativa de la persona trabajadora y las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral, no serán causas justificativas de despido ni de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

b) Aunque se prevé la reversibilidad para ambas partes, es necesario recordar que las partes contratantes no se encuentran en la misma posición de igualdad, por lo que a la empresa le resultará más fácil ejercitar la reversibilidad que a la persona trabajadora.

c) Sobre el modo de ejercer el derecho de reversión se hace una mínima referencia, pudiendo desembocar en una inseguridad jurídica ya que únicamente se hace referencia al plazo de preaviso como contenido obligatorio del acuerdo en el art.7 g), omitiendo cuestiones importantes como la existencia de un periodo mínimo de trabajo a distancia para optar a uno presencial que se abordarán en la negociación colectiva o, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia. De este modo, la autonomía colectiva ha de tratar de establecer los aspectos procedimentales de forma que se excluya toda práctica abusiva,

⁴⁵ Se establece que: “3. 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 ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia al que se refiere el artículo 7”.

discriminatoria o unilateral. Nuestra doctrina judicial ⁴⁶ había apuntado en cierta forma esta no reversibilidad unilateral al declarar ilícita la actuación de la empresa que pretendió reducir a dos los tres días a la semana en que la trabajadora prestaba sus servicios en régimen de teletrabajo desde hacía diez años.

En el CC de Telefónica ⁴⁷ el principio de reversibilidad se prevé para la vuelta de los teletrabajadores al puesto durante los dos primeros meses, transcurrido el cual el trabajador quedaría sometido al desarrollo de su actividad laboral mediante teletrabajo hasta transcurrido un año de la firma del Acuerdo Individual. Además, se fija un preaviso de quince días tanto si la propuesta es a iniciativa de la empresa como de la persona trabajadora. Situaciones de reversibilidad que deberán ser informadas a la Representación de los Trabajadores.

d) En caso de negativa por la empresa de la propuesta realizada por la persona trabajadora, esta habrá de acudir al procedimiento del art.138 LRJS salvo para las víctimas de violencia de género o por motivos de conciliación que se aplicará el art.139 LRJS.

e) Reversibilidad que no se identifica con lo dispuesto en el art.8.2 RDL sobre la prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial que tienen las personas que desde el inicio de la relación laboral trabajan durante la totalidad de su jornada. En este caso se trataría simplemente de ocupar un puesto presencial vacante.⁴⁸

En la legislación francesa se establece un acuerdo en el que se especifican las condiciones para poner fin al teletrabajo y regresar a los locales de la empresa ya que conforme al art.1222-9 del Código de Trabajo, el teletrabajo puede ser decidido bien en el momento de la contratación, como parte de las condiciones de contratación, o posteriormente, con una cláusula adicional al contrato de trabajo. En el contrato se indicarán las condiciones de retorno a la ejecución del contrato sin teletrabajo a falta de acuerdo colectivo aplicable.

⁴⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 21 de mayo del 2020. Rec. 1021/2019.

⁴⁷ II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU.

⁴⁸ Gala Durán, C. (2020). *La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-ley 28/2020*. Revista Derecho de las Relaciones Laborales, pp. 1473-1493.

4. MODALIDADES DE TELETRABAJO Y SU TIEMPO DE TRABAJO.

Una vez delimitado ya el concepto del teletrabajo destacando el carácter regular de la jornada como nuevo criterio delimitador, se puede concluir que a pesar de la deslocalización que implica el teletrabajo, el uso prevalente de las TIC hace que el control empresarial de la jornada laboral pueda realizarse a través de estos medios. Es por ello que, a continuación, se realizará un estudio de la variada tipología con que se manifiesta el teletrabajo debido a la flexibilidad que lo caracteriza y sus peculiaridades en el control del tiempo de trabajo.

4.1. Según el lugar de trabajo

-Teletrabajo a domicilio. Con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 28/2020 y de la ley de reforma de 2012 se acudía al art.13 ET donde la peculiaridad residía en que el desarrollo de la prestación de servicios se realizaba sin vigilancia directa e inmediata del empresario, pero cuyo control era posible a través del “documento de control”.⁴⁹

La doctrina afirmaba comúnmente que resulta problemático delimitar este tipo de contrato de trabajo a domicilio asalariado con otros contratos por difuminarse las notas de dependencia y ajenidad, incluso con el teletrabajo por carecer de la característica esencial del uso prevalente de las TIC. A su vez, en idéntica situación se encuentra el teletrabajo a domicilio, ya que es posible la existencia de contrato de trabajo sin establecimiento de jornada u horarios, salvo para el teletrabajo que le sea de aplicación el RDL 28/2020, entre otras, STSJ Cataluña de 27 de mayo de 1999, STSJ Castilla y León, 29 de octubre de 1992. Por esta razón el tipo de conexión existente con el centro de la empresa desempeña una función determinante.

La ausencia de referencia expresa en materia de jornada del contrato de trabajo a domicilio al igual que el teletrabajo a domicilio incluso en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo no excusa la aplicación de los topes máximos de jornada, descansos y festivos característicos de una relación laboral ordinaria. Esta afirmación se justifica en el principio de igualdad de derechos entre el trabajo

⁴⁹ Art.13.4 ET disponía que *“Todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes”*.

presencial y el teletrabajo. De esta manera, la normativa de la jornada contemplada en el ET actúa como límite a los poderes de dirección y vigilancia del empresario.

Por ello, en el caso de extralimitación en las exigencias laborales del empresario mediante, por ejemplo, el teléfono móvil u ordenador portátil, corresponde al teletrabajador el “derecho a la desconexión digital”⁵⁰.

-Teletrabajo móvil o *telework on the road*. Esta modalidad se caracteriza por carecer de un lugar habitual para el desempeño de la actividad laboral encontrándose la persona teletrabajadora en constante movimiento al no prestar servicios en un lugar fijo. Es calificado por la doctrina como un “trabajo híbrido” basado en la flexibilidad, en diferentes ubicaciones y en la productividad de las personas trabajadoras. Dentro de esta modalidad habrá que distinguir entre teletrabajo “externo” y teletrabajo “alternativo” según compagine el teletrabajo con la presencia en el centro de trabajo o no.

El problema que aquí se plantea es que la nueva regulación no resulta útil para tratar esta modalidad que en la actualidad está alcanzando altos niveles de aplicación. Estas personas teletrabajadoras no van a poder especificar previamente en el acuerdo de trabajo a distancia el lugar de desarrollo de la prestación laboral en cuestión conforme lo dispuesto en el art.7 f) RDL 28/2020 para su posterior control horario pues la relación espacio/tiempo se difumina.

-Teletrabajo en centro de teletrabajo o telecentros. En esta modalidad no se encuentra problemas a la hora de controlar el tiempo de trabajo y someterse a un control en el registro de la jornada pues parte de la doctrina lo asimila con el mismo centro de trabajo toda vez que el teletrabajador le será de aplicación las mismas normas sobre jornada de la empresa para la que se teletrabaja. Ello quiere decir, que las mismas reglas a las que son sometidas los trabajadores internos, del mismo modo se someterán a ellas los trabajadores que se encuentren bajo esta modalidad de teletrabajo. Esto implica por lo tanto “menor flexibilidad en la gestión del tiempo por parte del teletrabajador”⁵¹.

⁵⁰ Será objeto de desarrollo más adelante en el presente trabajo.

⁵¹ SIERRA BENÍTEZ, M. (2010). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía, *op. cit.* p.176.

4.2. Según el tipo de conexión que vincula al teletrabajador con la empresa

-Teletrabajo on-line o conectado. Aquí el teletrabajador sí presta sus servicios en conexión directa con el sistema informático central de la empresa, quien llevará a cabo *“una supervisión y dirección remota”*⁵².

Esta circunstancia permite al empresario controlar los tiempos de trabajo en tiempo real, así como las pausas mediante el denominado por Mella Méndez, como *“dispositivo de presencia”* lo que permite un permanente contacto en la distancia al igual que si se prestase su actividad en el centro de trabajo, con la observancia incluso del horario de trabajo establecido en éste como ocurría en telecentro u oficinas satélites.

De esta manera, un sector doctrinal entiende que esa conexión no permite la flexibilidad con la que se consagra el teletrabajo pues, la finalidad de la conexión es el control de la actividad y, por lo tanto, del tiempo dedicado a la actividad laboral por el teletrabajador.

En definitiva, el control se la jornada será realizado por mecanismos tecnológicos que permitan una *“evaluación exacta, aunque diferida de la duración de la prestación y un control de las pausas”*⁵³ o descansos obligatorios y del respeto de número máximo de horas de visualización de la pantalla en materia de prevención de riesgos laborales.

Cuando estamos ante esta modalidad el problema que se ha planteado por la doctrina⁵⁴ es el modo de actuar ante interrupciones del tiempo de trabajo por dificultades técnicas u otras no imputables a la persona teletrabajadora (por ejemplo, una *“avería”* en el sistema informático⁵⁵ o si la red de la empresa se *“cae”*⁵⁶) autores como Sierra Benítez o

⁵² PADILLA MELÉNDEZ, A. (1998). *El teletrabajo como Sistema de Aspectos en el Contexto de las Organizaciones Actuales: Concepto, Perspectivas de Futuro y Aplicación al Turismo*. Congreso de Turismo y Teletrabajo. pp 11-26.

⁵³ Art.7 Directiva 90/270/CEE del Consejo, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización *“El empresario deberá organizar la actividad del trabajador de forma tal que el trabajo diario con pantalla se interrumpa periódicamente por medio de pausas o cambios de actividad que reduzcan la carga de trabajo en pantalla”*.

⁵⁴ THIBAULT ARANDA, J. (2020). *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, pág.10.

⁵⁵ SIERRA BENITEZ, E. (2010). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía, p.184.

Escudero Rodríguez abogan por la doctrina del riesgo de la empresa en aplicación del art.30 ET relativa a la imposibilidad de la prestación de servicios sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en tiempo distinto.

Pues bien, esto ha sido resuelto por el art.4.2 RDL 28/2020 que dispone que los trabajadores a distancia “*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*”. Autores como Thibault Aranda, son críticos con esta disposición pues si ocurre alguna interrupción de carácter técnico propia de las TIC, el empresario o empleador está imposibilitado para establecer distintas franjas horarias o turnos para tratar de solventar los problemas ocasionados. Por tanto, la norma hace rígido lo que de por sí es flexible.

Considero que este tipo de interrupciones técnicas deben ser incluidas en el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia amén del art.7 RDL o, en su defecto en la negociación colectiva pues el uso de las TIC reporta grandes ventajas productivas, pero, aunque se actúe con la máxima diligencia es prácticamente inevitable la aparición de fallos técnicos.

-Teletrabajo off line o desconectado. En este supuesto es donde mayor dificultad nos vamos a encontrar con el control de la jornada de trabajo y, con el tipo de teletrabajo que mayor problema genera a la hora de delimitar el carácter de laboralidad. Como bien define la doctrina esto es así porque el teletrabajador, tras recibir unas instrucciones iniciales, desarrolla una actividad informática sin conexión directa con la empresa, a la que sólo después le hará llegar el resultado del trabajo. De este modo, podemos concluir en que sólo se produce un control final por parte del empresario.

Ello implica que la persona teletrabajadora organice su jornada y descansos de trabajo de manera que “*son los propios trabajadores quienes compensarán las horas trabajadas en un día con otras, sin que por la propia naturaleza de su actividad pueda el empresario controlar aquélla*”⁵⁷, pues como vienen reconociendo los tribunales “*no resulte especialmente relevante a la hora de efectuar un análisis de la relación el paradigma usual del contrato de trabajo, donde las notas de dirección,*

⁵⁶ THIBAUT ARANDA, J. (2020). *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, p.10.

⁵⁷ STS (Sala de lo Social) 18 de mayo de 1994. Rec. 2449/1993.

control y prestación del servicio son especialmente marcadas, porque las mismas en este tipo de relaciones (...) se distorsionan”.⁵⁸

Esa libertad absoluta para administrar el tiempo de trabajo admite graduación, porque las partes pueden pactar una interactividad con la empresa en determinadas franjas horarias con la finalidad de controlar la jornada laboral, es el caso del teletrabajo *one way line*.

Por otro lado, la ausencia de un horario preestablecido desencadena dos problemas, en primer lugar, la quiebra de la flexibilidad que a priori caracteriza al teletrabajo puede llegar a asociar la vida personal con la laboral⁵⁹ y, en segundo lugar, al estar basado en la obtención de resultados y pasar el control de la jornada a un segundo plano, el problema que se plantea es la vulneración del principio de igualdad de trato pues los trabajadores que realicen la misma prestación de servicios en la empresa sí se controla la jornada, sin embargo, los teletrabajadores de esta modalidad no. La solución la podemos encontrar en el AMET donde se prevé que *“la carga de trabajo y los promedios de rendimiento del teletrabajador serán equivalentes a aquellos de los trabajadores comparables⁶⁰ en el local del empresario”*.

Pero, ¿qué ocurre si falta el elemento de comparación?, pues bien, será la negociación colectiva la que deba concretar esta cuestión teniendo en cuenta lo contemplado en la Directiva 2003/88/CE.

A partir de esta clasificación se puede concluir que, en función de las posibilidades de control telemático del tiempo de trabajo, resultará fácil la aplicación la normativa de la jornada laboral, dándose el mayor conflicto en el teletrabajo off line donde por sus especiales características resulta casi imposible el control del tiempo de trabajo. Aun así, a pesar de que la propia EM del RDL 28/2020 se autoproclama como “regulación suficiente, transversal e integrada”, contempla solo una concreta modalidad de teletrabajo, aquel por cuenta ajena que sea desarrollado con carácter regular. Se excluyen, perpetuando el vacío existente fenómenos de teletrabajo como el Networking o Smart Work.

⁵⁸ STSJ (Sala de lo Social) País Vasco 28 de febrero de 2017. Rec. 168/2017.

⁵⁹ En este sentido, THIBAUT ARANDA, J. (2000): *“En vez de mayores dosis de libertad y autonomía en la organización del trabajo, podemos encontrarnos ante una nueva forma de subordinación”*. Colección Estudios, *op.cit.*, pág.46.

⁶⁰ *“El teletrabajador comparable es aquél que reúna mayor número de analogías con el teletrabajador, por compartir un mismo tipo de contrato, temporal o indefinido, tarea o actividad laboral, grupo y categoría profesional, antigüedad y otros aspectos laborales similares”*. MELLA MÉNDEZ, L. (2003). *Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo*. Relaciones Laborales, pp. 177-208.

5. LA FLEXIBILIDAD HORARIA EN EL TELETRABAJO.

Como se ha señalado, tanto en la normativa europea como en la interna, cuando se trata de la modalidad de teletrabajo una de sus principales singularidades es la flexibilidad en la ordenación del tiempo. Está íntimamente ligado a la idea de autonomía de la persona teletrabajadora, ya que le permite una mayor autonomía en la gestión del tiempo de trabajo. Por ello, más que la duración de la prestación, la ordenación del tiempo de trabajo es la que asume mayor protagonismo, por la flexibilidad que conlleva.

De hecho, la nueva normativa en el art.13 RDL señala que “respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido”. Este precepto es de gran relevancia ya que “*se concede un derecho que invierte los términos en que la organización del tiempo de trabajo suele funcionar en las relaciones laborales, al menos en las tradicionales*”⁶¹.

En consecuencia, el horario de trabajo está configurado por una gran flexibilidad al permitir modificar el ya preestablecido por la empresa del mismo modo que establecía el AMET conforme al cual: “*En el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las reglas de empresa aplicables, el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo*”.

En este sentido, debe destacarse que las personas teletrabajadoras no quedan sometidas a unos horarios inamovibles, sino todo lo contrario, se parte de una plena libertad para su variación, pero respetando el único límite impuesto de disponibilidad obligatoria, es decir, las franjas horarias en las que la persona teletrabajadora ha de estar desarrollando su actividad laboral. “*Es por tanto que las horas de disponibilidad son las horas en que el trabajador debe estar prestando servicios, mientras que las flexibles son todas las restantes, que el trabajador puede libremente ubicar flexiblemente dentro de la semana.*”⁶² Por tanto, las horas flexibles se contraponen a las de disponibilidad.

De esta manera, los despidos declarados procedentes por incumplir el horario de trabajo con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 28/2020⁶³, podrían resolverse de

⁶¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant Lo Blanch, *op.cit.* pág. 83.

⁶² GÓMEZ ABELLEIRA, F.J (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant Lo Blanch, *op.cit.* p. 85.

⁶³ STSJ Cataluña 15 enero 2019. Rec. núm. 136/2019.

modo diferente si la relación laboral en cuestión entra dentro del ámbito de aplicación de la nueva normativa.

Con todo, se puede afirmar que la característica de la flexibilidad del tiempo de trabajo constituye uno de los criterios diferenciadores del teletrabajo respecto a los modos de organización tradicionales de la actividad laboral. Llegando incluso al punto de que la doctrina se plantea la aplicabilidad o no de la regulación de la jornada laboral en el teletrabajo. No obstante, “*debe partirse de la premisa de que la flexibilidad de la jornada de trabajo en el teletrabajo no ha de conllevar un débil reconocimiento de las horas de trabajo realmente efectuadas o en una no remuneración de los tiempos muertos*”.⁶⁴

Como afirma Mella Méndez, las ventajas que derivan del teletrabajo, son “*traducidas en una mayor flexibilidad en la relación laboral*”⁶⁵. Esta concepción ha adquirido mayor protagonismo a causa de factores como la crisis sanitaria derivada del COVID-19 con la inclusión del Plan MECUIDA para la adaptación de jornada o distribución del tiempo de trabajo como puede consistir el horario flexible y por las innovaciones tecnológicas. De esta manera, el teletrabajo se presenta como una fórmula adecuada para responder a las nuevas exigencias en materia del tiempo de trabajo no sólo del trabajador sino también de la propia empresa, lo que se denomina por Thibault Aranda como “flexibilidad interna”.

Como señala la doctrina⁶⁶ “*el teletrabajo abre nuevas perspectivas por cuanto permite una mayor disponibilidad del tiempo libre y supone para el individuo la oportunidad de administrar el tiempo del modo más beneficioso para él, tanto desde el punto de vista de la productividad como de la armonización de la vida personal y familiar*”.

Si bien esta flexibilidad horaria produce numerosas ventajas para la persona trabajadora, también puede conllevar un efecto colateral en el ámbito privado del trabajador si se elimina la frontera entre el tiempo de trabajo y descanso. Si se produce la situación anterior, es altamente probable que se genere una situación en la que el trabajo lo invada todo incluido el descanso.

⁶⁴ POQUET CATALÁ, R.(2020).*El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Ed. Aranzadi, *op.cit.*p. 77.

⁶⁵ MELLA MÉNDEZ. L. (1998). *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*. Revista Doctrinal Aranzadi, *op.cit.* p. 25.

⁶⁶ THIBAUT ARANDA, J. (2000). *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Colección Estudios, *op. cit.*, pág.67.

Por ello, una de las preocupaciones ha sido y sigue siendo poder equiparar el tiempo de trabajo flexible no solo con el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar, sino también con el derecho a la protección de su seguridad y salud como se desprende de la Directiva 2003/88/CE.

Es necesario matizar que de nuevo la nueva normativa hace referencia a la negociación colectiva en el desarrollo de una de las particularidades del teletrabajo, como ocurre en este caso con la flexibilidad horaria en términos del art.13 RDL. Ello implica que para la regulación de esta materia haya que acudir al convenio colectivo en cuestión o, en su defecto, al ATD. En definitiva, será la negociación colectiva quien establezca los límites cuantitativos y temporales para alterar este derecho, respetando siempre las normas de derecho necesario del tiempo de trabajo del ET.

Si nada se prevé en el ATD o en el convenio colectivo, se produce un problema interpretativo que no es resuelto por el RDL 28/2020, pero sí por la doctrina, quienes consideran que la persona teletrabajadora tendría derecho predeterminado legalmente a un horario flexible.⁶⁷

Por último, debe señalarse que la intensidad de esta flexibilidad horaria variará según la modalidad concreta de teletrabajo. En el caso del teletrabajo on-line o interactivo, que se permite fácilmente una organización de la jornada bajo la forma el horario flexible, pudiendo identificarse esta flexibilidad en los supuestos en que se ejerce un control telemático de la prestación con las modalidades de horario “fijo variable”. Mientras que, en el teletrabajo no interactivo, la flexibilidad será más intensa, sin embargo, es preferible analizar cada caso concreto.

6. LA TELEDISPONIBILIDAD.

Partimos de que el teletrabajador presta sus servicios fuera del centro de empresa, en el domicilio o lugar elegido por este, que puede ser localizado en cualquier momento mediante los medios de telecomunicación existentes (teléfono móvil, portátil). Por tanto, es en el teletrabajo donde existe un mayor riesgo de distorsión.

⁶⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 82-83.

La teledisponibilidad es definida por la doctrina como “un tiempo dependiente o subordinado sin ocupación efectiva, en el que el trabajador no sólo tiene limitada su libertad de acción y de movimiento, sino también la realización de otra actividad lucrativa fuera del horario habitual”. De acuerdo con la jurisprudencia del TS la calificación de teledisponibilidad no ha de realizarse en función del lugar de la puesta a disposición, sino de la mayor o menor restricción que ésta pueda suponer para la libertad del teletrabajador.

Como bien señala Thibault Aranda⁶⁸, “*la flexibilidad horaria que caracteriza a muchos supuestos de teletrabajo no debe, sin embargo, confundirse con una puesta a disposición del empresario casi permanente*”. Ahora bien, aunque las personas teletrabajadores disponen de flexibilidad horaria, deben respetar un horario de disponibilidad obligatoria e incluirlo como cláusula dentro del acuerdo de trabajo a distancia en términos del art.7 c) RDL.

Ello le permitirá organizar su tiempo de trabajo favoreciendo de esta manera la conciliación de la vida laboral con la personal o familiar y a salvaguardar la seguridad y salud de los trabajadores en términos del art.40 CE. En este sentido, el control al registro horario va a permitir como ya establecía la Directiva 89/391/CE el respeto al derecho de descanso para así garantizar ambos derechos. Esta cuestión es de vital importancia en el teletrabajo.

En este sentido, la doctrina⁶⁹ destaca lo siguiente: “*Si las situaciones de teledisponibilidad y el empleo de estos medios modernos de comunicación no afectan en principio a la intimidad de la vida privada, sí pueden afectar a la libertad de la vida privada. La puesta a disposición fuera del horario de trabajo normal habría de tener, a la par que la limitación del trabajo extraordinario, carácter excepcional.*”.

La doctrina en efecto se ha planteado la problemática que gira en torno a no considerar como trabajo efectivo ni como periodo de descanso el tiempo de disponibilidad. La D. 2003/88/CE define tiempo de trabajo como “todo periodo durante el cual el trabajador permanece en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones”, y el periodo de descanso como “todo aquél que no sea

⁶⁸ THIBAUT ARANDA, J. (2000). *Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Colección Estudios, op.cit., p.92.

⁶⁹ THIBAUT ARANDA, J. (2000). *Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Colección Estudios, op.cit., pp.95-96.

tiempo de trabajo”. A partir de esta definición de tiempo de trabajo, la doctrina ⁷⁰ entiende que cabe incluir el tiempo de trabajo efectivo como el tiempo a disposición del empresario.

Tal parece ser, por otra parte, la orientación de la Directiva 93/104 de 23 de diciembre pues define el tiempo de trabajo no solo como el periodo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador, sino que además exige que permanezca en el trabajo y en el ejercicio de su actividad realizando las funciones propias.

A esto en el teletrabajo hay que asimilarlo a la presencia en el lugar pactado en el acuerdo de trabajo a distancia donde se haya pactado el desarrollo de la actividad art.7 d) RDL que, dependiendo del tipo de teletrabajo coincidirá con el ámbito en que el trabajador desarrolla su vida privada que no permita disponer al trabajador libremente de su tiempo, pues la simple disponibilidad como hemos dicho ante no debe tener consideración de trabajo efectivo. La puesta a disposición del teletrabajador susceptible de emplearse para fines estrictamente privados no habrá de considerarse por consiguiente tiempo de trabajo efectivo sino una mera obligación accesoria de carácter negativo.

Multitud de sentencias, entre ellas, la STJCE 3 de octubre de 2000 o STJCE 9 de septiembre de 2003, ponen de manifiesto que períodos de presencia física en el centro de trabajo, o el de guardia son de trabajo. No obstante, en estos casos hay que diferenciar dos situaciones:

- La de localización, en la que el trabajador no está en el centro de trabajo, ni realiza actividad alguna, pero tiene que estar de alguna manera localizable para su empleador por si son necesarios sus servicios. Entre otras, STS 10 de marzo. Aquí, no hay prestación efectiva de trabajo, salvo que el trabajador sea requerido, en cuyo caso las horas que realice serán jornada efectiva y, en su caso, horas extraordinarias; *“la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias”*. ⁷¹

⁷⁰ En este sentido THIBAUT ARANDA, J. (2000). *Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Colección Estudios pp. 88-96.

⁷¹ En el mismo sentido, SSTs de 30 de junio de 1994, 22 de julio de 1996; SSTSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2003, y de la Rioja de 3 de febrero de 2005.

- La segunda hace referencia a las situaciones de guardia que requieren presencia física del trabajador en el centro de trabajo y/o en el lugar decidido por el empleador, que deben estimarse horas de trabajo efectivo, así como horas extraordinarias las que comprendan fuera de la jornada laboral ordinaria. Las horas de guardia o localización también son posibles en el trabajo a distancia⁷² y su calificación como tiempo de trabajo o de descanso dependerá básicamente del tiempo de respuesta del trabajador y de hasta qué punto puede disponer libremente de ese tiempo de guardia para ocupaciones personales o familiares, atendiendo a los criterios recogidos por la STS 18 junio 2020.

La problemática de mayor o menor intensidad de disponibilidad dependerá de la regulación de los convenios colectivos, pues nada se dice en la nueva normativa de trabajo a distancia. Algunos autores entienden que la forma de actuar es examinando cada caso concreto en función de su negociación colectiva, otros como Sierra Benítez proponen una *“regulación ad hoc que contemple la regulación y especialidades de la jornada en el teletrabajo prestando un desarrollo reglamentario análogo al RD 1661/1995 y con las formalidades y garantías del art. 34.7 ET”*.⁷³

En este sentido, la Comisión Europea, en contraposición con lo sostenido por el Parlamento Europeo, niega la inclusión del tiempo de disponibilidad en el tiempo de trabajo según la definición de la Directiva 2003/88/CE cuya razón de ser es alcanzar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad en los teletrabajadores.

Autores como Sierra Benítez abogan por una propuesta de regulación partiendo de la idea de que los tiempos de presencia contemplados en el RD 1661/1995 son equiparables a los tiempos de disponibilidad en el teletrabajo, eso sí, no se computarían a efectos de duración máxima de la jornada, por lo tanto, no entrarían en el cómputo del 30% del RDL, ni en el cómputo de horas extraordinarias.

De conformidad con el art. 8.1 del RD 1561/1995, se considera tiempo de presencia *“aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares”*. Esto ocurriría como se ha señalado, en el

⁷² STSJ Madrid 8 julio 2020. Rec. núm. 628/2020.

⁷³ SIERRA BENÍTEZ, M.E. (2011). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de Andalucía, *op. cit.*, pág.194.

teletrabajo interactivo u on-line.⁷⁴ Ciertamente, como se consideró en la STSJ Madrid 30 de septiembre de 1999, “*basta que por parte del trabajador se disponga de un equipo informático suficiente y que el mismo se conecte a Internet, para que pueda realizar sus funciones en su propio domicilio, pero estando en todo momento presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar el trabajo, dar instrucciones, recibir al instante el fruto del mismo, dirigirlo, modificarlo, etc., y todo ello, sin tener físicamente en la sede patronal a la persona que lo realiza...*”.

Por otro lado, autores como Thibault Aranda⁷⁵ considera que no puede tenerse en cuenta el RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo, pues el objeto de su regulación nada tiene que ver con los matices de disponibilidad que caracterizan al teletrabajo. Se trata de puestos de trabajo o más ampliamente actividades en que los periodos de trabajo efectivo van indefectiblemente unidos a tiempos de espera donde el trabajo tiene carácter intermitente dentro del marco horario normal. Por lo tanto, responden a unas especialidades distintas de las que aquí nos referimos.

Cabe recordar que estos períodos de disponibilidad, voluntarios o no, son objeto del establecimiento de un plus por este concepto. Así, si no son voluntarias por razón de la función específica de un puesto de trabajo, deban permanecer localizables y a disposición de la empresa durante un cierto período de tiempo fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

En este sentido, el complemento de disponibilidad no responde a una actividad extraordinaria del trabajador, sino a unas características especiales del puesto de trabajo concreto, que le obligan a la disponibilidad habitual y a constantes alteraciones de los horarios de trabajo, pues su incompatibilidad con la percepción de las horas extraordinarias no permite calificarlo como tal.

Sentado ello, no se puede negar que se está calificando de libre un tiempo que, sin embargo, es en cierto modo un tiempo subordinado donde el teletrabajador se encuentra sujeto a la potestad disciplinaria del empresario.

⁷⁴ En el trabajo no interactivo, la falta de conexión propicia el deber de permanecer localizables y con ello el establecimiento de una disponibilidad casi absoluta.

⁷⁵ THIBAUT ARANDA, J. (2000). *El Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Colección Estudios, Madrid, pp.74-95.

6.1. Estudio del Derecho a la Desconexión Digital.

En íntima conexión con la limitación y control del horario de trabajo, y para garantizar su efectividad, es necesario que se garantice, de forma consecuyente, un derecho al descanso, o mejor dicho el “derecho a la desconexión digital”.

Tal y como se reflexiona por parte de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, si en el pasado, se han tomado medidas para limitar y reducir el número máximo de horas de trabajo, que han ido acompañadas por aumentos de la productividad, en la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores deben encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital.⁷⁶

Sucede que la flexibilidad característica de la persona teletrabajadora puede tener como consecuencia horarios de difícil precisión, mayor autonomía, así como una necesidad de comunicación casi permanente entre empresario y trabajador a fin de eliminar las distancias físicas existentes.

Esto es lo que ha impulsado la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital que, en los países de nuestro entorno comenzó por Francia, a la que siguió Italia y que, en España, se ha materializado en la LOPDGDD y, más recientemente, en el artículo 18 del RDL 28/2020, donde se insiste en su relevancia especial en el caso de los teletrabajadores.

En **Francia**, la asociación “APEC” fue una de las primeras empresas francesas que se interesaron por el impacto de las TIC en su acuerdo sobre la prevención de riesgos psicosociales de 28 de febrero de 2013. En este convenio se advierte sobre los riesgos que conlleva la utilización en exceso de la mensajería electrónica y el fomento de la comunicación verbal, de manera que los correos masivos deben limitarse y se aconseja no enviar un mensaje de carácter profesional entre las 20 y las 8 horas, y los días de fiesta y descanso con el fin de evitar el “estrés digital”.

A partir del mencionado acuerdo, proliferaron numerosos convenios colectivos en relación con este tema, destacando especialmente el Convenio Colectivo francés entre las empresas SYNTEC y CINOV y las organizaciones sindicales FIECE, CFE-CGC y F3C

⁷⁶ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT «Trabajar para un futuro más prometedor», 2019.

suscrito el 1 de abril de 2014. Se incorporó en su artículo 4.8.1 por primera vez la necesidad del trabajador de desconectarse de los dispositivos tecnológicos puestos a su disposición para garantizar que se respeten los tiempos de descanso mínimo obligatorio.

Esta incorporación acordada por los agentes sociales en el mencionado Convenio llevó al legislador francés a reconocer el mencionado derecho en el artículo 2242-8 del Código de Trabajo mediante la Ley n.º 2016-1088, de 8 de agosto de 2016. De esta forma, en todas las empresas francesas existe la obligación de respetar el derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales.

En defecto de acuerdo en la negociación de esta materia⁷⁷, corresponde al empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores elaborar una política de actuación al respecto. Dicho precepto viene a delegar la facultad de implementación y forma de ejecución a la negociación entre la empresa y la representación sindical.

Por lo tanto, en la experiencia francesa se abre un espacio importante para la negociación colectiva, que tendrá la encomienda de precisar el alcance del derecho a la desconexión⁷⁸.

Con posterioridad a la norma francesa, **Italia** llevó a cabo una reforma legal para dar respuesta a la inquietud existente por la desconexión digital como derecho de los trabajadores. Esta reforma es realizada mediante la Legge 22 maggio 2017, núm. 81, relativa a las medidas de tutela del trabajo autónomo y medidas para favorecer una articulación flexible del tiempo y lugar de trabajo por cuenta ajena, por la que se regula el denominado “trabajo ágil” o “Smart working”. Esta modalidad cuyo contenido se encuentra regulado en los artículos 18 y siguientes es definida como una forma de trabajo donde se alterna la presencia física en la empresa con el trabajo a distancia. Se asemeja así al teletrabajo parcial. En concreto, es en el artículo 19 de la señalada Ley, donde de una forma

⁷⁷ A modo de ejemplo, la empresa AXA, influenciada por la regulación francesa, se configura como pionera en esta materia en cuyo Convenio Colectivo señala que: “(...) *Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”.

⁷⁸ MERCADER UGUINA, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y robótica*. Ed. Tirant lo Blanch, pp. 162-165.

clara se reconoce el derecho que tienen estos trabajadores al respeto a su tiempo de descanso y se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos de trabajo que son parte fundamental de esta modalidad de “trabajo ágil”. En puridad, el empresario tiene que garantizar el derecho que ostenta el trabajador a desconectarse en el desempeño de la modalidad contractual del “trabajo ágil”. El “trabajo ágil” parece responder a un *tertium genus*⁷⁹ entre trabajo presencial y a distancia, siendo en esta segunda vertiente, que es cuando la actividad se desempeña desde casa, donde se deberán acordar reglas para desconectar digitalmente del trabajo.

Al igual que Francia, antes de su reconocimiento *ex lege*, Italia ya tenía experiencia aplicativa de la desconexión digital a través de la negociación colectiva. A modo de ejemplo, en el acuerdo suscrito entre la empresa Barilla y los agentes sociales del 2 de marzo del 2015 se establece que durante el desarrollo de la prestación de trabajo en la modalidad de “Smart Working o trabajo ágil” el trabajador deberá estar disponible y localizable en el horario normal de trabajo, mientras que fuera de él se garantizará la desconexión.

En **España**, debe partirse de nuevo de la necesidad de limitar el tiempo de trabajo que ya se previó en el Convenio núm. 1 OIT, y la Directiva 2003/88/CE, que impone a los Estados miembros la obligación de tomar medidas para asegurarse de que la persona trabajadora dispone de un adecuado y efectivo descanso, no siendo suficiente de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria que los empleadores/empresarios garanticen el descanso de los trabajadores, sino que les corresponde tomar un rol activo de vigilancia, no meramente pasivo, de supervisión, seguimiento y control de que dichos descansos son utilizados de manera efectiva.⁸⁰

Por ello, resulta imprescindible distinguir entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. El art.2 de la Directiva 2003/88 CE señala que el tiempo de trabajo es todo periodo durante el cual el trabajador permanece en el trabajo a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o

⁷⁹ TALÉNS VISCONTI, E. (2020). *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*. Ed. Tirant lo Blanch, pág.202.

⁸⁰ STJUE de 7 de noviembre de 2006, C-484/2004, asunto *Commission v. United Kingdom*.

prácticas nacionales.⁸¹ A sensu contrario, el descanso es todo periodo que no es considerado como tiempo de trabajo.

El actual RDL recoge en su artículo 18 el derecho a la desconexión digital remitiéndose para su regulación al contenido del artículo 88 LOPDGDD. Además de ser un derecho del trabajador, se configura también como un deber empresarial *“de garantizar una efectiva desconexión limitando el uso de medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso de la persona teletrabajadora una vez finalizada la jornada diaria de trabajo”*⁸².

En nuestro ordenamiento jurídico no fue hasta finales de 2018⁸³ y siguiendo el modelo francés cuando se reconoció dicho derecho, pero, a pesar de la evidente laguna legal, los tribunales han contribuido a dar respuesta a las particulares circunstancias que se desprenden del uso de las TIC. Ya en 1997, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se pronunció sobre el litigio concerniente entre una empresa y sus trabajadores, a los que obligaba mantener una conexión ininterrumpida en los teléfonos móviles fuera de la jornada de trabajo.

De esta manera, concluye la sentencia que *“se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir comunicaciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento”*.

Debe precisarse que, existían previsiones normativas que avalaban, si bien de forma muy genérica, el derecho del trabajador a desconectar de sus obligaciones laborales fuera de su horario de trabajo en materia de protección eficaz de la seguridad y salud como los artículos 19 del ET y 14 de la LPRL y el art.34 ET en materia de jornada de trabajo. Su específico reconocimiento no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2018. Se regula en el art. 88 de la LO 3/2018, y según la Disposición Final Primera de la misma, tiene carácter

⁸¹ En definitiva, para hallar el concepto de tiempo de trabajo debe acudir a la legislación nacional de cada Estado Miembro.

⁸² POQUET CATALÁ, R. (2020). *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Ed. Aranzadi, *op.cit.* p.91.

⁸³ Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

de Ley ordinaria, pese a estar contenido en el articulado de una Ley Orgánica. Por lo tanto, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, no se ha considerado que afecte a un derecho fundamental⁸⁴. Es un derecho novedoso es nuestra normativa. No figura una definición tasada sobre su significado, pero su finalidad consiste en evitar que el trabajador esté disponible o conectado a los dispositivos digitales fuera de su jornada laboral.

Esto que ahora es frecuente en la práctica laboral, antes de la proliferación del teletrabajo no era un problema real. Ocurre así por la facilidad que tiene el empresario que, a través de las nuevas tecnologías contacte con los trabajadores para hacerles llegar instrucciones o imprevistos.

El RDL 28/2020 contiene en su artículo 18 el derecho de los teletrabajadores a la desconexión digital. En los dos apartados en los que se divide el precepto básicamente, dice lo mismo que el artículo 88 LOPD⁸⁵, pues ya en su apartado primero se remite al mencionado artículo. La diferencia radica en que la desconexión digital en el teletrabajo se formula como un “deber empresarial”, novedad introducida en el RDL con respecto al derecho a la desconexión digital de los trabajadores en la LOPD. Se refuerza la protección en el ámbito del teletrabajo pues el foco de atención cambia los empleadores y no tanto al trabajador, que son en última instancia responsables de las comunicaciones digitales extemporales. Ocurre así porque el legislador asume como punto de partida de que en el trabajo a distancia/teletrabajo la incidencia de la comunicación empresarial vía online y el riesgo de fatiga informática es mayor. Por tanto, conviene estipular que este “deber empresarial” limita al empleador durante los descansos y fuera de la jornada laboral.

Además del derecho del empleado a distancia a no responder llamadas o emails fuera del horario laboral, el artículo 18.2 del Real Decreto-ley 28/2020, al igual que hizo el artículo 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018, introduce la obligación del empresario de elaborar una política interna de desconexión digital en particular a los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado, 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.

⁸⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2019). *Protección de la intimidad del trabajador frente a los dispositivos digitales*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 222, pp. 31-76.

⁸⁵ THIBAUT ARANDA, J. (2020). *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, p. 8-10.

La referencia especial de la norma al trabajo a distancia en el que se incluye el teletrabajo configura la dificultad de establecer una diferencia clara entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso⁸⁶. Pues bien, la norma se limita a indicar que concretará las modalidades de ejercicio de este derecho y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas. En el proceso de elaboración de dicha política, se requiere la consulta previa pero no vinculante de los representantes de los trabajadores.

En palabras del TEDH “*las instrucciones del empresario no pueden reducir a cero la **vida social privada***”⁸⁷. Así, es nula cualquier cláusula contractual por la que la persona trabajadora se compromete a facilitar a la empresa su número de teléfono móvil y dirección de correo electrónico a efectos de notificarle cualquier tipo de comunicación relativa al contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo fuera de las horas de trabajo.⁸⁸

El RDL vuelve a hacer un llamamiento a la negociación colectiva, al igual que ocurre en la LOGPDD a la hora de limitar el ejercicio del derecho. Concretamente, la norma especifica que “*los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del 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*”.

De esta manera, es imprescindible antes de iniciar la relación laboral dejar medianamente claro al trabajador cuál será el alcance de este derecho según lo pactado en la negociación colectiva y si no existiera convenio, a través del acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

La doctrina⁸⁹ en este último punto es crítica. Sostiene que hubiera sido deseable atribuir este derecho a los Delegados de Prevención de Riesgos Laborales y al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo con el propósito de integrar el riesgo de fatiga informática en los documentos específicos de evaluación de riesgos, plan y planificación de la actividad

⁸⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTOBAL RONCERO, R. (2017). *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica*. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Madrid. p. 334.

⁸⁷ STEDH de 12 de enero de 2016, asunto Barbulescu v. Rumanía.

⁸⁸ STS 21 de septiembre de 2015. Rec. núm. 259/2014.

⁸⁹ BELÉN MUÑOZ RUIZ, A. (2020). *El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo*. Revista Doctrinal Aranzadi; En el mismo sentido GÓMEZ ABELLEIRA, F.J (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant lo Blanch.

preventiva establecido en el artículo 16 LPRL y en los deberes de información y formación a los trabajadores sobre riesgos laborales enunciados en los artículos 18 y 19 de la misma.

Asimismo, realiza una crítica en general del modo en que se ha configurado este derecho en el sentido de que la prohibición de enviar notificaciones y mensajes de contenido laboral fuera de la jornada de trabajo y, en general, durante el tiempo de descanso de los empleados hubiera sido preferible que venga acompañada de una serie de garantías, en concreto, una previsión en la LISOS y la LPRL. Si la trasgresión del mencionado art.18 por parte del empresario se hubiera configurado en la LISOS en clave de sanción, permitiría intervenir a la Inspección de Trabajo con plena garantía de éxito, quien puede efectuar un simple requerimiento a la empresa o iniciar el procedimiento sancionador mencionado en el art.1.2 LISOS.⁹⁰ Si bien en el art.7.5 LISOS se prevé como infracción grave “*la trasgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los arts. 12, 23, y 34 a 38 del Estatuto de Trabajadores*”, no hace mención expresa a la desconexión digital y a los preceptos que la regulan. Por esta razón, se obliga a los órganos judiciales a decidir sobre su posible incardinación en otra serie de preceptos de la LISOS.

A pesar de que la negociación colectiva desempeña un papel fundamental en la nueva regulación de trabajo a distancia, incluso la DA primera permite ampliar su alcance, la desconexión digital es de derecho necesario e indisponible, tanto para la autonomía colectiva como para la individual.⁹¹ Claro está que al convenio le corresponde su desarrollo, no su reconocimiento, ya que esta función es desempeñada por la ley⁹².

El papel que el convenio colectivo puede desempeñar en esta materia es relevante, ante el riesgo de alargamiento de la jornada en el trabajo a distancia y la realización del denominado teletrabajo invisible.⁹³ Por otro lado, la norma no hace remisión expresa al acuerdo individual de trabajo a distancia para una posible regulación de estas precauciones

⁹⁰ TALÉNS VISCONTI, E. (2021). *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*. Ed. Tirant lo Blanch.

⁹¹ CAIRÓS BARRETO, D. (2021). *El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho pp.9-12.

⁹² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2019). “*Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador*”. Revista Trabajo y Derecho, núm. 59, pp. 9-13.

⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2018). *El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo*. Ministerio de Trabajo, *op. cit.*, p. 116.

adicionales, pero probablemente pueda entenderse que, siempre que sean acuerdos más garantistas y que no conculquen el contenido del derecho, nada impide que se introduzcan menciones expresas en el acuerdo individual.

Se construye con la máxima amplitud o alcance convencional, pues la DA primera termina su heterogénea regulación disponiendo que los convenios o acuerdos colectivos pueden introducir posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.⁹⁴ De esta manera, es posible modular el derecho a la desconexión.

Estos ajustes dependerán de circunstancias especiales y excepcionales que ocurren durante el desarrollo de las actividades productiva, y tienen evidentes similitudes con los conceptos legales de fuerza mayor o caso fortuito. Dadas estas circunstancias, lo más garantista para la protección del trabajador será enumerar previamente en el convenio colectivo esas causas susceptibles de modificación del derecho, en qué consisten, su límite temporal y compensación.

Entre las iniciativas corporativas más recientes en España, resulta relevante el Acuerdo en materia de derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras firmado entre UGT y CC.OO junto con la Dirección del Grupo mercantil Telefónica. Dicho Acuerdo a su vez, se incorpora en el Anexo XIII del II Convenio Colectivo de Empresas Vinculadas 2019-2021 Telefónica España, S.A.U. Entre las medidas incorporadas, se garantiza el derecho a no responder ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, whatsapp, teléfono, etc.), una vez finalizada su jornada laboral⁹⁵, salvo fuerza mayor o riesgo de grave perjuicio para la empresa.

En definitiva, la regulación debe garantizar que se haga efectivo el derecho a la desconexión digital. Para ello, la empresa deberá concretar su alcance, así como garantizar el derecho al descanso entre sus trabajadores, impartir programas de sensibilización de las TIC amén de prevenir riesgos laborales, y elaboración de un plan de prohibición de determinadas actividades fuera de su tiempo de trabajo.

⁹⁴ CAIRÓS BARRETO, D. (2021). *El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia*. Revista Trabajo y Derecho, pp.15-24.

⁹⁵ II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU.

7. EL REGISTRO HORARIO EN EL TELETRABAJO.

7.1 Registro de jornada en el teletrabajo.

La implantación del sistema de registro del horario deberá acompañarse de una guía de uso que la empresa facilitará a todas las personas trabajadoras, así como del establecimiento de medidas que garanticen el derecho a la desconexión digital. Ya lo estableció la STJUE de 14 de mayo de 2019 según la cual *“sin un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, nada garantiza, ..., que se asegure plenamente a los trabajadores el respeto efectivo del derecho a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos mínimos de descanso ..., puesto que ese respeto queda en manos del empresario”*.

El ET regula todo lo relacionado con el tiempo de trabajo en sus artículos 34 y ss - además, del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo- si bien no recoge una definición de qué se considera tiempo de trabajo limitándose a reconocer en el art.34.5 ET que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Hay que acudir a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo cuyo artículo 2 define el tiempo de trabajo como *“todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, ...”* por otro lado, en el ámbito de la UE es de destacar también la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo que recogen la protección del tiempo de trabajo para los jóvenes.

Un tema polémico es cómo se registran las horas en el teletrabajo, es decir, el Derecho al registro horario adecuado. Pues bien, a partir del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, se introduce la obligación del empresario de controlar la jornada ordinaria de los trabajadores a través de un sistema de registro que recoge la hora de entrada y salida, una obligación de registro que, ni mucho menos, resulta incompatible con la flexibilidad horaria que a menudo caracteriza ⁹⁶ el teletrabajo. Como respuesta a esta obligación legal se añade el art.34.9 ET para el control del registro horario. Disposición legal de obligatorio cumplimiento por parte del empresario hacia todos sus trabajadores,

⁹⁶ THIBAUT ARANDA, J. (2020). *Teletrabajo: registro horario y accidentes en el hogar*. Disponible en web: <https://elderecho.com>

incluidos los teletrabajadores en régimen de dependencia y subordinación amén del artículo 1 ET.⁹⁷

La nueva regulación, en consonancia con lo indicado anteriormente, el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, en aplicación del **principio de igualdad** (incluso aunque no haya trabajadores presenciales con los que hacer la comparación) se remite en su artículo 14 al contenido del mencionado art.34.9 ET para el control del registro horario de las personas teletrabajadoras. Así, el citado precepto establece que el sistema de registro horario deberá reflejar “fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral”.

Como se ha expuesto anteriormente, el hecho de que el teletrabajo se caracterice por el principio de flexibilidad horaria no extingue la obligación de registro, incluyendo el horario de inicio y fin de la jornada de trabajo. Ello *“no obsta para la aplicación de flexibilidad o de distribución irregular de la jornada, ni constituye impedimento para su continuidad, pues es un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a la conciliación de la vida laboral y familiar.”*⁹⁸ Ahora bien, podrán modificar el horario establecido en el acuerdo de trabajo a distancia, siempre dentro de una franja horaria ya determinada en el mencionado acuerdo y con absoluto respeto al derecho de desconexión digital, así como el marco normativo relacionado con el tiempo de trabajo y descansos y los tiempos de disponibilidad obligatoria establecidos expresamente en el ATD como ha quedado señalado en puntos anteriores.

La persona teletrabajadora tiene además derecho a tener conocimiento de las horas trabajadas, para ello el art.14 RDL establece la obligación de su verificación por parte de la empresa.⁹⁹ Se trata de llevar a cabo un doble control o fiscalización a través de dos vías.

1) Documentar el registro de jornada a través de la negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, por decisión del empresario tras haber consultado a los representantes de los trabajadores para entregar mensualmente a los trabajadores, representantes de los trabajadores y, en los mismos términos, se facilitará a los Delegados Sindicales, en el ámbito de su representación, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 y 3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; 2) conservarlos durante un

⁹⁷ MAS GARCÍA, Eva M. (2020). *Teletrabajo: Control y registro horario*. Ed. Aranzadi, pp.6-9.

⁹⁸ POQUET CATALÁ, R. (2020). *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Ed. Aranzadi, *op.cit.* p.87.

⁹⁹ THIBAUT ARANDA, J. (2020). “Teletrabajo: registro horario y accidentes en el hogar”.

periodo de 4 años a disposición de los trabajadores, los representantes legales y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El incumplimiento del registro de jornada como ahora se analizará jurisprudencialmente constituye una infracción administrativa calificada como grave en el art.7.5 LISOS. La cuestión ahora planteada es ¿esta previsión legal se ha cumplido durante el confinamiento a consecuencia del COVID-19?

Durante el confinamiento obligatorio el trabajo a distancia se configuró como carácter preferente, por ello numerosas empresas tuvieron que adoptar por primera vez este modo de organización, por lo que carecían de un sistema de control telemático y a mayores porque la obligación del empresario a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas constituye un derecho novedoso, pues el art.13 tras la reforma operada por la Ley 3/2012 guardaba silencio sobre esta materia a pesar de que el AMET¹⁰⁰ se pronunció sobre ello. Este problema puede ser solventado por el hecho que sea “*el trabajador quién declare diariamente y mediante una aplicación informática y excepcionalmente mediante hojas escritas el tiempo diario efectivamente trabajado*”,¹⁰¹ máxime si la regla por defecto en el teletrabajo es el disfrute de flexibilidad horaria.¹⁰²

Por lo que se refiere a pronunciamientos judiciales en relación con las personas teletrabajadoras, únicamente contamos con una sentencia que además de versar sobre horas extraordinarias, es anterior a la nueva regulación. Es la STSJ Sala de lo Social de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016. La doctrina la señala como pionera en clarificar las bases del control de la jornada en el teletrabajo y cuyos argumentos se ven reflejados en el derecho recogido en el RDL 28/2020. Bien, en este asunto la empresa no abonó las horas extraordinarias realizadas por el trabajador alegando que en base al art.18 CE el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad y como tal no puede efectuarse control alguno sobre el trabajador, de manera que si realiza horas extraordinarias es exclusiva decisión y responsabilidad del trabajador, que no puede repercutir

¹⁰⁰ Según el AMET “*por lo general, el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo. El empresario ha de hacerse cargo, con arreglo a la legislación nacional y a los convenios colectivos, de los costes derivados de la pérdida o el deterioro de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador.*”

¹⁰¹ SAN (Sala de lo Social) 9 de diciembre 2020. Rec. 218/2020.

¹⁰² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2020).*La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant Lo Blanch.

económicamente sobre la empresa exigiendo su pago. El TSJ rechaza este argumento por lo siguiente:

“a) El tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo; b) El control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que debe igualmente registrar la jornada del trabajador día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente (artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores).”

Bien al contrario, ha de ser la propia empresa la que debe establecer las políticas de control sobre el trabajador, sea un trabajador presencial o un teletrabajador. Tampoco tienen acogida favorable por el tribunal los argumentos empresariales que se decantan por la plena libertad de organización y autonomía del trabajador desde su domicilio y hacen imposible la generación de horas extraordinarias.

“solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control no puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio.”

Partiendo de la referida sentencia sobre **horas extraordinarias**¹⁰³, resulta necesario hacer una mención sobre su registro, diferente pero compatible como afirma R. POQUET CATALÁ con el registro de horas ordinarias. Esto significa que dentro del registro diario se incluyan las horas extraordinarias que, en palabras de Thibault Aranda *permite evitar aquello que algunos consideran uno de los abusos laborales del teletrabajo: la no remuneración de un trabajo*

¹⁰³ El teletrabajador ante la falta de registro, dispone la STSJ de Castilla y León 9/06/2017 *“ha de presentarse un panorama indiciario suficiente de la realización de excesos de jornada que permitan una mínima cuantificación, en cuyo caso y frente a la prueba de tales excesos, no podría desestimarse la demanda por la falta de concreta cuantificación de las horas extraordinarias realizadas, puesto que es el empresario el que, cumpliendo con sus deberes legales, puede aportar dicha cuantificación”*.

*efectivo*¹⁰⁴. Un sector doctrinal opina que únicamente el teletrabajo on line o interactivo se adecua al cumplimiento de dicho registro por la existencia de una jornada preestablecida, y por lo tanto la modalidad off line o no interactiva no garantizaría a priori el cómputo de las horas extraordinarias pues la gestión del tiempo de trabajo es imputable exclusivamente al trabajador.

Cierto es que la deslocalización característica del teletrabajo no es incompatible con el instituto de las horas extraordinarias. Como ocurre con el trabajador interno, el exceso del teletrabajador no voluntario del tiempo de trabajo se considerará como horas extraordinarias, exceso que será constatado a través del mecanismo de registro horario implantado por el convenio colectivo. No obstante, las horas extraordinarias prácticamente no existen, porque vienen a ser sustituidas por los tiempos de disponibilidad que, además, suelen tener una retribución inferior a la hora ordinaria de trabajo o como se ha señalado en el punto 3 en la mayoría de ocasiones no son ni consideradas como tiempo de trabajo efectivo.

Sin embargo, la importancia del registro de horas extraordinarias efectuadas por el trabajador quedó evidenciada en el Convenio de la OIT núm. 1 de 1919 además del Convenio núm. 30 dedicado también al tiempo de trabajo donde se prevé el deber de un registro a efectos de la inscripción de horas extraordinarias.

Como ya se ha puesto de manifiesto, si la regla general es la obligatoriedad del registro diario de la jornada para todos los trabajadores, existen unas excepciones a esta regla general en las que no se obliga al registro de la jornada y son las siguientes, entre ellas, las relaciones laborales de carácter especial atendiendo al RD 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales. Si el teletrabajador en lugar de estar sometido a un estatuto común es una relación de carácter especial, no estará sujeto a registro de jornada.

7.2 El papel de la negociación colectiva en los mecanismos de control de jornada

En cuanto a la **forma** de llevar a cabo el control y registro de la jornada, el art.14 RDL 28/2020 también hace una llamada a la negociación colectiva sobre concretar el sistema específico. Es lógico que puedan existir diferentes tipos de registro en función de

¹⁰⁴ THIBAULT ARANDA, J. (2002). *Teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*. Colección Estudios, *op.cit.*, p.98.

las características del puesto de trabajo desempeñado,¹⁰⁵ pero se requiere como mínimo, tal y como exige el art.14 RDL que quede constancia de la hora de inicio y de finalización de la jornada. Ello teniendo en cuenta los problemas que se plantean pues prima la flexibilidad horaria ex art.13 RDL.

Esta cuestión es de especial importancia más aún en el teletrabajo, pues por primera vez, una prestación de servicios que se desarrolla fuera de los locales de la empresa, puede ser controlada como si la persona trabajadora estuviera en los mismos. De ahí la posible confrontación entre el derecho del empresario a ejercer el poder directivo y de control de la actividad del trabajador y el de éste a su intimidad y vida privada, llegando incluso a ejercer una vigilancia superior a la realizada en el trabajo presencial.

En este sentido, *“parece de fácil comprensión que es en este nivel donde se encuentra la principal dificultad en el teletrabajo pues es necesario conciliar la necesidad que tiene el empresario de saber si efectivamente se ha trabajado para él y en qué medida con la libertad individual del trabajador”*.¹⁰⁶

Ante todo, la empresa consultará previamente a los representantes de los trabajadores tal y como exige el art. 34.9 ET y garantizará los derechos reconocidos en la Directiva 2003/88 y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Coincido con Mella Méndez en que tales mecanismos del control de la jornada *“deben compatibilizarse con la prohibición de utilizar los instrumentos informáticos para efectuar el control (intencionado) sobre el trabajador no justificado en necesidades organizativas ni de la producción”*.¹⁰⁷

A diferencia del Ordenamiento Jurídico Italiano¹⁰⁸ que autoriza el control a distancia únicamente cuando concurren causas organizativas, productivas y de seguridad laboral o por estipulación mediante convenio colectivo que en defecto de éste será sustituido por autorización de la Inspección de Trabajo, en el Estatuto de Trabajadores se permite al empresario a través del art.20.3 ET la adopción de *“las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales,*

¹⁰⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2020). *“Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación”*. Ed. Wolters Kluwer : La Ley

¹⁰⁶ THIBAUT ARANDA, J. (2000). *El Teletrabajo: Análisis jurídico-laboral*. Colección Estudios, *op.cit.* p.123.

¹⁰⁷ MELLA MÉNDEZ, L. (1998). *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*. Revista Doctrinal Aranzadi, *op.cit.*, pp. 641-666.

¹⁰⁸ Statuto dei lavoratori Art. 4. Impianti audiovisivi.

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”.

Así a modo de ejemplo, en el Convenio colectivo para las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro, se establece la prohibición de descargar el registro de jornada en ningún dispositivo que no sea propiedad de la empresa, salvo autorización de la empresa y aceptación de la persona trabajadora. Aquí, cabe recordar que la obligación del empresario de dotar de medios a sus trabajadores se ha configurado tras la entrada en vigor del RDL, por lo que, las empresas que aún no apliquen la nueva regulación no tienen esta obligación.

Asimismo, de acuerdo con la previsión del art.17.2 la empresa no puede exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos (se entiende que se refiere a dispositivos digitales en términos del art.87 LOPDD) propiedad de la persona trabajadora, ni en general su utilización para el desarrollo de la actividad laboral encomendada. En este sentido ha habido pronunciamientos judiciales que avalan esta postura como la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2019.¹⁰⁹

El control del tiempo de trabajo puede llevarse a cabo mediante una multitud de medios vinculados a los avances de las TIC, de entre los que destacaremos los siguientes:

-Teléfono móvil: Para ello, la empresa podrá utilizar como medida la observación del registro de llamadas¹¹⁰ telefónicas realizadas por la persona teletrabajadora desde el teléfono empresarial, sin efectuar control alguno sobre el contenido de las mismas a fin de no vulnerar el art.18 CE sobre el secreto de las comunicaciones. De esta manera, el empresario o empleador podrá averiguar si durante el tiempo de trabajo ha existido conversaciones privadas y su duración.

La jurisprudencia requiere que antes de que se tomen medidas disciplinarias contra los trabajadores que utilizan el teléfono con fines particulares, se debe emitir una advertencia anticipada para que el despido a causa de omisión de la misma pueda calificarse válidamente como un despido procedente. (STSJ Madrid, 15 de septiembre de 2011). No

¹⁰⁹ SAN de 6 de febrero de 2019: *“Consideramos que la exigencia de la aportación de un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo en los términos efectuados supone un manifiesto abuso de derecho empresarial, ya que además de quebrar con la necesaria ajenidad en los medios que caracteriza la nota de ajenidad del contrato de trabajo (art. 1.1 ET) y desplazando el deber empresarial de proporcionar ocupación efectiva del trabajador (arts. 4.2 a) y 30 E.T) a éste al que se responsabiliza de los medios...”.*

¹¹⁰ En contra, STEDH de 2 de agosto de 1984 y STC 34/1996, de 11 de marzo.

obstante, al no mediar advertencia empresarial con carácter previo, la jurisprudencia entiende que la persona trabajadora no tenía conocimiento del alcance de su utilización, por lo que un despido en estas condiciones sería improcedente con las consecuencias que ello conlleva amén del art.56 ET.

-Cámaras de seguridad: No se prohíbe la instalación de cámaras de video y audio, de hecho, el art.89 LOPDGDD prevé expresamente esta posibilidad en conexión con el art.20.3 ET, siempre que se cumpla con el requisito de información previa¹¹¹ sobre la política interna en cumplimiento del art.17.3 ET sobre su utilización como mecanismo de control -en este caso, control de la jornada-.

Excepcionalmente la videovigilancia puede recaer incluso fuera del tiempo de trabajo del teletrabajador a consecuencia de transgresión de la buena fe contractual.¹¹² De acuerdo con la doctrina jurisprudencial para que la videovigilancia sea proporcional ha de realizarse en el lugar donde se desarrolle el ejercicio regular de los poderes de vigilancia y control empresarial. En consecuencia, en el teletrabajo la cámara de seguridad deberá instalarse únicamente en el lugar establecido para el desarrollo de la actividad laboral en el ATD en cuestión, diferenciándolo así del resto de la vivienda. En último lugar, deberán ser desconectadas una vez finalizada la actividad laboral.

Como toda medida de control ha de respetar el triple juicio de proporcionalidad¹¹³, pero se considera lícita la vigilancia llevada a cabo sin informar con carácter previo al trabajador si existen sospechas de una conducta irregular.

-Geolocalización: Aunque en el teletrabajo realizado en el domicilio de la persona teletrabajadora quizá no tenga mucho sentido su instalación, sí podría hacerse en el caso de teletrabajadores nómadas o móviles. Este control *“no puede alcanzar más que a los extremos que guarden directa relación con el trabajo”*¹¹⁴.

En realidad, el GPS no proporciona datos íntimos, pero sí datos protegibles de acuerdo con la LOPDGDD en tanto que identifican la posición geográfica de la persona trabajadora. Para poder obtener estos datos la empresa tiene que haber informado con carácter previo sobre su existencia y alcance.

¹¹¹ STEDH de 9 de enero de 2018, asunto López Ribalta y otras v. España.

¹¹² STSJ Madrid, de 1 de julio de 1994, rec. núm. 6001/1993.

¹¹³ A modo de ejemplo, entre otras, STSJ Cataluña de 5 de octubre de 2017.

¹¹⁴ STS de 27 de febrero de 2018. Rec. 226/2018.

Además, como señala la jurisprudencia cuando finaliza *“la jornada laboral o acaba el tiempo de trabajo dichas facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la demandada para imponer las medidas implantadas de captación y tratamiento de datos. A partir de ese momento es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS (...)”*¹¹⁵.

La doctrina mayoritaria defiende estos mecanismos argumentando que, de negarse su utilidad, se produciría una mayor confusión entre el espacio de dedicación laboral y la esfera personal del teletrabajador. Al respecto, debe reconocerse que se trata de evitar que el tiempo de trabajo invada el tiempo de descanso esencial de los trabajadores, y su esfera familiar y personal¹¹⁶.

Si bien, existe un sector doctrinal¹¹⁷, entre otros Alarcón Caracuel, M.R., que sostiene que un sistema de registro diario contrasta con el principio de flexibilidad que el teletrabajo permite en cuanto a la jornada. De hecho, las nuevas corrientes¹¹⁸ abogan por no basar el control de la actividad laboral en el horario en sentido estricto, sino en la consecución de resultados y objetivos marcados por la empresa. A pesar de ello, el RDL no se adapta a las nuevas formas de organización donde la relación espacio/tiempo se desdibuja como el “Smart working” o el “Net working”.

8. LA CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD EN EL TELETRABAJO.

El teletrabajo se ha presentado desde sus orígenes como una ventaja para el trabajador en aras de compaginar la vida familiar con el trabajo. Ya la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral describía al teletrabajo como

¹¹⁵ STSJ Asturias, de 27 de diciembre de 2017. Rec. 2241/2017.

¹¹⁶ MAS GARCÍA, Eva M. (2020). *“Teletrabajo: Control y registro horario”*. Ed. Aranzadi.

¹¹⁷ Así, AGUILERA IZQUIERDO, R; CRISTOBAL RONCERO, R. (2017). *“Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”*. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Madrid. p. 333.

¹¹⁸ También, se defendía esta postura con anterioridad, por ejemplo, para SIERRA BENÍTEZ (2010), *“lo verdaderamente relevante es la libertad de autoorganización del teletrabajador y la exclusión de la regulación laboral común del tiempo de trabajo”*.

una particular forma de organización del trabajo que, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementa las oportunidades de empleo y optimiza la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar.

Además, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación introdujo un nuevo régimen jurídico de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral: el derecho a solicitar la prestación en la modalidad de trabajo a distancia, incluido como modalidad de la misma el teletrabajo.

En el ámbito europeo, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores, contempla al teletrabajo como una “fórmula expresa de trabajo flexible” que garantiza a las personas trabajadoras alcanzar la ansiada conciliación a través de la flexibilidad en el tiempo de trabajo que ofrece.

En nuestro ordenamiento jurídico, el último texto normativo se trata del RDL 6/2019, por el cual además de modificar la LO 3/2007 se modifica el art.34.8 ET donde se reconoce a las personas trabajadoras organizar el tiempo de trabajo para satisfacer necesidades de conciliación familiar y laboral, incluida la forma de prestación como el trabajo a distancia sin que tengan que renunciar a parte de su salario.

Hasta su modificación, el derecho a la conciliación estaba limitado a lo establecido en la negociación colectiva ahora está limitado únicamente por el principio de proporcionalidad y por razones organizativas o productivas de la empresa.

No hay duda de que, partiendo del principio de igualdad de trato, el contenido del art.34.8 ET se aplica sin matización alguna al trabajador a distancia, de manera que, como ocurre con cualquier otro trabajador, puede solicitar adaptaciones de jornada o un incremento del porcentaje dedicado al trabajo a distancia¹¹⁹, correspondiendo al empresario el deber dar una respuesta razonada a su solicitud.

Ahora bien, hay una excepción al carácter voluntario del ATD. Cuando la solicitud obedezca a necesidades de conciliación familiar y laboral reconocido en el art.34.8 ET. En

¹¹⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Ed. Tirant lo Blanch.

consecuencia, en caso de que se regulen en el convenio colectivo los términos de ejercicio del derecho en cuestión, el empresario tendrá que aceptar de forma automática la petición de la persona trabajadora, siempre que la misma se adecúe al correspondiente convenio. Si nada se ha previsto, no puede denegarla sin justificación alguna ya que tiene que mediar buena fe. En último término, si el empresario no adopta una actitud abierta a la negociación, la persona trabajadora puede acudir al juez quien podrá imponer la medida a la empresa.

Respecto a las medidas en materia de conciliación durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, además de la previsión del art.5, el RDL 8/2020 incorporó también en su articulado el plan MECUIDA, una regulación especial relativa al ejercicio de los derechos de conciliación durante la crisis sanitaria. La D.A Sexta del RDL 11/2021, de 27 de mayo, incluye la prórroga del Plan MECUIDA hasta el 30 de septiembre de 2021. Una vez finalizado, el teletrabajo continuará o no en función de lo pactado con la empresa. Este plan ha adaptado los derechos ya reconocidos en el ET anteriormente mencionados a las circunstancias específicas ocasionadas por el COVID-19 donde también se pasa del trabajo a presencial a trabajo a distancia como medida de conciliación. El trabajo a distancia del plan MECUIDA no es acordado voluntariamente entre las partes, sino que este derecho debe ser “justificado, razonable y proporcionado a las necesidades de la empresa”. Es decir, es necesario la adopción de un acuerdo entre las partes donde en caso de discrepancias, se acudirá al procedimiento establecido en el art.139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

Con toda seguridad, la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo por parte de la persona trabajadora aporta una serie de ventajas íntimamente ligadas con la productividad, la conciliación y con ello la mejora de las condiciones de trabajo.

Sin embargo, como se ha venido advirtiendo, la flexibilidad que caracteriza el teletrabajo también puede reducir la libertad del trabajador, ser causa de aislamiento para el mismo o reforzar las desigualdades existentes en el ámbito laboral¹²⁰. Para evitar que los teletrabajadores puedan llegar a encontrarse en la situación de una puesta a disposición del empleador casi permanente **es necesario garantizar el derecho a la desconexión digital**. El derecho a la desconexión digital persigue en última instancia garantizar un

¹²⁰ RABANAL CARBAJO, P. (2006) “*Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo*”. Revista Asuntos Laborales, Núm. 16, pp. 1906-1927.

tiempo mínimo de descanso en aras a mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo de la OIT considera que entre las cualidades que debe reunir el teletrabajador para que esta modalidad de trabajo se desarrolle con éxito es la capacidad de conciliar la vida familiar y laboral, pues facilitar la conciliación de la vida laboral con las responsabilidades familiares implica mejorar las condiciones del mercado de trabajo.

Resulta inevitable incluir la perspectiva de género del teletrabajo en relación con la conciliación. En la medida en que el trabajo a distancia permite una mayor flexibilidad horaria que el trabajo presencial y, por tanto, una mayor adaptabilidad a las necesidades o exigencias que requiere el cuidado de hijos o familiares dependientes.

El resultado cuando se conjugan todos estos elementos no es positivo para las mujeres trabajadoras pues se convierte en una fuerte atadura al rol social de cuidadora e implica importantes quiebras en la protección de su seguridad y salud, por ello, el art.4.3 RDL 28/2020 recoge el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Las medidas incorporadas en el RDL 6/2019 fueron de especial importancia para la corresponsabilidad. Es por ello que interesa analizar hasta qué punto el RDL 28/2020 incorpora la perspectiva de género en un terreno tan delicado en este aspecto como es el teletrabajo.

Pues bien, si hay algo que llama especialmente la atención es la inexistencia de una suficiente consideración y regulación del teletrabajo desde una perspectiva de género, *“perspectiva que resulta más que imprescindible en esta particular forma de prestación del trabajo”*¹²¹. Únicamente se dedican los siguientes preceptos:

-La DF 3ª RDL que modifica el art.37.8 ET. Se reconoce el derecho a las víctimas de violencia de género a la reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo mediante la aplicación del horario flexible.

-El art. 4 RDL 28/2020 establece una serie de obligaciones, entre ellas, obligación de evitar cualquier discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, obligación de tener en cuenta las características laborales de las personas trabajadoras en el

¹²¹ PUEBLA PINILLA, ANA DE LA (2020). *Trabajo a distancia y teletrabajo una perspectiva de género*. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, pp. 4-11.

diagnóstico empresarial, implementación medidas y planes de igualdad¹²² y, por último, obligación de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual.

-Finalmente, el art. 8.3 RDL 28/2020, encomienda que en el diseño de los mecanismos y criterios por los que la persona trabajadora que desarrolla trabajo presencial pase a desarrollar trabajo a distancia o viceversa aplicando el derecho a la reversibilidad *“se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener 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”*.

No existe ninguna referencia más en el RDL 28/2020 a pesar de que a lo largo de la norma se advierte la preocupación por asegurar que el trabajo a distancia no se convierta en una herramienta para ahondar en sesgos de género y por evitar un retroceso en los avances que se están consiguiendo en la materia. En consecuencia, las medidas incorporadas al texto legal no resultan demasiado efectivas en la consecución de la igualdad.

¹²² En consecuencia, en la elaboración de los planes de igualdad a que se refiere el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, deberá introducirse la variable del trabajo a distancia.

8. CONCLUSIONES

Una vez expuesto el contenido teórico, se puede concluir que el presente trabajo de fin de grado ha cumplido con el objetivo perseguido de establecer las notas configuradoras del teletrabajo tras la entrada en vigor de la nueva normativa, de entre las que destaca el carácter regular por su carácter novedoso en nuestro ordenamiento y haciendo un especial hincapié en el tiempo de trabajo caracterizado por la fuerte flexibilidad de distribución del mismo.

-PRIMERA. Los instrumentos legales que nuestro ordenamiento jurídico disponía presentaban algunas deficiencias a la hora de regular el teletrabajo ya sea porque el AMET al estar constituido por el art.155.3 TFUE carecía de eficacia jurídica normativa o porque el ET no tenía en cuenta sus particularidades. No solo no existía en España una regulación expresa de teletrabajo, sino que hasta la entrada en vigor de la reforma de 2012 no se hizo referencia al teletrabajo como una modalidad de trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las TICs a pesar de que esta forma de prestación de servicios existía desde hace años. Sin embargo, seguía adoleciendo incluso de una definición legal hasta la entrada en vigor del RDL 28/2020 de trabajo a distancia.

Este instrumento normativo se crea en un contexto social marcado por la crisis sanitaria a causa del COVID-19 donde el RDL 8/2020, de 17 de marzo, impuso el carácter preferente del trabajo a distancia como método de contención de los contagios. De ahí que el aumento del porcentaje de personas teletrabajadoras demandara una regulación *ad hoc* que determinara el régimen jurídico de sus singularidades. Bien, con este marcado panorama legislativo y la crisis sanitaria, el Gobierno y agentes sociales plasmaron el RDL 28/2020 que viene a sustituir y derogar el art.13 ET donde se regulaba hasta el momento.

Un Real Decreto criticable en primer lugar, por excluir de su ámbito de aplicación el trabajo a distancia que motivó su creación, es decir, el implantado por la COVID-19, ni a las relaciones de trabajo vigentes y que estuvieran reguladas con anterioridad a su publicación, por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, hasta que pierdan vigencia. Es decir, quedan fuera de su ámbito de aplicación, al menos temporalmente, la inmensa mayoría de los actuales trabajadores a distancia. Lo que lleva a preguntarse entonces si había razones de extraordinaria y urgente necesidad que justifiquen el recurso al Real Decreto-ley.

-SEGUNDA. El objetivo, según se afirma en la Exposición de motivos *es proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma.* Afirmación que cuanto menos llama la atención por un doble motivo. De una parte, porque resulta sorprendente como se establece con anterioridad, que se deje fuera a las relaciones de trabajo implantadas por la contención sanitaria derivada del COVID-19, que son las más numerosas. De otra parte, porque se fija un carácter regular del 30 por ciento de la jornada en un periodo de referencia de 3 meses o el porcentaje proporcional equivalente, lo que excluye el teletrabajo conocido por la doctrina como “ocasional” o “residual”. Además, sigue sin ser objeto de regulación el teletrabajo transnacional a pesar de su continuo auge, perpetuando de esta manera su laguna legal. Por tanto, en ausencia de regulación, si el trabajador quiere prestar sus servicios en un país diferente al del establecimiento principal de la empresa, habrá que acudir a lo dispuesto en la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo entre las partes

En consecuencia, a ambos supuestos les será de aplicación el ET ya que tampoco les queda el refugio del art.13 ET, teniendo prácticamente los mismos derechos consagrados en el RDL 28/2020 salvo la obligación de realizar un ATD con el contenido mínimo previsto en su art.6.

-TERCERA. el trabajo a distancia se configura en el Real Decreto-ley 28/2020 como una opción de organización y ejecución del trabajo compartida por el empresario y el trabajador, es decir, basada en la voluntariedad. En concreto, de acuerdo con el art. 5, «el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora. Además, como ya reconocía reiterada jurisprudencia, STS 11 de abril de 2005, no podrá ser impuesto unilateralmente por el empresario por la vía del art.41 ET *“porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual”*. Lo que significa no sólo que el empresario no puede imponer el trabajo a distancia, sino que tampoco puede suplirse la falta de acuerdo individual por un acuerdo colectivo.

Sin embargo, el derecho a organizar el tiempo de trabajo para satisfacer necesidades de conciliación entre trabajo y familia reconocido en el art.34.8 ET, las víctimas de violencia de género y terrorismo por la modificación introducida en la Disposición Final Tercera RDL 28/2020 del art.37.8 ET y las personas que cursen estudios por la modificación del art.23.1 a) ET se exceptúan del carácter voluntario. En estos casos, siempre que se adecúe al convenio, el empresario tendrá que aceptar de forma automática

la petición de teletrabajo. Y si nada se ha previsto en convenio colectivo tendrá que negociar con el trabajador. Esto significa que no puede denegar la propuesta sin más.

-CUARTA. Tal y como se ha puesto de manifiesto, la mera lectura de esta norma nos lleva a apreciar que la relevancia del papel de la **negociación colectiva** y, en su defecto, de la autonomía individual, en la regulación del trabajo a distancia va a ser indiscutible.

Por lo tanto, el papel de los agentes sociales en el desarrollo práctico y en la implementación a las relaciones de trabajo del contenido del RDL 28/2020 va a resultar absolutamente esencial, teniendo en cuenta que el trabajo a distancia presenta ventajas, pero también inconvenientes que deberán valorarse a la hora de su puesta en práctica en los diferentes sectores de actividad y en las empresas. El desarrollo convencional de la regulación de las relaciones de trabajo del contenido del RDL 28/2020 se postula como el medio más idóneo para ello teniendo en cuenta la flexibilidad inherente al mismo.

Esta llamada generalizada a la negociación colectiva, puede ser una posible fuente de problemas. En primer lugar, porque las continuas y variadas remisiones del RDL 28/2020 a los convenios y acuerdos colectivos para la concreción o la regulación de determinados derechos y obligaciones planteará problemas interpretativos en los casos en que no exista convenio ni acuerdo colectivo y se plantee si el derecho legalmente previsto existe o, por el contrario, necesita del instrumento acordado para poder ser ejercitado. En segundo lugar, porque con anterioridad a la nueva normativa, eran los convenios colectivos los que regulaban el alcance de sus particularidades, por tanto, si la nueva norma se remite constantemente a los mismos cabe cuestionarse el fin perseguido en la Exposición de Motivos de *“llenar el vacío normativo que existe”*.

A mi entender, lo necesario hubiera sido una Directiva en la que utilizando como base el AMET, se establezcan los límites que todos los Estados Miembros deben respetar en relación con el teletrabajo.

-QUINTA. Ha quedado acreditado que el teletrabajo además de responder a las nuevas exigencias en materia de tiempo de trabajo para la empresa, dota de mayor autonomía a la persona trabajadora en la organización de la prestación. Ello como consecuencia no solo de la deslocalización, sino fundamentalmente por la nota

diferenciadora basada en la flexibilidad temporal, la cual ofrece la oportunidad de administrar el trabajo/tiempo libre de una manera más idónea para la conciliación familiar.

El RDL 28/2020 reconoce el derecho a flexibilizar el horario de trabajo, aunque limitado por lo dispuesto en la negociación colectiva pero especialmente en el ATD, de ahí que el precepto se formule como “derecho al horario flexible en los términos del acuerdo”.

Ahora bien, esta nota diferenciadora no solo produce efectos positivos en la persona trabajadora, ya que le acompaña el problema de la “**teledisponibilidad**”, problemática que afecta sobre todo al teletrabajo on-line donde el teletrabajador puede ser localizado en cualquier momento mediante las TIC a fin de eliminar las distancias físicas existentes, por tanto, es en el teletrabajo donde existe un mayor riesgo de una puesta a disposición del empresario casi permanente. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia se han pronunciado sobre la problemática que gira en torno a no considerar como trabajo efectivo el tiempo de disponibilidad, aunque por los pronunciamientos judiciales se está apuntando a un cambio, la problemática se resolverá en la negociación colectiva, pues la nueva normativa no se pronuncia sobre ello a pesar de ser uno de los grandes problemas suscitados para las personas teletrabajadoras.

-SEXTA. Con todo ello, se puede concluir que no necesariamente el teletrabajo equivale a una mayor autonomía en la administración del tiempo de trabajo, ni mucho menos una mayor conciliación familiar y laboral, sino se garantiza el cumplimiento del **derecho a la desconexión digital**. Esto es lo que ha impulsado la necesidad de regular este derecho como bien reflexiona la Organización Internacional del Trabajo que en España, teniendo como precedente a Francia, se ha materializado en la LOPDGDD y más recientemente en el art.18 RDL 28/2020 donde se insiste en su relevancia especial en el caso del teletrabajo y se hace una llamada a la negociación colectiva para que desarrolle y regule este derecho. A pesar de ello, son pocos los convenios colectivos que han desarrollado la desconexión digital.

Aquí, como establece el TJUE sin un sistema de registro que permita computar la jornada laboral realizada por el trabajador nada garantiza que se asegure plenamente el respecto del derecho a la desconexión digital, puesto que ese respeto quedaría en manos del empresario. Según lo indicado el art.14 RDL 28/2020 en aplicación del principio de igualdad se remite en su art.14 al art.34.9 ET para el obligatorio control del registro horario

con independencia de la flexibilidad horaria que caracteriza al teletrabajo y su desarrollo en el domicilio como promulga la STSJ Castilla y León. El modo en que se realiza ese control deviene de lo decidido por la negociación colectiva. Teniendo en cuenta que es en el teletrabajo donde se corre el riesgo de intensificar, con medios tecnológicos diversos el control empresarial, poniendo en cuestión la intimidad del trabajador, incluso en su propio domicilio. Es por ello que el conocimiento previo por el trabajador del mecanismo adoptado, la ponderación de derechos en peligro, y la protección de datos son variables que adquieren especial relevancia en el teletrabajo. Así, la intimidad necesita de una mayor atención legislativa en el ámbito del teletrabajo donde la empresa puede incluso instalar cámaras web en el domicilio del trabajador.

Con todo ello, el derecho a la desconexión digital debe regularse de tal modo que se oriente a hacer efectivo que la persona trabajadora pueda dejar de utilizar los medios tecnológicos sin mantener conexión alguna con la empresa. Para ello, esta última deberá definir completamente el alcance de este derecho, así como impartir programas de sensibilización de las TIC amén de prevenir riesgos laborales, y elaboración de un plan de prohibición de determinadas actividades fuera de su tiempo de trabajo.

Asimismo, la prohibición de enviar notificaciones y mensajes de contenido laboral fuera de la jornada de trabajo y, en general, durante el tiempo de descanso de los empleados hubiera sido preferible que venga acompañada de una serie de garantías, en concreto, una previsión en la LISOS y la LPRL, pues si bien en el art.7.5 LISOS se prevé como infracción grave “la trasgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, no hace mención expresa a la desconexión digital y a los preceptos que la regulan.

-SÉPTIMA. Para finalizar, la doctrina prevé que sea una práctica de trabajo en continua tendencia positiva. Con lo cual, el teletrabajo tiene que dejar de ser visto como una simple herramienta residual de estructura de las empresas, ni tampoco como una herramienta capaz de facilitar la consecución de la conciliación de la vida laboral y familiar de la persona trabajadora, sino que el teletrabajo debe ser analizado como cualquier otra fuente de trabajo, aunque ambos estén interconectados. Sin embargo, se puede concluir que continúa siendo un modo de organización de trabajo que precisa de una regulación más concreta, tanto para adaptarse a la nueva cultura laboral como para garantizar la salvaguarda de los derechos de las personas teletrabajadoras.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1 BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

AGUILERA IZQUIERDO, R. Y CRISTÓBAL RONCERO, R. (2017): *“Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica”*. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Madrid.

CAIRÓS BARRETO, D. (2021): *“El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”*. Revista Trabajo y Derecho.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2019): *“Protección de la intimidad del trabajador frente a los dispositivos digitales”*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 222.

GALA DURÁN, C. (2020): *“La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-ley 28/2020”*. Revista Derecho de las Relaciones Laborales.

GARCÍA GONZÁLEZ, G (2020): *“La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso”*. Revista Trabajo y derecho.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. (2020): *“La nueva regulación del trabajo a distancia.”*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. (2005): *“El teletrabajo (Acuerdo marco de 16 de julio de 2002)”*. La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Unión Europea, MTAS, Madrid, p. 333.

LOUSADA AROCHENA, J.F. (2020): *“El teletrabajo en la legislación de emergencia antipandemia”*. Revista de Jurisprudencia.

MAS GARCÍA, EVA. M. (2020): *“Teletrabajo: Control y registro horario”*. Revista Doctrinal Aranzadi Social.

MELLA MÉNDEZ, L. (2017): *“El Trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral”*. Revista IUSLabor, Núm. 2.

MELLA MÉNDEZ, L. (1998): *“Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo”*. Revista Doctrinal Aranzadi Social Vol.V.

MELLA MÉNDEZ, L. (2004): “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”. Revista Relaciones Laborales.

MERCADER UGUINA, J.R. (2017): “El futuro del trabajo en la era de la digitalización y robótica”. Ed. Tirant lo Blanch, Madrid.

MORGADO PANADERO, P. (2004): “El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial)”. Revista de Actualidad Laboral, núm. 16.

MUÑOZ RUIZ, A.B. (2020): “El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo”. Revista Doctrinal Aranzadi Social.

PADILLA MELÉNDEZ, A. (1998): “El teletrabajo como Sistema de Aspectos en el Contexto de las Organizaciones Actuales: Concepto, Perspectivas de Futuro y Aplicación al Turismo”. Congreso de Turismo y Teletrabajo.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y THIBAUT ARANDA, J. (2001): “El teletrabajo en España: Perspectiva jurídico laboral”. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2020): “Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación”. Wolters Kluwer : La Ley.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2019): “Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador”. Revista Trabajo y Derecho, nº 59.

POQUET CATALÁ, R. (2020): “El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico”. Ed. Aranzadi, Navarra.

PUEBLA PINILLA, ANA DE LA (2020). Trabajo a distancia y teletrabajo una perspectiva de género. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y (2017): “El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”. Conferencia Nacional Tripartita, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2.

RABANAL CARBAJO, P. (2006): “Aspectos de interés sobre la distribución del tiempo de trabajo”. Revista Asuntos Laborales, Núm. 16.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, R. (2000): “Teletrabajo”. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. Y GALLEGO, F. (2020): “*Los derechos digitales de los trabajadores*”. Revista Derecho de las relaciones laborales, N°. 202011.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2018): “*El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo*”. Ministerio de Trabajo.

SIERRA BENÍTEZ, M. (2011): “*El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*”. Consejo Económico y Social de Andalucía.

TALÉNS VISCONTI, E. (2020): “*El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*”. Tirant lo Blanch, Madrid.

THIBAUT ARANDA, J. (2000): “*Análisis jurídico laboral del teletrabajo*”. Colección de Estudios Núm.88, Madrid.

THIBAUT ARANDA, J. (2020): “*Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia.*”. Revista Trabajo y Derecho.

THIBAUT ARANDA, J. (2020): “*Teletrabajo: registro horario y accidentes en el hogar*”. Disponible en web: <https://elderecho.com>

WILFREDO SANGUINETI, R. (2003): “*Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*”. Ministerio de Trabajo e inmigración.

9.2 JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 2 de agosto de 1984, (Asunto Malone)
- STEDH de 12 de enero de 2016, (Asunto Barbulescu v. Rumanía)
- STEDH de 9 de enero de 2018, (Asunto López Ribalta y otras v. España)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 34/1996, de 11 de marzo
- STC 227/1998, de 26 de noviembre

TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala de lo Social) 18 de mayo de 1994. Rec. 2449/1993
- STS (Sala de lo Social) de 30 de junio de 1994. Rec. 1561/1993
- STS (Sala de lo Social) 8 de octubre de 1996
- STS (Sala de lo Social) 22 de abril de 1996. Rec. 2613/1995
- STS (Sala de lo Social) 22 de julio de 1996. Rec. 3780/1995
- STS (Sala de lo Social) 31 de marzo de 1997
- STS (Sala de lo Social) de 17 de julio de 1998. Rec. 151/1998
- STS (Sala de lo Social) 11 de abril de 2005. Rec. 143/2004
- STS (Sala de lo Social) 24 de junio de 2015. Rec. 264/2014
- STS (Sala de lo Social) 21 de septiembre de 2015. Rec. 259/2014
- STS Sala de lo Social, de 20 de abril de 2017. Rec. 116/2016.
- STS (Sala de lo Social) de 27 de febrero de 2018. Rec. 226/2018

AUDIENCIA NACIONAL

- SAN (Sala de lo Social) de 6 de febrero de 2019. Rec. 318/2018
- SAN (Sala de lo Social) 9 de diciembre 2020. Rec. 218/2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ Asturias (Sala de lo Social) de 27 de diciembre de 2017. Rec. 2241/2017
- STSJ Castilla y León (Sala de lo Social), 29 de octubre de 1992
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 3 de febrero de 2016
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 3 de febrero de 2016
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 9 de junio de 2017
- STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 27 de mayo de 1999. Rec. 9306/1999
- STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 5 de octubre de 2017. Rec. 4177/2017

- STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 15 de enero de 2019. Rec. 136/2019
- STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 27 de septiembre de 2003
- STSJ La Rioja (Sala de lo Social) de 3 de febrero de 2005
- STSJ Madrid (Sala de lo Social), de 1 de julio de 1994. Rec. 6001/1993
- STSJ Madrid (Sala de lo Social) 30 de septiembre de 1999. Rec. 2938/1999
- STSJ Madrid (Sala de lo Social), 15 de septiembre de 2011. Rec. 5270/2011
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 21 de mayo del 2020. Rec. 1021/2019
- STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 8 julio 2020. Rec. 628/2020

9.3 WEBGRAFÍA

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: <https://www.ilo.org>

INSTITUTO NACIONAL ESTADÍSTICA: <https://www.ine.es>

PODER JUDICIAL: <https://www.poderjudicial.es>

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: <https://www.boe.es>

PORTALES JURÍDICOS:

- <https://www.aranzadi.es>
- <https://www.iustel.com>
- <https://laleydigital-laleynext-es.ponton.uva.es>
- <https://elderecho.com>