

NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE TRABAJO A DISTANCIA

En el contexto excepcional de la actual pandemia, que ha exigido una amplísima generalización del trabajo a distancia en aquellos sectores y actividades que lo han permitido, se adopta una nueva legislación, mediante el Real Decreto-Ley 28/2020 de 22 de septiembre (el "RDL"), que viene a sustituir y ampliar la parca regulación que sobre la materia contenía el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores ("ET").

El precedente normativo inmediato es el RDL 8/2020 de 17 de marzo ("RDL 8/2020"), norma excepcional adoptada en el Estado de Alarma, cuyo artículo 5º estableció el carácter preferente del trabajo a distancia con el objetivo de garantizar la continuidad de la actividad empresarial en el contexto de la crisis sanitaria, en virtud de lo cual las empresas debían establecer sistemas de organización, particularmente por medio del trabajo a distancia, si ello era posible técnicamente, y como mecanismo de organización alternativo y prioritario frente a la suspensión o reducción de la actividad.

El RDL 15/2020 de 21 de abril prorrogó la vigencia de esta medida excepcional durante tres meses tras el fin del Estado de Alarma (hasta el 21 de septiembre de 2020), y finalmente el RDL 21/2020 de 9 de junio estableció diversas medidas a aplicar en el contexto de la denominada Nueva Normalidad posterior a dicho Estado de Alarma, entre las cuales, se contemplaba que las empresas deberían "*adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible*".

Con estos precedentes, el RDL fija un marco legal estable, para el desarrollo del Trabajo a distancia en tiempos de normalidad, cuyo régimen sin embargo no resulta aplicable al trabajo a distancia que venga actualmente realizándose de

Aspectos clave

- Nueva normativa para el Trabajo a Distancia: será voluntario y reversible. El empleador asumirá los posibles costes ocasionados al trabajador
- Para el trabajo a distancia actualmente desarrollado como medida de contención sanitaria, no aplica la nueva normativa y la compensación de gastos se remite a la negociación colectiva
- En el nuevo régimen de trabajo a distancia se exige acuerdo escrito previo, con un contenido mínimo y con comunicación de su copia básica a los representantes de los trabajadores
- El catálogo de derechos del trabajador a distancia incluye derechos a la flexibilidad horaria, a la desconexión digital, a una especial atención en materia de prevención de riesgos laborales y a la formación y promoción profesional

modo excepcional al amparo del art. 5 del RDL 8/2020 o como respuesta a la crisis sanitaria.

Procedemos a resumir los aspectos más relevantes de la nueva normativa:

1. VIGENCIA Y APLICACIÓN. NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO

El RDL entra en vigor a los 20 días desde su publicación en el BOE (23 de septiembre), si bien la Disposición Transitoria 3ª establece que "la normativa laboral ordinaria", (debe entenderse la normativa previa al RDL), seguirá siendo aplicable al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del art. 5 del RDL 8/2020 *"o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19 y mientras estas se mantengan"*.

Para estas situaciones, se estipula que las empresas deben en todo caso dotar de medios, equipos y consumibles precisos para el desarrollo del trabajo a distancia, y asegurar su mantenimiento. Respecto de la forma de compensación de los gastos que en su caso se ocasionasen al trabajador, el RDL se remite a lo que se acuerde en la negociación colectiva.

Respecto de las situaciones de trabajo a distancia de carácter ordinario que estuvieran ya reguladas por acuerdos o convenios colectivos, el RDL devendrá aplicable cuando concluya la vigencia de dichos acuerdos o convenios colectivos (o en el plazo de 1 año si los mismos no tuvieran un plazo de vigencia, extensible a 3 años si así lo acuerdan las partes en tales convenios o acuerdos).

El Acuerdo de Trabajo a Distancia regulado en el RDL deberá formalizarse en el plazo de 3 meses desde que el RDL devenga aplicable a una relación laboral en concreto, y en igual plazo deben realizarse las adaptaciones impuestas por el RDL a los acuerdos previamente suscritos al margen de convenio o acuerdo colectivo.

Finalmente, se prorroga hasta el 31 de enero de 2021 la vigencia del art. 6 del RDL 8/2020 (Plan MECUIDA), que contempla diversos derechos del trabajador a la adaptación de su régimen de trabajo, incluyendo el cambio al trabajo a distancia, por "deberes de cuidado" relacionados con la crisis sanitaria.

2. DEFINICIÓN Y PRINCIPIO BÁSICO

Se define el trabajo a distancia a los efectos del RDL, como aquel desarrollado *"en el domicilio del trabajador o lugar libremente elegido por éste"* (como ya contemplaba el ET), durante toda su jornada o parte de ella, y *"con carácter regular"*. Dicha regularidad se concreta en un porcentaje mínimo de un 30 % de tiempo de trabajo prestado a distancia durante un período de referencia de 3 meses (previamente el ET se refería simplemente al trabajo que se prestase a distancia *"de manera preponderante"*). Así, en la práctica, la nueva legislación no aplicaría cuando el trabajo se presta a distancia durante un día a la semana, y sí aplicaría a partir de día y medio de trabajo a distancia a la semana.

El teletrabajo se define como el trabajo a distancia realizado mediante el uso de medios informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

El principio de Igualdad de Trato y No Discriminación se configura como principio básico en el ámbito de esta modalidad contractual. Así, se declara que quien trabaje a distancia no podrá sufrir perjuicio alguno ni modificación adversa en sus condiciones laborales.

Si se acuerda el trabajo a distancia en contratos en prácticas o para la formación, o en contratos con menores, al menos el 50 % del tiempo de trabajo deberá ser presencial.

3. EL ACUERDO DEL TRABAJO A DISTANCIA

La modalidad de trabajo a distancia deberá pactarse por escrito de modo previo a su ejecución, siendo voluntario para empresa y trabajador. No podrá imponerse unilateralmente por parte de la empresa mediante el procedimiento del art. 41 ET sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo.

La decisión de pasar del trabajo presencial al trabajo a distancia será reversible para la empresa y para el trabajador en los términos que se regulen en la negociación colectiva, o en su defecto, en el acuerdo a suscribir entre las partes para el trabajo a distancia.

La negativa del trabajador a trabajar a distancia, las dificultades para realizar el trabajo a distancia o el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial no serán causas justificativas para la extinción de la relación laboral o para una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Se estipula un contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia, que debe incluir:

- **Inventario** de medios y equipos para desarrollar el trabajo, incluyendo consumibles y muebles, y vida útil para su renovación.
- Enumeración de los **gastos** que el trabajador pueda tener por trabajar a distancia y modo de cuantificar y abonar su compensación obligatoria por la empresa, acorde con la previsión en el convenio o acuerdo colectivo aplicable.
- **Horario** de trabajo, reglas de disponibilidad y distribución entre trabajo a distancia y presencial.
- Centro de trabajo al que el trabajador queda adscrito, **lugar de trabajo** elegido por el trabajador y medios de **control empresarial** sobre la actividad laboral.
- Procedimiento para posibles **dificultades técnicas** que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia e **instrucciones de la empresa** en materia de protección de datos y seguridad de la información.
- Plazo de **preaviso** para ejercer las situaciones de reversibilidad y **duración** del acuerdo, que puede pues concertarse de modo indefinido o por un período de tiempo determinado.

La empresa debe entregar a la representación legal de los trabajadores, en el plazo de 10 días, copia básica de todos los acuerdos suscritos sobre trabajo a distancia, así como de sus modificaciones (con respeto a la normativa de protección de datos y excluyendo determinados datos personales, según art. 8.4 ET). Dicha copia deberá remitirse también a la Oficina de Empleo.

4. MODIFICACIONES EN EL TRABAJO A DISTANCIA

La modificación de los términos fijados en el acuerdo del trabajo a distancia, incluyendo el porcentaje de presencialidad, requiere acuerdo de las partes, que se formalizará por escrito de modo previo a su implantación.

Quienes trabajen a distancia durante toda su jornada desde el inicio de su relación laboral tienen prioridad para ocupar puestos presenciales vacantes en la empresa. A tal efecto, la empresa debe informar de tales vacantes a quienes así trabajen a distancia y a sus representantes.

Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer criterios, mecanismos y preferencias para pasar de una modalidad laboral a otra.

5. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA

Compensación de gastos y aportación de medios y herramientas de trabajo

La empresa debe proporcionar al trabajador los medios, equipos y herramientas necesarios para el desempeño del trabajo a distancia, conforme al inventario previsto en el acuerdo suscrito entre las partes y, en su caso, conforme a los términos establecidos en el convenio o acuerdo colectivo aplicable. Asimismo, la empresa debe garantizar el mantenimiento de dichos medios y la atención precisa en caso de dificultades técnicas.

Además, la empresa debe sufragar o compensar al trabajador los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo del trabajo a distancia. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación y compensación o abono de estos gastos.

Tiempo de trabajo y registro horario

El trabajador a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido, conforme a lo dispuesto en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, y respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso.

El sistema de registro horario debe reflejar fielmente la jornada de trabajo, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, incluyendo, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

Acciones formativas y promoción profesional

La empresa debe garantizar la participación de los trabajadores a distancia en las acciones formativas en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores presenciales y, en concreto, debe ofrecer al trabajador a distancia formación específica para el adecuado desarrollo de su actividad.

Por otro lado, la empresa debe informar por escrito al trabajador a distancia sobre las posibilidades de ascenso que se produzcan, incluyendo puestos de desarrollo presencial o a distancia.

Prevención de riesgos laborales

Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en términos equivalentes a los trabajadores presenciales. La empresa debe tener en cuenta, particularmente, los riesgos asociados a esta modalidad de trabajo derivados de factores psicosociales, ergonómicos y organizativos, entre otros, y deberá recabar la

información precisa para una adecuada evaluación de riesgos de la zona habilitada para la prestación de los servicios a distancia.

Cuando la obtención de información sobre los riesgos a los que se expone el trabajador a distancia requiera la visita al lugar en el que se desarrolla la actividad, deberá emitirse un informe previo, que se trasladará al trabajador a distancia y a los delegados de prevención. Dicha visita requerirá el consentimiento del trabajador a distancia si se trata de su domicilio o del de una tercera persona física. En caso de no concederse dicho permiso, la actividad preventiva por parte de la empresa se efectuará en base a la información facilitada por el trabajador a distancia, según instrucciones dadas por el servicio de prevención.

Uso de medios digitales y derecho a la desconexión digital

El RDL garantiza expresamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos del trabajador a distancia en la utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos, y establece que los medios de control utilizados deberán ser idóneos, necesarios y proporcionados.

La empresa debe establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, para lo cual se requerirá la participación de la representación legal de los trabajadores. Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos de un eventual uso por motivos personales de los equipos informáticos que la empresa ponga a disposición para el desarrollo del trabajo a distancia.

La empresa no podrá exigir el uso de dispositivos personales ni la instalación en los mismos de programas o aplicaciones para el desarrollo de la actividad laboral.

Además, la empresa debe garantizar el derecho del trabajador a distancia a la desconexión digital, lo que conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos durante los periodos de descanso, con el consiguiente respeto de todos los límites legales en materia de jornada.

En línea con el art.88.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la empresa deberá elaborar, previa audiencia de la representación legal de los trabajadores, una política interna en la que se definan las modalidades de ejercicio de este derecho, preservando el derecho a la desconexión digital en el trabajo a distancia.

Derechos colectivos

Los derechos colectivos de los trabajadores a distancia se ejercitarán en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores presenciales.

La empresa debe garantizar la comunicación entre trabajadores a distancia y sus representantes, así como con el resto de los trabajadores presenciales, además de suministrar a la representación legal de los trabajadores los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad representativa, tales como la implantación de un tablón virtual o el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa.

Asimismo, debe garantizarse que los trabajadores a distancia puedan participar en las actividades organizadas por los representantes o por el resto de los trabajadores, haciendo hincapié en el ejercicio presencial de su

derecho a voto en las elecciones a representantes legales de los trabajadores.

6. FACULTADES DE DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL

El trabajador a distancia deberá cumplir las instrucciones empresariales sobre protección de datos (previa participación de la representación de los trabajadores) y seguridad de la información (previa información de la representación legal de los trabajadores), así como sobre el uso y conservación de los equipos o útiles informáticos facilitados.

La empresa podrá adoptar las medidas de vigilancia y control oportunas para verificar el cumplimiento de los deberes laborales, incluyendo la utilización de medios telemáticos, con el debido respeto a la dignidad del trabajador.

7. ASPECTOS PROCESALES

Se habilita un procedimiento específico para dirimir las discrepancias en materia de trabajo a distancia, de carácter urgente y sin posibilidad de recurso contra la sentencia que se dicte (salvo que proceda por cuantía si la demanda incluye reclamación de resarcimiento de perjuicios).

CONTACTOS



Juan Calvente
Counsel

T +34 91 590 7546
E juan.calvente@cliffordchance.com



Efraína Fernández
Abogada

T +34 91 590 9464
E efraina.fernandez@cliffordchance.com



Jorge Martín-Fernández
Abogado

T +34 91 590 4101
E jorge.martin-fernandez@cliffordchance.com



Cristina González
Abogada

T +34 91 590 2259
E cristina.gonzalez@cliffordchance.com



Isabel Palacios
Abogada

T +34 91 590 4186
E isabel.palacios@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance, S.L.P.U.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.