



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES: ECONOMÍA DIGITAL, TELETRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL

NÚMERO 14, FEBRERO DE 2021

ENERO A JUNIO DE 2021, FECHA DE CIERRE ENERO 2021



EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR
DEL RD-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS&LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL RD-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE^{1*}

*THE REMOTE WORKING AGREEMENT WITH THE APPROVAL OF
THE ROYAL DECREE LAW 28/2020 OF SEPTEMBER 22*

ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ

*Prof^a Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

Fecha de recepción: 10/11/2020

Fecha de aceptación: 22/12/2020

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA, CONTENIDO Y FORMA DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA. 2.1. Voluntariedad. 2.2. Contenido. 2.3. Obligaciones formales. 3. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: La contención de la pandemia mediante ha acelerado el éxodo de los trabajadores hacia un entorno privado. Con su retorno al ámbito del que habían partido durante la Primera Revolución Industrial, regresan aquellas amenazas que el Derecho del Trabajo supo afrontar durante el pasado siglo. Preocupa, en particular, el auge de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de los derechos y obligaciones del trabajador del cual da testimonio el papel que el RDley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, otorga al acuerdo de trabajo a distancia. De su análisis cabrá deducir la suficiencia de los

.....
1 * Este trabajo es fruto del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado “Impacto de la digitalización y la Inteligencia artificial en la empresa y la sociedad: perspectivas jurídicas y económicas – E.S. Digital”. Referencia: PGC2018-093772-B-I00 (2019-2021).

contrapesos previstos por el ordenamiento jurídico para poner coto al predominio de una libertad contractual susceptible de derivar en la imposición de condiciones leoninas al trabajador.

ABSTRACT: The containment of the pandemic has accelerated the exodus of workers to a private environment. With their return to the sphere from which they had departed during the First Industrial Revolution, those threats that labour law was able to deal with in the last century are returning. Of particular concern is the rise of the party autonomy as a regulatory source of the rights and obligations of the worker, as witnessed by the role that RD Law 28/2020 of 22 September on distance working gives to the distance working agreement. From its analysis, it can be deduced whether the counterweights provided for by the legal system are sufficient to put an end to the predominance of contractual freedom that can lead to the imposition of unfair conditions on the worker.

PALABRAS CLAVE: Trabajo a distancia, autonomía de la voluntad individual, voluntariedad, novación objetiva, consentimiento del trabajador.

KEW WORDS: Remote working, party autonomy, voluntary character, objective novation, worker's consent.

1. INTRODUCCIÓN

“**D**amos forma a nuestros edificios, luego ellos nos dan forma a nosotros”. Oponiéndose a cualquier proyecto alejado de la fiel reconstrucción del Palacio de Westminster, entonces devastado por los bombardeos alemanes, Sir Winston Churchill observó en su disposición, no sólo el símbolo, sino el molde mismo del parlamentarismo británico. Sirvan sus célebres palabras para ilustrar la influencia del escenario en el devenir de los hechos que en él se representan.

Como aquel emblemático edificio forjó un sistema que sirvió de baluarte contra el fascismo, el centro de trabajo cimentó los pilares sobre los que se erigió el Derecho del Trabajo. De la congregación de trabajadores en los establecimientos fabriles surgieron nuevas amenazas que no se cernían sobre el artesano preindustrial, cuyas consecuencias pretendieron paliar las primeras leyes obreras². Así, la “Ley Benot”, de 24 de julio de 1873, circunscribía la protección a los menores y a las mujeres que prestaran servicios en fábricas, talleres, fundiciones y minas. Posteriormente, la “Ley Dato”, de 30 de enero de 1900, de accidentes de trabajo³ imputó al patrono la responsabilidad objetiva con relación a los ocurridos “con motivo y en el ejercicio de la profesión” siempre y cuando el operario que los padeciera ejecutare “habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”. Así fue como la industria delimitó el perímetro dentro del cual se desplegaría el aseguramiento de unas contingencias que todavía hoy reciben mayor protección que las de índole común.

En su seno se engendró también una nueva forma de organización del trabajo cuyo éxito dependía del seguimiento de unas instrucciones destinadas a orquestar la colaboración entre medios humanos y mecánicos bajo la batuta del empresario. Coincidió, por aquel entonces, el lugar de trabajo con el ámbito de organización y dirección al que ahora alude el art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴ –en adelante, ET–. Y fue, precisamente, de la convivencia entablada entre las piezas humanas de este engranaje

.....

2 No cabe hablar de Derecho del Trabajo sino transcurrido el “medio siglo de formación” que da comienzo con la promulgación de la primera “ley obrera”, de 24 de julio de 1873 (Gaceta de Madrid nº 209, de 28 de julio de 1873) y culmina hacia 1923 (véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873–1923)*, 7ª ed., Tecnos (Madrid, 2011), pp. 33 y ss.).

3 Gaceta de Madrid nº 31, de 31 de enero de 1900.

4 BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015.

productivo de donde surgió la defensa colectiva de unos intereses que pronto supieron identificar como comunes.

Por ello, la representación de los trabajadores ha permanecido ligada al centro de trabajo, restaurando en cierto modo el equilibrio que la frágil posición económica de cada trabajador hacía imposible lograr. Su participación obstaculizó la imposición de condiciones leoninas aparentemente negociadas y vinculantes a tenor del principio *pacta sunt servanda* que presidía la regulación decimonónica del derecho de obligaciones y contratos⁵. Desde entonces, el empresario “ya no concierta las condiciones de trabajo con un asalariado aislado, que en la imposibilidad de continuar largo tiempo en la actitud insostenible de oferente de trabajo, tiene que aceptar las que el patrono le imponga, sino con una organización obrera sindical, que por su carácter y sus medios de resistencia puede mejor defender los intereses y derechos de la mano de obra”⁶. Correlato de lo anterior fue el predominio de la autonomía colectiva sobre la individual en la negociación de las condiciones de trabajo⁷. Junto con la normativa estatal, constituyen “fuerzas generadoras de normas cogentes que, imponiéndose a la voluntad de las partes, establecen las condiciones básicas en que debe prestarse el trabajo subordinado”⁸.

A raíz de la depresión del año 2008, este pilar fundamental del Derecho del Trabajo fue socavado por la oleada reformista que trató de rescatar a la empresa como dadora de empleo. Gracias a la concienzuda labor del legislador, que hizo replegarse a la negociación colectiva desde el ámbito sectorial al de empresa, al tiempo que debilitó la posición que a la parte obrera aseguraba la vigencia ultraactiva del convenio, la negociación colectiva se ha batido en retirada dejando un amplio margen ocupado por una autonomía individual que ha recobrado un inusitado protagonismo⁹.

En este contexto debe encuadrarse el alejamiento del trabajador del centro de trabajo tradicional, hoy regulado por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia¹⁰ –en adelante, RDLTD– y propiciado por las nuevas tecnologías de la



5 En efecto, la aplicación de reglas diseñadas en atención a un esquema de igualdad formal a una relación de desigualdad real desvirtuaba la propia esencia del principio de autonomía de la voluntad sobre el que se asentaban los pilares del Derecho Civil, al anular la libertad individual del trabajador dando rienda suelta a la prevalencia de la voluntad unilateral del empleador [véase BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta (Madrid, 1991), p. 71].

6 GALLART I FOLCH, A. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Comares (Granada, 2000), p. 28.

7 Véase D'ANTONA, M. “La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 1991, p. 284, al sostener que “el Derecho del Trabajo tradicionalmente ha desarrollado su función de ordenamiento protector a través del dominio de la heteronomía sobre la autonomía y a través de la subordinación de lo individual a lo colectivo”.

8 BLASCO PELLICER, A. “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5, 2004, p. 2.

9 FERREIRO REGUEIRO, C., “El recuperado protagonismo del contrato de trabajo”, *Questões Laborais*, nº 40, 2012, p. 164.

10 BOE nº 253, de 23 de septiembre de 2020.

información y de la comunicación. Lejos de resultar indiferente, el retorno del trabajador a un espacio ajeno a la empresa reaviva riesgos olvidados y favorece la aparición de otros alimentados por los útiles que hacen posible el trabajo por cuenta ajena en remoto. A su vez, aísla al trabajador de la comunidad en torno a la cual ha articulado la representación y defensa de sus intereses. Y, por último, desgasta todavía más su frágil posición, tornándolo más proclive a la aceptación de condiciones contractuales abusivas. De esto último da buena cuenta la regulación del acuerdo de trabajo a distancia contemplada en los arts. 5 y ss. RDLTD. El calado de la modificación que supone, con relación a la prevista en el derogado art. 13 ET, recomienda determinar su naturaleza jurídica, punto de partida desde el cual comprender las normas que rigen su voluntariedad y reversibilidad, para después indagar acerca de las amplias posibilidades que ofrece su potencial contenido y finalizar abordando los mecanismos de control destinados a evitar que aquél no obre en detrimento de la protección debida al trabajador.

2. NATURALEZA, CONTENIDO Y FORMA DEL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

2.1. Voluntariedad

El trabajo a distancia, concebido como aquél que se ejecuta en el domicilio del trabajador o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, constituye un género al cual pertenecen diversas subespecies¹¹. Se acude a la definición realizada por el Convenio nº 177 de la OIT (1996) sobre el trabajo a domicilio¹² que, pese a aludir a ese referente locativo, comprende cualesquiera otras modalidades de trabajo a distancia¹³. De entre ellas, el teletrabajo ha adquirido una notable relevancia por implicar en su ejecución los ingenios que impulsan la revolución tecnológica en curso. Así lo reconoce el RDLTD, cuando admite la insuficiencia del derogado art. 13 ET para afrontar los retos derivados de su uso intensivo y dar cabida a un “trabajo remoto y flexible”.

11 Como ilustra la guía *COVID-19: Guidance for labour statistics data collection: Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work*, publicada por la OIT el día 5 de junio de 2020, el teletrabajo constituye una subcategoría del concepto “trabajo en remoto”, p. 6, Documento consultado en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/publications/WCMS_747075/lang--en/index.htm, el día 11 de noviembre de 2020.

12 Norma de referencia, pese a no haber sido ratificada por el Reino de España.

13 Apuntando que resultaría más apropiado aludir al “trabajo a distancia”, véase USHAKOVA, T., “Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177)”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 7 (extra.), 2019, p. 1371.

No es de extrañar, por tanto, que se invoque la norma reguladora de la especie, el teletrabajo, para extraer de ella los principios que ahora se aplican al género. Siguiendo así la estela del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado por 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) en julio de 2002 y revisado en 2009 –en adelante, el Acuerdo Marco– el RDLTD dispone que el trabajo a distancia sea voluntario para el trabajador y el empresario.

Dicha voluntariedad se manifiesta, tanto en la génesis, como en la regulación del trabajo a distancia. Puesto que de lo segundo se ocupará el epígrafe siguiente, procede detenerse en la celebración del “acuerdo de trabajo a distancia”, al que el RDLTD dedica su Capítulo II y que su Disp. trasn. primera obliga a formalizar en el plazo de tres meses desde que la norma resulte de aplicación a la relación laboral concreta. En idéntico plazo deberán efectuarse adaptaciones o modificaciones de los acuerdos de trabajo a distancia de carácter individual vigentes a la fecha de su publicación, no derivados de convenios o acuerdos colectivos.

Da comienzo el art. 5 disponiendo que “el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo”. En otras palabras, el acuerdo no ha de ser sino el reflejo del consentimiento libremente otorgado por ambas partes, bien de entablar una relación jurídica que comporte desde sus inicios la realización del trabajo a distancia, bien de acordar el tránsito hacia una prestación en remoto constante la vigencia de un contrato donde se comprometía un trabajo ejecutado de forma presencial. En el primer supuesto, el acuerdo formará “parte del contrato inicial”, mientras que, en el segundo, se admite su realización posterior.

El carácter paccionado del trabajo a distancia se muestra como el primer rasgo digno de mención. Y se confirma cuando, a renglón seguido, se advierte acerca de la imposibilidad de imponer la migración hacia el trabajo a distancia invocando el art. 41 ET. El trabajo a distancia contemplado en este RDLTD se distingue así de la modificación de otras condiciones de trabajo que, pese a merecer el calificativo de sustancial, no altera el objeto mismo del contrato. Con acierto, se elude traer a colación el art. 40 ET, toda vez que su propósito estriba en permitir el traslado del trabajador desde un centro de trabajo a otro de la misma empresa, cambio que no afecta a la organización del trabajo, puesto que en el nuevo entorno probablemente se articule como en el de procedencia. Tampoco a la ejecución misma de la prestación, que continuará siendo presencial. Ni tan siquiera a los instrumentos de trabajo, que continúan siendo proporcionados por el empleador. Apenas concierne a la vida privada de quien se ve compelido a mudar su residencia habitual, con los trastornos familiares y económicos que ello conlleva, y que tanto el ET como la nego-

ciación colectiva ansían paliar mediante el reconocimiento de permisos, compensaciones económicas¹⁴ y otros derechos¹⁵ asociados a esta decisión.

Tampoco constituye, con carácter general, un derecho a ejercer unilateralmente por parte del trabajador, aunque el RDLTD se muestra cauto al pronunciarse “sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva”. Con ello se alude a la configuración que el Real Decreto–ley 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 ocupación¹⁶ hace del teletrabajo como medida tendente a propiciar la conciliación de la vida personal y familiar. Con ese propósito se modificó el art. 34.8 ET para incorporar el derecho a solicitar la prestación del trabajo a distancia, si bien la anuencia de la empresa se hace depender del carácter razonable y proporcionado de la pretensión del trabajador, habida cuenta de las necesidades organizativas o productivas existentes. Así, a falta de convenio colectivo que regule el procedimiento de solicitud, la transición hacia el trabajo a distancia requerirá la consecución de un acuerdo con la empresa, cuya negativa ha de fundarse en razones objetivas. Ante dicha tesitura, es preciso advertir que el trabajador no ostenta el derecho a imponer unilateralmente su decisión, sino que será la jurisdicción social la encargada de apreciar si las razones aducidas por el empleador son suficientes, a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social¹⁷.

Lo mismo sucede con el derecho a solicitar la prestación de servicios a distancia como medida destinada a hacer frente al cuidado del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado cuando concurren circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia de COVID–19 en tres supuestos: 1) cuando por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID–19; 2) cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID–19 que impliquen el cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos; y 3) cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta el segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID–19. Estas medidas, constitutivas del “Plan MECUIDA” introducido por el art. 6 del Real Decreto–ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes ex-

.....

14 Que comprenderán tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, y nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos (art. 40.1 ET).

15 Como, p. ej., el de trasladarse a la misma localidad a la cual se destine al cónyuge, si el marido o la esposa presta servicios en la misma empresa (art. 40.3 ET).

16 BOE nº 57, de 7 de marzo de 2019.

17 BOE nº 245, de 11 de octubre de 2011.

traordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19¹⁸, han sido prorrogadas por la Disp. Ad. Tercera de este RDLTD hasta el 31 de enero de 2021. Pese a concebirse como un derecho del trabajador, su ejercicio ha de ser “justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa”. Y, como acontece con el trabajo a domicilio regulado en el art. 37.8 ET, será la jurisdicción social la encargada de dirimir los conflictos que entre las partes pudieran entablarse.

No empuja el origen bilateral del acuerdo la prioridad para ocupar puestos de trabajo que se ejecuten total o parcialmente de manera presencial que el art. 8.2 RDLTD otorga a las personas que realicen su trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada. Tampoco la eventual preferencia reconocida por el convenio colectivo en atención a “circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares”¹⁹. Sin embargo, ambas previsiones denotan un encauzamiento legal de la voluntad de la empresa hacia un comportamiento socialmente responsable que evoca la prosecución del interés general que se atribuye a las Administraciones Públicas.

No amparándose en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo contemplada en el art. 41 ET, ni configurándose, en general, como un derecho del trabajador, el tránsito hacia el trabajo a distancia forzosamente ha de considerarse como un pacto. Resta determinar de qué tipo. De él no es predicable el carácter accesorio, propio de otros como aquél por el cual se incorpora al contrato el período de prueba.

En su virtud se produce una novación objetiva del contrato. Dentro de esta categoría, el art. 1204 del Código Civil –en adelante, Cc– diferencia la novación extintiva o propia de la modificativa o impropia²⁰. La primera, conlleva la extinción de la relación jurídica, dando lugar al nacimiento de una nueva, que se regula en todos sus aspectos por el negocio jurídico actual²¹. La segunda, por el contrario, “consiste en variar el objeto o las condiciones principales de la obligación contraída”²². El deslinde entre ambas “debe efectuarse tomando en consideración, esencialmente, la voluntad de las partes, y la significación de

18 BOE nº 73, de 18 de marzo de 2020.

19 En cuyo diseño “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” (art. 8 RDLTD).

20 Sobre la distinción entre la novación extintiva y la novación modificativa en el ámbito laboral, cfr. STS de 18 enero 2007 (RJ 508).

21 CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1983), p. 353.

22 STS (Sala de lo Civil) de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9199).

la modificación introducida en la obligación”²³. Por consiguiente, la modificación de una o varias condiciones de trabajo llevada a cabo de mutuo acuerdo se considerará modificativa en tanto en cuanto las partes no declaren de manera terminante su naturaleza extintiva o exista incompatibilidad entra la obligación nueva y la antigua (art. 1204 Cc)²⁴.

Aunque el ET no haya previsto la novación por mutuo acuerdo del objeto del contrato de trabajo, resulta posible “a partir del ejercicio lícito de la autonomía individual”²⁵, pero teniendo presentes “las peculiaridades que para el régimen jurídico de la misma puedan derivarse de la vigencia de ciertos principios informadores del ordenamiento laboral como el de la estabilidad en el empleo; el de protección del trabajador; o en fin, el propio principio de la irrenunciabilidad de derechos indisponibles contenido en el art. 3.5 ET”²⁶. Con fundamento en ellos se instituye una suerte de “presunción en favor de la novación meramente modificativa [...] al no ser necesario el efecto extintivo para alterar condiciones principales de la relación laboral que no supongan una incompatibilidad absoluta con la obligación inicial”²⁷. Por consiguiente, “se ha señalado que, por lo que se refiere al contrato de trabajo solamente nos encontraremos ante una novación propia o extintiva, cuando del contrato novado resulte que el anterior sistema de regulación de intereses quede totalmente sustituido y sin efecto ni vigencia alguna”²⁸. A tal efecto, “se ha aceptado por la jurisprudencia y la doctrina científica que es posible que el cambio de alguno de los elementos de la obligación no produzca por sí misma la extinción de la primitiva [...], sino la modificación simple, en la que perviven los efectos de la misma”²⁹.

Esa podría ser la naturaleza de un acuerdo que, afectando a uno de los elementos del contrato de trabajo, no introduce una regulación absolutamente incompatible con la inicial. Esta interpretación resulta congruente con el tenor literal de una norma que, al igual que el recién derogado art.13 ET, rehúye aludir al “contrato de trabajo a domicilio”. Esta mención desaparece tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³⁰, cediendo su lugar al “trabajo a distancia”. En aquél, la subordinación morigeraba en lontananza, ejecutándose la prestación “sin vigilancia del empresario”. Ahora, retorna de la mano del vínculo tecnológico, gracias al cual es posible el intercambio continuo de información y la supervisión constante de la prestación. Existe, no obstante, algún cambio cuya envergadura obliga a reunir el

23 STSJ Andalucía de 22 de mayo de 2007 (AS 2007\3186).

24 STS de 11 de julio de 1983 (RJ 3764).

25 STSJ Andalucía de 22 de mayo de 2007 (cit.).

26 *Ibidem*.

27 “Se renunciaría, en suma, gratuitamente, a determinados derechos relacionados con la estabilidad en el empleo, con la antigüedad, con la prescripción, etc.” (*ibidem*).

28 *Ibidem*.

29 STS (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 2009 (RJ 2009\4472).

30 BOE nº 36, de 11 de febrero de 2012.

consentimiento de ambas partes. En concreto, “el desplazamiento del lugar de la ejecución del contrato [...] al domicilio del trabajador tiene [...] implicaciones sobre la esfera personal [...] porque cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo”³¹. Al hacer de su hogar un entorno productivo se coloniza un espacio otrora consagrado a su vida privada y/o familiar, lo cual “no sólo supone un coste adicional, que puede quedar sin retribución como en el caso de que haya que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares”, sino que también “puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, como también de las decisiones de la autonomía colectiva”³²(sic.). Su implantación exige, en consecuencia, la conformidad de un trabajador que no sólo inserta su prestación en el engranaje productivo, sino también parte de su espacio vital.

Atañe, en cierto modo, a la forma de prestar servicios, de ahí su difícil compatibilidad con determinadas fórmulas contractuales. Nótese el recelo manifestado por la doctrina³³ y al que hoy se suma el RDLTD, cuyo Preámbulo recomienda adoptar las “cautelos y limitaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de su objeto, ya sea la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursado, ya la obtención de una cualificación profesional, bajo la adecuada y suficiente supervisión de la empresa”. Sin llegar a excluir su ejecución a distancia, finalmente opta por prescribir un porcentaje mínimo del cincuenta por ciento de prestación de servicios presencial en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, sin perjuicio del desarrollo telemático, en su caso, de la formación teórica (art. 3).

La modalidad contractual permanece, sin embargo, incólume ante una novación que, como acontece con la impuesta mediante el art. 39 ET³⁴, no podrá dar lugar a la posterior extinción o modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando de ella se deriven dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia “que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia” (art. 5.2 RDLTD). No se excluye, por tanto, la extinción contractual fundada en otras causas, pudiendo invocarse circunstancias objetivas de índole económica, organizativa o productiva. Por su proximidad, se antoja más difícil alegar la ineptitud sobrevenida del empleado, a no ser que se funde en alguna circunstancia adicional no

.....

31 STS de 11 de abril de 2005 (RJ\2005\4060).

32 *Ibidem*.

33 ALEMÁN PÁEZ, F., “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, *Temas laborales*, nº 153 (en prensa), p. 17.

34 A tenor del cual “no cabrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”.

inherente a la ejecución en remoto de la prestación. Recuerda esta mención a la contemplada en el art. 12.4.e) ET, cuando proscribe la imposición unilateral de la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, prohibiendo expresamente el despido derivado de su negativa “sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

Difiere, sin embargo, de ésta en un aspecto fundamental, cual es el reconocimiento de un derecho a revertir el acuerdo en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el propio acuerdo de trabajo a distancia. El derecho de reversión, ausente en la novación que afecta a la duración o a la jornada del contrato de trabajo, revela la pervivencia de un vínculo contractual, no extinto por una novación objetiva que debe reputarse modificativa o impropia, posición a la que contribuye la obligada consignación en acuerdo de trabajo a distancia de una mención a su duración [art.7. 1) RDLTD].

Por último, se apostilla que la negativa de la persona trabajadora a ejecutar su prestación a distancia o el ejercicio de la reversibilidad tampoco serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No obstante, la posibilidad de encubrir dicha represalia bajo otra causa, unida a la debilidad del consentimiento del trabajador, ponen en tela de juicio esta garantía. Esta debilidad permite, asimismo, cuestionar el contenido del acuerdo, como se expondrá a renglón seguido.

2.2. Contenido

La incapacidad fáctica del trabajador para negociar en pie de igualdad con el empresario unas condiciones de trabajo dignas ha lastrado el papel de la autonomía de la voluntad como fuente del Derecho del Trabajo. Relegada a un rol apenas constitutivo de una relación de cuyos derechos y obligaciones se ocupaba la normativa heterónoma y la autonomía colectiva, recupera hoy su virtualidad reguladora. Y, con ella, renace el riesgo que, con el desgajamiento del Derecho del Trabajo de la disciplina común de las obligaciones y contratos, se pretendió conjurar: la adhesión del trabajador a unos pliegos redactados por la mano del empresario.

Del resurgimiento de la negociación individual que ha traído consigo el desarraigo del trabajador a distancia da testimonio el extenso “contenido mínimo obligatorio” del acuerdo descrito en el art. 7 RDLTD. Contenido que deja en manos de los contratantes la propia definición del trabajo a distancia al cual decidan acogerse, además de una serie de aspectos cardinales, entre los cuales destacan: la concreción de los parámetros destinados

a mensurar la prestación debida por el trabajador, la delimitación de los riesgos de naturaleza profesional que lo acechan y su adscripción a un centro de trabajo.

La especie de trabajo a distancia seleccionada se deducirá de la necesaria mención al “lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora”; del “porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso”; y del “inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia” [art. 6. f), d) y a) RDLTD]. Puesto que el art. 2.a) RDLTD considera trabajo a distancia tanto aquél que se presta en el domicilio de la persona trabajadora como en el lugar elegido por esta, “durante toda su jornada o parte de ella”, es extenso el elenco de posibilidades que se le ofrecen. En función del lugar, cabe optar por un trabajo realizado desde el domicilio o por un trabajo ejecutado desde otro lugar. De decantarse por esta última opción, podría designarse un entorno de cotrabajo compartido con otros trabajadores procedentes de la misma o de distinta empresa. Pero quizá cabría admitir un pacto en el cual se conceda plena libertad al trabajador para ubicarse en el lugar que estime oportuno, a imagen y semejanza del *lavoro agile* regulado en Italia por la *Legge 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*³⁵. Concedido al margen de constreñimiento temporal o locativo alguno, constituye la alternativa más flexible, pero también la más disruptiva. Afecta, sobre todo, al aseguramiento articulado por el sistema de Seguridad Social, habida cuenta de la dificultad de discernir el carácter profesional de los riesgos que se ciernen sobre el trabajador en un ámbito cuya precisión competirá, como se expondrá a renglón seguido, a este mismo acuerdo individual.

En función del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, cabe diferenciar el trabajo a distancia ejecutado en alternancia con el presencial y el íntegramente ejecutado en remoto. El primero será objeto de atención por el RDLTD siempre que se preste a distancia, “en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 1 RDLTD). El segundo resulta posible, puesto que el RDLTD sólo exige establecer el porcentaje y distribución de ambas modalidades “en su caso”. Puesto que no resulta digno de interés para esta norma el trabajo meramente presencial, resulta forzoso admitir que también encuentra cabida en ella el íntegramente ejecutado a distancia, con el riesgo de aislamiento que conlleva y que el contenido del propio acuerdo debe mitigar.

.....

35 Sobre la evolución sufrida desde el “teletrabajo de primera generación”, que ubicada la oficina en casa, hasta el “teletrabajo de tercera generación”, donde la oficina es virtual, pasando por el teletrabajo móvil o de “segunda generación”, véase MESSENGER, J.C., *Telework in the 21st century: An evolutionary perspective*, Edward Elgar Publishing Limited (Cheltenham, 2019).

Del inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia será dable colegir si la modalidad concertada pertenece a la subcategoría “que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación” [art. 2.b) RDLTD]. De esta guisa, se persiguen dos objetivos. El primero, consiste en delimitar los costes que ha de asumir la empresa. Mejora así el régimen jurídico del Acuerdo Marco, que admite que se pacte la utilización del equipo propiedad del trabajador, excepción a la regla general que redundaría en perjuicio del empleado³⁶. En concreto, su art. 11 reconoce al trabajador el derecho “a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario”, que deberá incluir “los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación”³⁷. Se pretende así recuperar uno de los presupuestos del trabajo subordinado, cual es la ajenidad en los medios³⁸. Comprende, asimismo, el derecho al abono y compensación de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. Adviértase, sin embargo, que la concreción de los mecanismos encargados de la determinación, y compensación o abono de estos gastos incumbe a la negociación colectiva (art. 12 RDLTD)³⁹. El segundo, estriba en calificar como teletrabajo esta modalidad de prestación de servicios a distancia, lo que determinará en buena medida la regulación de ciertos derechos vinculados a la prestación basada en el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Definida la modalidad de trabajo a distancia, procede aludir a los aspectos esenciales objeto de regulación por el acuerdo, comenzando por los parámetros que permiten mensurar la prestación debida. La medición de la prestación ejecutada a distancia constituye uno de los principales retos organizativos de la empresa. A tenor del Preámbulo del RDLTD, “la virtualización de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos”. Esta “licuefacción de los códigos espacio temporales”⁴⁰ hizo caer en desgracia la jornada como medida por excelencia. Persiste como límite máximo destinado a preservar los períodos de descanso del trabajador y, a

36 PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica», *Relaciones Laborales*, nº 10, 2005, p. 1315.

37 Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo (art. 11.2 RDLTD).

38 MELLA MÉNDEZ, L., “Comentario general al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”, *Relaciones Laborales*, nº1, 2003, p. 177 y THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 55.

39 Sobre la dificultad de determinar qué gastos han de ser objeto de compensación, véase SIERRA BENÍTEZ, E. M. “Breve referencia a la negociación colectiva en la regulación del trabajo a distancia en el RD-ley 28/2020”, *Noticias CIELO*, nº 8, 2020, p. 1.

40 Utilizando la expresión acuñada por ALEMÁN PÁEZ, F., “El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail nº 2016-1088”, *consultado en la base de datos de La Ley*, documento 52/2017, p. 1.

tal efecto, deberá ser objeto de registro (art. 34.9 ET). Pero el trabajador no sólo se compromete a proporcionar un tiempo de trabajo efectivo⁴¹, sino que adeuda una cantidad de trabajo a prestar durante un cierto tiempo⁴². Los resultados obtenidos por el trabajador durante un período temporal determinado denotan su rendimiento⁴³, indicador del cumplimiento de la prestación cuya constatación resulta tanto más compleja cuanto más alejado está del supervisor.

La flexibilidad del parámetro temporal se deduce de los apartados c) y d) del art. 6, que incluyen en el contenido mínimo del acuerdo sendas menciones al horario de trabajo y “dentro de él”, en su caso, a “las reglas de disponibilidad” y, en especial, del art. 13 del RDLTD. Éste permite establecer en el acuerdo de trabajo a distancia “tiempos de disponibilidad obligatoria” al margen de los cuales el trabajador “podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido”, respetando lo dispuesto en el convenio colectivo y en la normativa estatal.

Con la dilución del módulo temporal adquiere relevancia el control por objetivos, referente habitualmente adoptado para constatar la obtención de un determinado rendimiento cuando resulta imposible comprobar presencialmente la dedicación del trabajador. Su consecución debe requerir la inversión por parte del asalariado de un “rendimiento normal”⁴⁴, que no es sino el resultado del cumplimiento diligente de la prestación al que alude el art. 20.2 ET⁴⁵. Se trata de un concepto complejo, compuesto por un elemento subjetivo –esfuerzo invertido por el trabajador– y otro objetivo –obtención de un resultado útil para el empresario–⁴⁶. El primero se ha cifrado en “un cierto punto intermedio entre la holganza y la extenuación”⁴⁷. El segundo debe ajustarse un estándar razonable, con exclusión de cualquier influencia exógena susceptible de frustrar su logro⁴⁸.

41 Medida cronológica de la prestación que se determina a través de la jornada. Cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “La disminución del rendimiento como causa de despido”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, nº 33, 1968, p. 415.

42 ALZAGA RUIZ, I., “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV., *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca (Madrid, 2009), p. 183.

43 ALZAGA RUIZ, I., ob. cit., p. 183 y GÁRATE CASTRO, F. J., *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas (Madrid, 1984), pp. 31–33.

44 Cuya disminución continuada y voluntaria puede justificar el despido disciplinario [art. 52.2.e) ET].

45 Según GÁRATE CASTRO, F. J., (ob. últ. cit., p. 103) “la cantidad del trabajo útil y el tiempo empleado en realizar dicho trabajo, factores que algunos autores proponen como elementos definitorios del concepto de rendimiento, no son consecuencia de un fenómeno carente de todo origen y explicación, sino que, por el contrario, dependen profundamente de la conducta seguida por el trabajador al desarrollar su prestación, y, concretando más esta idea, del hecho de que tal conducta sea o no diligente”.

46 Véase GÁRATE CASTRO, F. J., ob. cit., p. 34, con cita de MENÉNDEZ PIDAL [*Derecho social español*, Revista de Derecho Privado (Madrid, 1952) p. 96], que consideraba que “el rendimiento se refiere a la utilidad que se obtiene en el trabajo, al esfuerzo físico, intelectual, artístico o moral que el obrero pone en su trabajo”.

47 ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., *Derecho del Trabajo*, 26^a ed., Civitas (Madrid, 2009), p. 432.

48 Como pueden ser “factores absolutamente ajenos a la voluntad de trabajador, como son la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica” [STS de 3 de julio de 2020 (RJ 2020\2770)].

Lo anterior supone una transmutación del contenido del poder de control del empresario, que se orientará a comprobar el resultado más que los medios empleados para su obtención. So pena de suprimir uno de los rasgos característicos del trabajo por cuenta ajena, el “cómo” ha alcanzado el trabajador dichos resultados debe tomarse en consideración, puesto que compromete una obligación de “hacer”. Simplemente, ese proceso debe tenerse en cuenta a la hora de fijar unos objetivos razonables, claramente especificados y estables, reputándose contrarias a la buena fe las cláusulas contractuales mediante las cuales se fijan objetivos inalcanzables, susceptibles de ser unilateralmente modificados al antojo de la empresa⁴⁹ o capaces de determinar la extinción automática del contrato “sin ofrecer elementos de comparación de cuya valoración pudiere desprenderse que el pacto de rendimiento es lícito y no constituye abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”⁵⁰.

La proliferación de cláusulas abusivas consignadas en el contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.b) ET constituye una manifestación más del inquietante retorno de una autonomía de la voluntad individual que, lejos de regular aspectos accesorios, delimita el objeto mismo del contrato de trabajo⁵¹. Fenómeno que no sólo se deja entrever en las cláusulas que determinan cuantitativamente la prestación del trabajador, sino también en otras que inciden en cómo la ejecuta. Sucede con los pactos mediante los cuales la empresa se arroga facultades de control que desplegará sobre el teletrabajador. Sin tomar la especie por el género, es preciso considerar el auge que la figura del teletrabajo como forma de trabajo a distancia está cogiendo [...] frente a la organización empresarial tradicional” (Preámbulo del RDLTD) para prevenir sobre los riesgos inherentes a un vínculo virtual cuyos tentáculos se extienden más allá de la esfera profesional del trabajador. Ello acontece incluso con el trabajador presencial, cuya intimidad puede quedar expuesta ante la videovigilancia del empresario o la instalación de programas de control en sus dispositivos de trabajo. Sin embargo, el peligro se recrudece cuando la vigilancia tecnológica se prolonga hasta alcanzar entornos privados, como el propio domicilio del trabajador o el lugar libremente escogido por él para desarrollar la prestación, del que también se puede deducir información privada.

La emergencia de estos nuevos dominios para el poder de control del empresario ofrece un terreno fértil para la introducción de cláusulas mediante las cuales se reserve facultades de supervisión exorbitantes. No en vano el art. 7. h) del RDLTD incluye en el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia una mención a los “medios de

.....

49 STS de 3 de julio de 2020 (cit.).

50 STS de 1 de julio de 2020 (RJ 2020\3598).

51 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, 17^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2019), p. 707.

control empresarial de la actividad”. El Preámbulo anticipaba la necesidad de “establecer en la medida precisa las facultades de control y organización que corresponden a la empresa, para garantizar un uso y conservación adecuados de los equipamientos entregados, las limitaciones de uso personal de los equipos y conexiones, el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales y las instrucciones necesarias para preservar a la empresa frente a posibles brechas de seguridad”. Puesto que no todo lo tecnológicamente posible ha de reputarse jurídicamente admisible, el Capítulo IV del RDLTD se refiere de manera específica a las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia, incluyendo la protección de datos y seguridad de la información y el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales. Su contenido no constituye sino un reflejo parcial de los derechos digitales enunciados en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵² –en adelante, LOPDGDD–.

Lejos de ser accesorios, estos “derechos digitales” deslindan la porción de la personalidad que el trabajador pone hoy día a disposición de la empresa y el tiempo efectivo que a ella consagra. En su configuración ostentará un papel fundamental la negociación colectiva. Así lo evidencia la remisión realizada por el art. 91 de la LOPDGDD cuando invita a los convenios colectivos a “establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”. Invitación de cuya aceptación depende dotar de contenido a unos derechos que el RDLTD enuncia con una vaguedad harto cuestionable. Se percibe cuando en su art. 22 del RDLTD permite a la empresa “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. Reproduce así el juicio de oportunidad enunciado en el art. 20 ET, limitado por el respeto a la dignidad del trabajador. Pero la dignidad, “cuya minoración se resiente en la personalidad, se halla presente en todos los derechos fundamentales, y por supuesto en el derecho a la intimidad consagrado [...] en el art. 18 CE”⁵³, ensalzándolo el propio Tribunal Constitucional⁵⁴ –en adelante, TC–, como “núcleo central de la personalidad”

.....

52 BOE nº 294, de 6 de diciembre de 2018.

53 GOÑI SEIN, J. L., *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Civitas (Madrid, 1988), p. 115 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Derecho a la intimidad del trabajador y contrato de trabajo”, *Diario La Ley*, nº 6033, 2004, consultado en la base de datos de La Ley (documento 1049/2004), p. 1.

54 STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 186/2000), lo que ha de conllevar una “facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”.

imprescindible para garantizar “la protección de la libertad y de las posibilidades de auto-realización del individuo”⁵⁵.

No obstante, la actuación de la negociación colectiva esté seriamente “condicionada por el enfoque que escoge la regulación de estos derechos digitales en la Ley Orgánica”⁵⁶, razón por la cual conviene advertir que el art. 87.2 LOPDGDD franquea al empleador el acceso a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores cuando se pretenda garantizar la integridad de los dispositivos en cuestión o controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales del usuario. No obstante, en el acceso a los contenidos deberá observar las garantías previamente especificadas a la hora de deslindar el ámbito concedido al aprovechamiento privado de los útiles de trabajo, de haberse tolerado. Se alude, en concreto, al respeto de los períodos durante los cuales se haya autorizado su uso para fines privados. No existe, por tanto, una prohibición de acceso a los contenidos, sino una modulación del ejercicio de los poderes del empresario, que se ha de atener a las pautas por él establecidas. Menos cortapisas existen de mediar una prohibición relativa a dichos usos privados. En tal caso, el art. 87.3 LOPDGDD habilita al empresario a controlar su utilización sin que exista expectativa alguna de privacidad para un trabajador que consiente el tratamiento de datos de carácter personal transmitidos por dichos medios con la mera celebración del contrato de trabajo, toda vez que la injerencia empresarial viene legitimada por el necesario control del cumplimiento de la prestación comprometida. Resta únicamente añadir el deber de información a cargo del empresario, destinado a producir una suerte de efecto preventivo de un uso torticero de los útiles de trabajo por parte de un asalariado que no podrá considerarse víctima de una supervisión sorpresiva. Se emplaza, no obstante, a los convenios o acuerdos colectivos a especificar, si se estima oportuno, “los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia” (art. 17.3. pfo. 2º RDLTD).

A falta de disposición convencional al respecto, queda en manos del empresario el establecimiento de los criterios de utilización de los dispositivos digitales, que deberán respetar “en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente” (arts. 17.2 RDLTD y 87.3 LOPDGDD). Aunque en su elaboración “deberán participar los representantes de los trabajadores”, no se prescribe su regulación convencional, razón por la cual, de no existir

55 SSTC 142/1993, de 22 de abril (rec. nº 190/91) y 202/1999, de 8 de noviembre (rec. nº 4138/96).

56 Véase BAYLOS GRAU, A. P, “Los derechos digitales y la negociación colectiva”, *Diario La Ley*, nº 9331, 2019, consultado en la Base de datos de La Ley, documento 15588/2018, p. 2.

dicha representación, su regulación podrá ser impuesta por el empresario e incluida a tal efecto en el acuerdo de trabajo a distancia.

Nótese, sin embargo, que la limitación del uso privado y la instalación de programas o aplicaciones para su control sólo podrá llevarse a cabo cuando los dispositivos sean de titularidad empresarial (art. 17.2 RDLTD), lo que hasta ahora dificultaba la fiscalización cuando era el teletrabajador quien aportaba su equipo. No obstante, el deber de proporcionar los útiles de trabajo que el art.11 del RDLTD atribuye al empleador conlleva la facultad de regular su uso, razón por la cual este acuerdo cobra una singular relevancia.

Más cuestionable se antoja la videovigilancia del trabajador en su entorno íntimo, toda vez que el art. 89.2 LOPDGDD prohíbe expresamente la instalación de sistemas de grabación de sonidos y de videovigilancia “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”. Desterrada de los lugares de la empresa donde la intimidad del trabajador está comprometida, tampoco debe ser bien recibida en un entorno especialmente protegido como el domicilio del trabajador. Tampoco en otro lugar de su elección que pudiera comprometer datos íntimos de él o de terceras personas ajenas al negocio jurídico que lo vincula con su empleador. La ausencia de mención alguna a este instrumento por parte del RDLTD no hace sino confirmar esta posición.

Procede, por tanto, rechazar la aceptación de dicho sistema de control mediante una cláusula incorporada al acuerdo de trabajo a distancia. Por lo demás, introduciría un método de supervisión inidóneo para canalizar el cambio organizativo que entraña la implantación del trabajo a distancia. Éste se basa esencialmente en la constatación de unos objetivos razonables claramente identificados y de obtención asequible para un trabajador formado al respecto. El cuidado en su determinación, amén de la combinación de este método con el registro y control de la jornada máxima (art. 13 RDLTD) deviene necesario para evitar que el control por objetivos resulte una “bomba de relojería que [active] insidiosamente la espoleta del exceso, el sobre-esfuerzo y la auto-explotación”⁵⁷.

Se asiste con ello a una definición del objeto contractual en negativo, también deducible del denominado “derecho a la desconexión”, cuya determinación parece quedar extramuros del acuerdo individual de trabajo a distancia. Contemplado en el art. 87 LOPDGDD y concretado en el art 18 RDLTD, persigue la demarcación del tiempo que el trabajador sacrifica en aras del correcto cumplimiento de su prestación, aun “fuera de su horario de trabajo”, cuya determinación sí atañe al susodicho acuerdo. Además del respeto a la jornada máxima, “el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los

.....

57 ALEMÁN PÁEZ, F., “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”, *Temas laborales*, nº 153 (en prensa), p. 18.

periodos de descanso” (art. 18.1 RDLTD). Los convenios o acuerdos colectivos 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”. A falta de disposición convencional, incumbirá a la empresa la elaboración de “una política interna [...] en la que [definirá] 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”, contando con la participación de los representantes de los trabajadores. No obstante, procede reparar en que las menciones incluidas en el art 7 del RDLTD integran su “contenido mínimo”. A *contrario sensu*, nada impediría dejar la regulación de este derecho a la autonomía individual, posibilidad que quedará expedita mientras la negociación colectiva no recoja el guante lanzado por el legislador.

Los “derechos digitales” recién citados evidencian la *vis expansiva* que las nuevas tecnologías han insuflado a los poderes del empresario, defendiendo el tiempo y el espacio vitales del trabajador frente a la empresa panóptica⁵⁸ que resulta de esta Cuarta Revolución Industrial. Que su contenido quede en manos de la autonomía de la voluntad significa permitir que el trabajador abdique de sus derechos mediante la adhesión a un contenido que no está en condiciones de negociar. Se comprende así el destino que la negociación colectiva está llamada a cumplir en la regulación del trabajo a distancia.

Además de dotar de contenido a estos derechos de nuevo cuño, el acuerdo de trabajo a distancia cumple otra función decisiva, cual es la delimitación del ámbito donde se extiende la presunción de laboralidad que atañe a toda lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo (art.156.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁵⁹, en adelante, LGSS). En él se ha de consignar el “lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo” en remoto [art. 7. f) RDLTD]. Al tiempo, se acota el ámbito hasta donde alcanza la evaluación de riesgos, ceñido a “la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia”. Contribuye también a precisar los límites donde opera la presunción la concreción del horario, también realizada en el acuerdo, y su registro, a efectos probatorios⁶⁰.

.....

58 Concebido por BENTHAM con fines penitenciarios, el Panóptico consistía en una torre rodeada de un anillo compuesto por celdas individuales, donde cada sujeto era consciente de ser observado por un vigía que permanecía oculto en la estructura central. Aquel ingenio “polivalente en sus aplicaciones” servía para enmendar a los presos, “pero también para [...] vigilar a los obreros” [FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Siglo veintiuno (Madrid, 2018), p. 238].

59 BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015.

60 SELMA PENALVA, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”,

Lo anterior no significa que sea necesariamente laboral cualquier accidente sufrido por el trabajador en su domicilio o en el lugar elegido por éste⁶¹. Podrá enervarse la presunción de acreditarse la ruptura del nexo causal que media entre trabajo por cuenta ajena lesión⁶². Tampoco supone excluir la laboralidad del padecido fuera del entorno demarcado en el acuerdo. Acontece simplemente que el acaecido fuera de sus lindes no se beneficiará de la citada presunción, debiendo acreditarse el motivo del desplazamiento del trabajador. Así, se ha propuesto incluir dentro del concepto de accidente de trabajo en misión “los padecidos por teletrabajadores móviles durante su tiempo de trabajo, en relación a los desplazamientos causados por el contenido de su actividad profesional”⁶³. También “el de los teletrabajadores en centros satélite o similares respecto de sus desplazamientos hacia la sede de la empresa o algún otro lugar requerido en cumplimiento de su actividad, sin que para ello sea necesario una orden expresa del empresario”. Otros reservan la calificación de accidente de trabajo *in itinere* para el sucedido durante esos desplazamientos, entendiendo que la libertad de elección del lugar de trabajo excluye que se puedan considerar “en misión” toda vez que el desplazamiento no se realiza en interés de la empresa⁶⁴. Entendiendo que la aceptación de la empresa de un lugar concreto o de un entorno flexible en el acuerdo de trabajo a distancia denota su interés, se considera preferible adoptar la primera posición. En suma, el carácter laboral del accidente ocasionado dependerá, como sucedía en el trabajo presencial, de su origen. Pero si en la ejecución presencial de la prestación el entorno sobre el cual se extendía la presunción venía dado fundamentalmente por el centro de trabajo, aquí el mismo dependerá de la mayor o menor precisión de la que hayan hecho gala las partes en la redacción del acuerdo.

El acuerdo de trabajo a distancia sirve así para concretar el objeto de la prestación y definir las fronteras espacio-temporales de la esfera privada del trabajador. Asimismo, es útil para determinar el entorno donde se desarrolla la labor preventiva y se presume la laboralidad de las lesiones ocasionadas. Pero el acuerdo de trabajo a distancia cumple una postrera función esencial, al adscribir al trabajador a un centro de trabajo en concreto [art. 7.e) RDLTD]. Con ello se establece dónde desarrollará la parte de la jornada de



Temas Laborales, nº 134, 2016, p. 144.

61 Así, han de descartarse “como laborales aquéllas [lesiones] cuyas características permitan deducir que no guardan relación alguna con el trabajo realizado, y en cambio, resultan ser claramente acreditativas de otro tipo de accidentes domésticos o incluso, de manifestaciones concretas propias de una patología común de la que ya adolecía el trabajador en cuestión” (ibídem).

62 SELMA PENALVA, A., ob. cit., p. 143.

63 CERVILLA GARZÓN, M^a. J. y JOVER RAMÍREZ, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4, 2015, p. 23.

64 POQUET CATALÁ, R., “Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, nº 4, 2017, p. 54.

trabajo presencial, pero también la unidad electoral a la que pertenece. Así, el art. 19 del RDLTD dispone que las personas trabajadoras tendrán “derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas” (sic.).

Dista mucho de tratarse de una cuestión baladí, toda vez que el TS⁶⁵ ha avalado la extinción del mandato de los representantes de los trabajadores cuyo centro de trabajo había desaparecido tras haber suscrito un acuerdo novatorio en el cual se pactaba el tránsito hacia el trabajo a distancia, con la consiguiente adscripción a un nuevo centro de trabajo, dotado ya de representación. Ello se consideró así “en la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación”⁶⁶. Sólo escaparán de esta consecuencia los cierres “en fraude de ley o maquinación para conseguir la finalización *ante tempus del* mandato representativo de los trabajadores”⁶⁷ o el traslado de parte de los representantes a otro centro carente de representación.

Ante estos supuestos, se comparte la posición de quien, para evitar “maniobras elusivas”⁶⁸, recomienda introducir en el RDLTD alguna referencia que condicione la libre asignación mediante el acuerdo, que entrará en juego a falta de disposición convencional al respecto⁶⁹. Con ello se persigue, una vez más, poner coto a los desmanes de la autonomía de la voluntad como fuente de regulación inapropiada para una relación aquejada de un notable desequilibrio entre los contratantes.

2.3. Obligaciones formales

El acuerdo de trabajo a distancia deberá celebrarse por escrito, pudiendo estar incorporado al contrato de trabajo o plasmado en un documento aparte, de formalizarse en un momento posterior. En todo caso, debe firmarse antes de que se inicie el trabajo a distancia. (art. 6 RDLTD). Su exigencia se ha considerado *ad probationem*⁷⁰. El RDLTD omite las consecuencias de su inobservancia, que procede buscar en el art. 8.2 ET, a tenor del cual

.....

65 Véase STS de 28 de abril de 2007 (RJ\2017\2768).

66 *Ibidem*. Posición de la que se discrepa en el voto formulado por la Magistrada VIROLES PIÑOL, para quien la adscripción se ha realizado de modo “meramente administrativo o de organización interna en la empresa puesto que la desaparición de tres centros de trabajo y la adscripción de sus trabajadores al centro de trabajo de Madrid no ha implicado modificación geográfica o funcional alguna con respecto a los trabajadores que prestaban servicios en los centros que han sido cerrados”.

67 DE LAS HERAS GARCÍA, A., “La adscripción del teletrabajador y la representación legal de los trabajadores: una asignatura pendiente (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 379/2017, de 28 de abril)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 413-414, 2017, p. 202.

68 DE LAS HERAS GARCÍA, A., *ob. cit.*, p. 206.

69 *Ibidem*.

70 ÁLVAREZ CUESTA, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 43, 2020, p. 181.

“el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”. No falta quien haya entendido que, en este caso, el desenlace más oportuno consistiría en estimar la prestación como debida en el centro de trabajo al que esté adscrita la persona trabajadora⁷¹. Pero, de configurarse como una presunción *iuris tantum*, sería sencillo desvirtuarla mediante la acreditación de la prestación efectiva fuera de las dependencias de la empresa. Por otra parte, no parece del todo adecuado exigir la ejecución de la prestación en las dependencias de la empresa cuando ya se está dando la situación de hecho si no se discute el consentimiento del deudor. Quizá por ello fortalecería más la posición de éste decantarse por la opción proporcionada por el texto legal, debiendo el empresario asumir un vínculo contractual más estable, salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal o a tiempo parcial de la relación.

Se trata de una interpretación tendente a robustecer el deber de consignar por escrito el acuerdo, propósito al cual contribuirá en mayor medida la tipificación de la inobservancia de la forma escrita del acuerdo de trabajo a distancia como una infracción grave (art. 7.1 del 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 Social⁷², en adelante, LISOS).

Sea como fuere, el reconocimiento de dicho deber resulta de suma importancia, puesto que la imposición de una forma escrita contribuirá a facilitar el control del contenido de un acuerdo proclive a albergar cláusulas de dudosa licitud. Consciente de ello, el legislador obliga a la empresa a entregar a la representación legal de las personas trabajadoras la copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, “excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores”. Asimismo, se recuerda que el tratamiento de dicha información “estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos”. Se evocan así las cautelas consignadas en el art. 8.4 ET al exigir la entrega de la “copia básica”⁷³ de todos los contratos que deban celebrarse por escrito a la representación legal de los trabajadores, indicio inequívoco de novación objetiva.

Dicha entrega se realizará “en un plazo no superior a diez días desde su formalización”, debiendo ser firmada por el receptor “a efectos de acreditar que se ha producido la entre-

71 *Ibidem*.

72 BOE nº 189, de 8 de agosto de 2000.

73 Por contraposición a la “copia íntegra”, que sí contendrá tales datos (ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “El deber de información relativo a la clasificación profesional del trabajador”, *Base de datos de La Ley*, documento 5903/2002, p. 13).

ga' (art. 6.2 RDLTD). Aunque se omita en el RDLTD, su propósito no es otro que el de comprobar la adecuación del contenido del acuerdo a la legalidad vigente, como reconoce sin ambages el art. 8.4 ET.

Se introduce así una instancia de fiscalización que recuerda a un método de control abstracto, cuyo objeto no es un contrato concreto y determinado⁷⁴, sino el acto de predisposición en sí mismo, concebido para ser aplicado a las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, el control abstracto *stricto sensu* opera sin necesidad de que la cláusula en cuestión se vea incorporada a contrato alguno⁷⁵, evitando así un posterior litigio, lo cual no sucede en este supuesto, donde el contenido en cuestión ya ha sido incorporado a un acuerdo. Lo más parecido a un control abstracto del contenido contractual conocido por el Derecho del Trabajo deriva del deber de dar a conocer a los representantes de los trabajadores los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa, así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral (art. 64.2 ET). Se echa en falta una conveniente mención al acuerdo de trabajo a distancia. Puesto que tampoco alude a este deber el RDLTD, resulta obligado señalar su reconocimiento como una de las carencias a solventar por una futura reforma.

Con todo, es de advertir que este método de control, configurado como un derecho de los representantes de los trabajadores, no repara en su probable ausencia en multitud de empresas, como acontece en aquéllas que cuenten con diez o menos trabajadores, a no ser que al tener entre seis y diez se decida nombrar por mayoría un delegado de personal (art. 62.1 ET)⁷⁶. Por ello, se ha reforzado añadiendo el deber de enviar la copia básica del acuerdo a la oficina de empleo, incluso cuando no exista representación legal (art. 6.2 RDLTD).

No se evita, empero, la incorporación del contenido contractual potencialmente abusivo al acuerdo, riesgo a cuya evitación deberá contribuir la negociación colectiva, identificando las prácticas dimanantes del desequilibrio que el Derecho del Trabajo está destinado a corregir. De esta forma, el control de la ilicitud del contenido del acuerdo no se llevará a cabo acudiendo a los vagos conceptos de abuso de derecho o fraude de ley (art. 6.4 y 7.2 Cc), sino que la cláusula en cuestión podría subsumirse en el supuesto de hecho de una norma directamente prohibitiva⁷⁷.

74 Al respecto, véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *et alia*, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas (Madrid, 1996), p. 9.

75 BUSTO LAGO, L.M., "El control abstracto de las condiciones generales de los contratos", *Base de datos de Westlaw*, documento BIB 1998\568, p. 1.

76 Sobre este extremo, véase GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reforma del mercado de trabajo", *Revista española de Derecho del Trabajo*, n° 70, 1995, pp. 244 y ss.

77 VILLALBA SÁNCHEZ, A., *La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo*, Comares (Granada, 2018), p. 325.

3. CONCLUSIÓN

En virtud del acuerdo de trabajo a distancia se introduce una novación objetiva del contrato de trabajo que no puede ser impuesta por el empresario, sino que ha de ser libremente consentida por ambas partes. Su régimen jurídico constituye una especialidad del contemplado en los arts. 1203 y ss. Cc, cuya regulación descansa fundamentalmente en la propia autonomía de la voluntad que la ha generado. A ella incumbe establecer su duración y los plazos de preaviso para su reversibilidad, derecho que ha de disciplinar la negociación colectiva y cuyo ejercicio supondrá tornar al contenido inicial de un vínculo contractual no extinto merced a una novación que, por consiguiente, será modificativa o impropia.

La trascendencia de esta novación, más intensa que cualesquiera otras de las permitidas por el art. 41 ET, justifica que haya venido acompañada de mecanismos concebidos para controlar la licitud de sus estipulaciones. De su eficacia dependerá la detección de cláusulas susceptibles de ensanchar el débito laboral hasta desbordar la esfera profesional, antaño recluida entre las paredes del centro de trabajo. Su previsión, sin embargo, no basta para restaurar el equilibrio de un acuerdo destinado a modular el objeto mismo del contrato, propósito que sólo podrá alcanzarse dentro del marco diseñado por una negociación colectiva cuya evolución ha de correr pareja a la sufrida por el trabajo por cuenta ajena. A tal fin, procede dotar de contenido a unos “derechos digitales” que, lejos de ser accesorios, constituyen el acervo jurídico del trabajador del s. XXI. Es menester, pues, que la perspectiva de los interlocutores sociales cambie para que la protección debida al trabajador a distancia sea igual que la otrora deparada al tradicional.