



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.807>

ENSAYO SOBRE LA LEY DE TRABAJO A DISTANCIA

ESSAY ON THE DISTANCE WORK ACT

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 16/10/2021

Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La reciente promulgación de la Ley de Trabajo a Distancia en plena pandemia es una buena ocasión para analizar cómo ha evolucionado este tipo de trabajo, en contraposición al clásico presencial que organiza el Estatuto de los Trabajadores. Sin aquietarse a un aparataje bibliográfico ortodoxo se realiza un ensayo de lectura ágil y rápida que sucintamente forme al lector en los principios obligaciones básicos de esta modalidad de ejercicio de la actividad productiva por cuenta ajena.

Palabras clave: Ley de trabajo a distancia, derechos y obligaciones del trabajador a distancia.

ABSTRACT

The recent enactment of the Telecommuting Law in the midst of the pandemic is a good opportunity to analyze how this type of work has evolved, in contrast to the classic

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. 4 sexenios de investigación. Autor de numerosas publicaciones jurídicas de su especialidad. Principales líneas de investigación: El despido objetivo; el sistema público de Protección Social y el impacto en el trabajo de la industria 4.0.

face-to-face organized by the Workers' Statute. Without settling down to an orthodox bibliographic apparatus, an agile and rapid reading essay is carried out that succinctly trains the reader in the basic principles of this type of exercise of productive activity as an employee.

Keywords: Remote work law, rights and obligations of the remote worker.

Sumario: 1. Del Estatuto de los Trabajadores a la Ley de trabajo a distancia. 2. Estructura y organización interna de la LTD. 3. Características del Trabajo a Distancia. 3.1. Identificación del trabajo a distancia. 3.2. Lugar de realización del trabajo. 3.3. Igualdad de derechos. 4. El acuerdo de Trabajo a Distancia. 5. Derechos de los trabajadores a distancia. 5.1. Derecho a la dotación de medios y útiles de trabajo. 5.2. Derecho a la intimidad y a la protección de datos. 5.3 Derecho a la desconexión digital. 6. Dirección y control empresarial. 7. Derechos colectivos. 8. El trabajo a distancia en la negociación colectiva. 9. El trabajo a distancia en la Administración Pública. 10. Reglas transitorias. 11. Reclamación en trabajos a distancia. 11.1. ¿Son adecuadas estas especialidades para el acceso, la reversión y la modificación? 11.2. La técnica reguladora empleada.

1. DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A LA LEY DE TRABAJO A DISTANCIA

Recientemente se ha promulgado la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD, en adelante), y puede ser una buena ocasión para diseccionar, aunque sea brevemente, sus fortalezas y puntos más vidriosos con el propósito de que el lector se forme una visión completa de la misma, facilitando la comparación con otros modelos que regulan esta modalidad de actividad laboral en otros ordenamientos jurídicos².

Entroncada en normas de la Unión Europea de similar orientación, la LTD pretende sustituir la regulación que se contenía en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), claramente insuficiente para organizar y

² La ley puede consultarse directamente en la página del Boletín Oficial del Estado Español, en el siguiente link: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472>

disciplinar una actividad tan peculiar y distinta del trabajo regulado por el ET, que es esencialmente presencial. No se trata solamente de que la regulación del ET fuese insuficiente, que lo era, sino, sobre todo, de que su aplicación provocaba una auténtica incompatibilidad para poder desarrollar una actividad a distancia. Existe una contradicción en los principios estructurales que gobiernan ambas formas de realizar una actividad laboral tan llamativa que la reconciliación de intereses parece imposible. Es una filosofía radicalmente distinta en cuanto a la concepción del trabajo. El Estatuto de los trabajadores pretende, sobre todo, abordar la regulación de una actividad laboral presencial en un centro físico de trabajo, tradicionalmente fabril. El trabajo a distancia necesita una ordenación que gobierne, desde la singladura del contrato hasta su extinción pasando por todas las instituciones jurídicas implicadas en el devenir del día a día, la juridificación de sus elementos teniendo en consideración la ausencia, precisamente, del elemento que siempre se ha tenido en consideración en el contrato de trabajo: la presencialidad del trabajador en el centro de trabajo, en la fábrica, en la oficina...

Ello exige una regulación nueva, algo más que la mención que contenía el derogado art. 13 ET cuando observaba unas brevísimas reglas de ordenación del trabajo a distancia. Ahora el art. 13 es mucho más honrado, al reconocer, simplemente, que “Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia”.

2. ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA LTD

Dos circunstancias llaman la atención en una lectura rápida de la norma.

En primer lugar, el poco decoro legislativo que se tiene al emplear una norma para regular situaciones distintas de las que evoca su nomenclatura. En la LTD se regulan, además del trabajo a distancia naturalmente, cuestiones impositivas (el régimen fiscal aplicable a la final de la *UEFA Women's Champions League 2020*), se modifica (de manera notable con 8 folios de boletín) el ingreso vital mínimo, y se acomodan normas que atienden a ordenar la pandemia desde

el punto de vista fiscal (el IVA de adquisiciones comunitarias de bienes destinados a combatir el Covid-19) administrativa (se modifica la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social) y ordenancista (se altera la Ley General Presupuestaria, la Ley de firma electrónica, la Ley del Juego, la Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la Ley del Sector Ferroviario, etc). De las 43 páginas de boletín oficial solo 8 se dedican a regular el trabajo a distancia. Es un proceder legislativo poco elegante, confuso y, sobre todo, que revela una desatención a la cuestión normada.

En segundo lugar, es desproporciona el volumen que ocupa en la norma la exposición de motivos. Nuestro legislador abusa de las exposiciones de motivos en esta y en otras normas con el propósito de configurar una realidad nueva. No está de más recordar que, por largas que sean, las exposiciones de motivos carecen, en sentido estricto, de valor técnico jurídico, y aunque sí es cierto que sirven para enmarcar la norma y comprenderla en su contexto histórico, técnico, y social, suelen ser más apreciadas por los académicos que por los prácticos, tienen, en definitiva, más valor docto que práctico. Pero el legislador legisla para los prácticos, no para los académicos o estudiosos. Ni siquiera legisla para la posteridad, pues nada más contingente que una norma jurídica, más si cabe si es del ámbito social del derecho.

La estructura de las normas es sumamente convencional. En un primer capítulo identifica el ámbito de aplicación y proclaman los principios esenciales que estructuran la norma. En el capítulo segundo, verdadero centro neurálgico del trabajo a distancia, se regula el acuerdo de trabajo a distancia, implementando el catálogo de obligaciones que rigen para ambas partes. En el capítulo tercero se enuncian los derechos de las personas trabajadoras a distancia, con singular atención a aspectos relacionados con la dotación y mantenimiento de los equipos medios y herramientas necesarios para la realización de la actividad laboral. En el capítulo cuarto se aborda el poder de dirección del empresario a través de las facultades organizativas, abordándose en las Disposiciones Adicionales cuestiones complementarias, entre ellas dos especialmente trascendentes: el trabajo a distancia las administraciones públicas, y el rol que juega la

negociación colectiva en la elaboración de convenios colectivos que aborden el trabajo a distancia.

No vamos a exponer todas las cuestiones conflictivas de la norma, sino, más precisamente, a enumerar aquellos aspectos que, por su entidad y su distintiva regulación en relación con el trabajo convencional, puedan ilustrar al lector de la revista cómo se ha regulado en el ordenamiento jurídico español esta cuestión.

3. CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO A DISTANCIA

Las disposiciones generales de la norma, arts. 1 a 4, se dedican a regular su ámbito de aplicación, las definiciones, y la igualdad de derechos en relación con otro tipo de trabajadores.

3.1. IDENTIFICACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA

La norma reclama su aplicación en aquellas actividades laborales que, con “carácter regular”, se desarrollen a distancia. Y se concreta en el 30 % de la jornada el porcentaje mínimo que ha de desarrollarse de esta manera para considerarse que el trabajo debe ser calificado como de “a distancia”. Así, se considerará tal: a) el que se desarrolle en su totalidad a distancia, y también b) aquel que ocupe, “al menos, el 30 % de la jornada” en un período de referencia de tres meses. De esta manera un trabajador puede ser considerado trabajador presencial y trabajador a distancia indistintamente, aplicándosele tanto el ET como esta norma, cuando desarrolla su actividad presencial y a distancia en no menos del 30 % de su jornada. Del mismo modo, si no realiza, al menos, el porcentaje mínimo de actividad a distancia indicado en la norma -el 30 % de la jornada- no se aplicará ninguna de las previsiones de LTD.

Puede ser discutible el porcentaje -el 30 %, en vez de otros imaginables, el 25 %, por ejemplo- pero es claro que se emplea una fórmula inteligible y, hasta cierto punto, fácil de utilizar y controlar. No parece que dicho porcentaje pueda ser alterado o modificado por la negociación colectiva, por lo que estamos en

presencia de una norma de derecho necesario. La única excepción a este porcentaje es la expresada en el artículo tres para el trabajo celebrado con menores y para los contratos en prácticas y para la formación y aprendizaje en donde llega a un 50 %.

3.2. LUGAR DE REALIZACIÓN DEL TRABAJO

La clave del trabajo a distancia está en la denominación que se emplea para configurarlo: actividad laboral que se presta “en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por éste” de manera regular en el porcentaje especificado. Se sigue así la misma regla que ya se empleada en el ahora derogado art. 13 ET. Continuidad en ese sentido, aunque, en realidad, es difícil imaginar otra forma de concreción. Básicamente porque se trata de regular esa manera de ejercer la actividad profesional por cuenta ajena.

3.3. IGUALDAD DE DERECHOS

El espíritu de la norma es claro: el trabajador tiene los mismos derechos que el trabajador presencial, y no puede sufrir ningún tipo de “perjuicio” en ninguna de las condiciones de trabajo, incluyendo las remuneradoras, por el ejercicio de su actividad a distancia.

Objetivos, ambos, que se concretan de manera pormenorizada en el resto del articulado, con matices a veces difíciles de concretar y apreciar. Así, por ejemplo, en relación con las retribuciones el trabajador a distancia tiene derecho a percibir todas las propias del grupo, puesto, nivel y funciones, y también aquellas relacionadas con “las condiciones personales”, los “resultados de la empresa” y “las características del puesto de trabajo”. Parece razonable el propósito legislativo, aunque en relación con las características del puesto puede causar algún que otro problema, sobre todo en aquellos puestos de trabajo que, por su naturaleza o desarrollo concreto, requieran la presencialidad del trabajador.

Dos matices más pueden comentarse. En primer lugar, y de manera muy razonable, el interés normativo en asegurar que el trabajador no sufra perjuicio alguno por “las dificultades, técnicas u otras, no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudiera producirse, sobre todo en caso de teletrabajo”. Aunque el propósito parece loable, y, en todo caso, equiparable al que acontece en el trabajo presencial -cortes de luz, de suministro de internet, de falta de pedidos, etc.-, quizá hubiera sido deseable la implementación de algún mecanismo de control empresarial de estas circunstancias. Más que nada porque en los centros de trabajo es relativamente sencillo ejercer el control empresarial, diluyéndose éste en el trabajo a distancia.

Aunque el propósito es encomiable, no se alcanza a comprender cómo la empresa puede patrocinar protección a las víctimas de violencia de género. Por eso precisa la norma que ello se hará “dentro de la capacidad de actuación empresarial”.

Es importante subrayar que los trabajadores a distancia tienen los mismos derechos de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo la adaptación de jornada, previstos en el art. 38.4 ET, modificado recientemente por 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 ocupación.

4. EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

El corazón del trabajo a distancia es el acuerdo voluntario entre trabajador y empresario, que será siempre por escrito y que, obligatoriamente, debe contener determinadas menciones que puntualiza y detalla el art. 7 de forma prolija y detallada.

Es importante precisar que el trabajo a distancia no puede ser impuesto, ni por vía del *ius variandi*, ni mediante las posibilidades que permite el art. 41 ET cuando regula la movilidad funcional del trabajador. Ni siquiera, así lo entiendo, sería viable la imposición de esta modalidad de trabajo mediante la negociación

colectiva. La voluntariedad debe preservarse siempre, tanto para la suscripción del acuerdo y el establecimiento del trabajo a distancia, como para su mantenimiento a lo largo del tiempo. Por eso debe garantizarse siempre y en todo caso la reversibilidad del acuerdo, es decir, la posibilidad de volver a ejercitar actividad laboral de manera presencial en el centro físico de la empresa, garantizándose, además, que el trabajador no va a experimentar ningún perjuicio por el abandono de la modalidad de trabajo a distancia.

El documento, siempre escrito, debe formalizar en todo caso antes del comienzo de la actividad a distancia, y debe incorporarse al contenido normativo del contrato, así como comunicarse -como si se tratase de una copia básica del contrato- tanto a los representantes legales de los trabajadores, como a la oficina de empleo. Así de trascendente se considerada, con el mismo status, en definitiva, que cualquier otro contenido obligacional del contrato.

El contenido “mínimo” del acuerdo del trabajo a distancia es razonable, suficiente y adecuado. No parece faltar ninguna mención, ni se echan de más las especificadas. No se imaginan especificidades adicionales a las mencionadas.

Tres son las que, a mi juicio, merecen una mención más detallada. En primer lugar, la necesidad de que se especifiquen los gastos que pudiera sufragar el trabajador para el desarrollo de su trabajo a distancia, y también el sistema de “cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa”, y “el momento y forma para realizar la misma”. Parece claro cuál es el propósito del legislador, evitar que el desarrollo del trabajo a distancia le suponga al trabajador un desembolso económico no reintegrable. Sobre esta mención, no obstante, debe proyectar la negociación colectiva toda su capacidad normativa. Parece una materia propicia para ello.

En segundo lugar, la mención al porcentaje de distribución entre el trabajo presencial y a distancia que, dentro de la jornada total, va prestar el trabajador. Seguramente sea un instrumento que se modifique con frecuencia a lo largo de la vida del contrato de trabajo, por lo que no sorprende que no se indique cómo proceder a la concreción de los porcentajes, aunque, en la dinámica de la norma quizá sea una cuestión menor, porque no tiene ninguna consecuencia práctica.

Apréciase que el artículo 8 de la LTD se dedica a implementar un principio de prioridad hacia el trabajo presencial de los trabajadores a distancia, que puede servir, en caso de duda, para resolver problemas técnicos de modificación del porcentaje de presencialidad.

Y, en tercer lugar, es interesante la mención que realiza en relación con el “procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo de trabajo a distancia”, básicamente porque ataca uno de los problemas más vidriosos de la relación laboral: la imposibilidad de prestación laboral, que en el trabajo presencial se ha resuelto con el art. 30 ET mediante una técnica muy sencilla derivada del derecho de obligaciones del derecho civil.

Aunque no lo dice expresamente su artículo siete, por imposición del artículo 5.3 también debe figurar en el contenido mínimo del acuerdo el plazo y los mecanismos de reversibilidad del trabajo a distancia. La norma exige que se mencione expresamente la duración del acuerdo, pero no exige que se indique expresamente esta mención. Es una deficiencia técnica que también podrá ser salvada, en una buena lógica, mediante la aplicación de las reglas que imponga la negociación colectiva.

5. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA

Es razonable que la norma pretenda asegurar el ejercicio de derechos que se pueden ver comprometidos por la no presencia del trabajador en el centro de trabajo, como ocurre particularmente con el derecho a la formación y a la promoción profesional. Pero los aspectos más interesantes de esta regulación son: el de dotación de medios para el desarrollo del trabajo, el de atención precisa empresarial, y el de abono de gastos que ha sufragado al trabajador para trabajar a distancia.

El trabajador, siguiendo ese triple esquema, tendrá 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”, indicándose en el

acuerdo por escrito cuáles son éstos, como se le suministran al trabajador, y cómo funcionan. Hay dos problemas no del todo bien resueltos: la formación en relación con la utilización laboral de dichos útiles o herramientas, y, sobre todo, qué ocurre cuando el trabajador emplea materiales propios para trabajar a distancias, un ordenador de su propiedad, un teléfono, etc. No nos estamos refiriendo a que el trabajador adquiera dichos instrumentos, pues para eso la norma sí implementa una solución, del todo razonable: que se reintegran los gastos ocasionados. Nos referimos a la utilización laboral de bienes (generalmente de consumo: impresoras, *routers*, *wifi*, ordenadores, etc.) que ya poseía el trabajador. Probablemente su utilización corra de cuenta del trabajador.

Llama la atención el detalle que indica la norma en relación con “la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso del teletrabajo”. Se menciona así una circunstancia que puede dar lugar a problemática muy singular y específica entre trabajador y empresario, aunque la norma señala que dicha atención “se garantizará”, con lo cual el compromiso empresarial debe ser claro y nítido. Otra cosa es cómo se preste, y, sobre todo, qué consecuencias tendrá a nivel salarial y laboral el tiempo dejado de trabajar por imposibilidad de acometer el trabajo por defecto, deficiencias, fallos o meros imponderables técnicos.

Todos los gastos que le ocasionen al trabajador el trabajo a distancia deberán ser sufragados, en toda su extensión, por el empresario, principio bastante razonable, aunque seguro que de difícil ejecución operativa. La propia norma es consciente de las dificultades que la ejecución de dicho principio puede conllevar haciendo una mención a que los convenios colectivos “podrán” establecer mecanismos de concreción y compensación de dichos gastos. Veremos cuál es el camino que emprende la negociación, aunque seguramente será tan heterogéneo que será difícil embridarlo en principios comunes de funcionamiento.

La adecuación de los demás derechos que regula es la razonable para este tipo de actividad: se prevé una cierta flexibilidad en el horario de la prestación de servicios; particularidades en el registro horario; singularidades en la prevención de los laborales, con una particularísima posibilidad de visitar el

domicilio del trabajador para el análisis y evaluación de los riesgos laborales con el objeto de cumplir las exigencias de la ley de prevención de riesgos laborales; y también se prevé la garantía del derecho a la intimidad y a la protección de datos, así como la desconexión digital.

De todos estos derechos, regulados en la norma desde el art 9 al 19 destacan tres muy concretos que, en la perspectiva del trabajo a distancia, adquieren una relevancia especialmente significativa: el derecho a la dotación suficiente y al mantenimiento de equipos informáticos necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia (art. 11); el derecho a la intimidad y a la protección de datos (art. 17) tan expuestos en esta forma de desarrollar el trabajo (art. 17), y el (más necesario que nunca) derecho a la desconexión digital (art. 18). Ellos tres merecen un tratamiento específico en este ensayo.

5.1. DERECHO A LA DOTACIÓN DE MEDIOS Y ÚTILES DE TRABAJO

Los trabajadores a distancia tienen derecho “a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad” (art. 11). En el inventario de bienes y útiles de trabajo que se redacta para incorporar en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7) debe especificarse cuáles son esos bienes, a ser posible de la manera más exhaustiva. Dicho inventario se erige, en definitiva, en el instrumento que concreta cuáles son los bienes y útiles de trabajo que la empresa pone a disposición del trabajador. Apréciase que el derecho abarca tanto al suministro – “dotación”, en la terminología legal- y puesta a disposición de esos bienes – “medios, equipos y herramientas”- como a su “mantenimiento”, lo cual conlleva tanto su reparación en caso de ser necesario, como, probablemente, el suministro de los consumibles (tóner, cd, diskettes, etc.) necesarios para desarrollar la actividad laboral.

Si el acuerdo de trabajo a distancia no contuviese especificaciones al respecto, se acudiría a lo que estableciese, en su caso, el convenio colectivo de

aplicación. Se trata de asegurar, en cualquier caso, que existe una fuente normativa que discipline y ordene el suministro de estos bienes de trabajo.

La norma tiene especial precaución en concretar que en el supuesto de que el trabajo a distancia se ejerza por una persona con discapacidad la empresa tiene que asegurar que los medios que suministra, equipos y herramientas, sean “universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa”.

Además de este derecho a la dotación de los bienes medios y útiles necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia, se garantizará “la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo”. Problemas relacionados con la falta de suministro de internet, el colgamiento de los sistemas operativos *online*, la imposibilidad de acceder al correo electrónico o al intranet de la empresa, son circunstancias que deben quedar al abrigo de esta especificidad. Apréciase que la norma técnicamente hablando se refiere a “dificultades técnicas”, lo cual da muchísimo juego a entender incluido en su ámbito objetivo de proyección todas aquellas circunstancias que tengan que ver con la actualización de programas, implementación de antivirus, etc.

Lo que pretende la norma, de una forma muy sencilla, es que todo el coste que tenga que ver con la instalación de programas informáticos, su mantenimiento y actualización, así como la utilización de consumibles, sea abonado, en exclusividad, por el empresario para el que se ejerce el trabajo a distancia. De una forma similar a como ocurriría si se desarrollara al trabajo presencial en una fábrica o en una oficina

Muy interesantes la especificidad que se enuncia en el artículo 12, en relación con el “derecho al abono y compensación de gastos”. No son infrecuente, antes al contrario, que el trabajador aporte al desarrollo de su actividad laboral a distancia bienes útiles o consumibles sufragados por su bolsillo. En estos casos la norma es muy clara. Pretende, en primer lugar, dejar indubitadamente claro que “el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa”, precisando, en segundo lugar, que “no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral”. Ambos

derechos constituyen el preámbulo del que tiene el trabajador a distancia a la “compensación o abono de estos gastos” en el supuesto de que haya corrido por su cuenta. El problema para la real efectividad de este derecho es que la norma, el art. 12.2 vincula dicho reintegro de gastos a las previsiones que al respecto establezcan los “convenios o acuerdos colectivos”, dejando fuera de estas fuentes al posible pacto al respecto que se pueda establecer en el “acuerdo” de trabajo a distancia (art. 7), y sin especificar cómo se va a proceder al reintegro en supuesto en que no existe convenio o acuerdo colectivo.

Pues bien, en este supuesto la jurisprudencia ha sido muy cauta, por no decir cicatera, en conceder el derecho al reembolso de los gastos previamente sufragados por parte del trabajador en aquellos supuestos y situaciones en que se carecía de una fuente normativa clara -acuerdo singular o convenio colectivo- que estableciera la obligación indubitada del empresario a sufragar los referidos gastos. Como muestra la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 132/2021, de 4 de junio, deniega a trabajadores a distancia, en un procedimiento de reclamación colectiva, la compensación de los gastos que se derivaron del desarrollo del trabajo en el propio domicilio particular, así como la sustitución de útiles informáticos propios por otros de la empresa, argumentando que no existía una especificidad al respecto en el convenio colectivo que era de aplicación.

No niega, con todo, que se puedan reclamar dichos gastos, pero exige que la reclamación sea individual, trabajador por trabajador, no permitiendo la acción colectiva que hubiera implementado pautas para todos los trabajadores de una sola vez, en una sola resolución. Se hace necesario, en definitiva, que cada trabajador pleitee contra la empresa por los gastos individuales que haya sufragado, desplazándose el debate, no hacia la obligación que tiene la empresa de sufragar los útiles o herramientas de trabajo, sino hacia la idoneidad del gasto que cada trabajador ha sufragado.

5.2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS

No puede albergarse duda alguna con respecto al alto grado de exposición de su vida privada, personal y familiar, al que se somete el trabajador cuando realiza la prestación del trabajo a distancia en su propio domicilio. También, ciertamente, cuando la realiza en un lugar libremente elegido por él, que no sea la oficina, la industria, o la fábrica, pero probablemente con menor intensidad. Por eso la norma es especialmente puntillosa en afirmar que la vida privada del trabajador y su intimidad deben quedar protegidas en el ejercicio de esta modalidad laboral. Por eso afirma que la “utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados”.

Lo verdaderamente trascendente del precepto es que el fiel de la balanza que juzga las intromisiones empresariales en el ámbito privado del trabajador se somete a los principios de proporcionalidad idoneidad y necesidad, que son instrumentos interpretativos que ha ido diseñando el Tribunal Constitucional español, y con él la jurisprudencia ordinaria (prioritariamente la del orden social), en el balanceo de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Así se afirma, que cualquier orden empresarial de ámbito laboral que pueda lesionar derechos fundamentales del trabajador, no solo la intimidad sino también otros usualmente expuestos en la relación laboral: el honor, a la propia imagen, etc., debe contar con un principio de legitimidad en su adopción (necesidad), intentando que el sacrificio que el trabajador experimente en sus derechos sea proporcional al beneficio empresarial (proporcionalidad), y asegurándose que no se han podido adoptar otras instrucciones para la consecución del beneficio empresarial menos lesivas de los derechos fundamentales (idoneidad).

Lo que hace la norma, en definitiva, es incorpora en su seno el canon de adecuación de la orden empresarial al ámbito concreto en el que se está juzgando, por lo que debe entenderse como una regla muy positiva.

La ley regula otros dos derechos que se relacionan con la privacidad y la intimidad del trabajador. Prevé, que la empresa no pueda “exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia”. No se niega, no obstante, la posibilidad de que se reclame el uso de programas informáticos o aplicaciones privativas del trabajador, compensándolo incluso por ello, como se ha visto. Lo que se afirma aquí es que el trabajador no está obligado a configurar sus dispositivos privados (ordenadores, *tablet*, teléfonos, etc.) necesarios para el desarrollo de la actividad laboral que sean de su propiedad con los programas informáticos necesarios para el desarrollo del trabajo. Si fuese totalmente necesario incorporar algún programa específico -de contabilidad de gestión de datos, etc.-, el empresario, como ya hemos analizado con anterioridad, debe suministrar el equipo informático, así como comprometerse a su reparación y a su actualización, en su caso.

Probablemente la norma está aquí pensando en la posibilidad de que para actividades ordinarias, simples y sencillas de gestión telemática de parte de la actividad de la empresa, se empleen programas estándar que tienen todos los ordenadores, generalmente compatibles entre sí con una gran fiabilidad. En estos casos se podrá llegar al acuerdo de que se utilicen los útiles o herramientas privativas del propio trabajador, implementándose incluso alguna compensación por ello. Pero siempre garantizando que en el caso de que fuese necesario instalar algún programa de ordenador el trabajador puede negarse a ello.

Probablemente es una materia en donde el convenio colectivo que sea de aplicación tenga mucho que decir, más que nada porque puede haber ámbitos laborales en donde la instalación de programas operativos en aparatos privados sea algo muy extraordinario, mientras que en otros pueda ser algo común y hasta deseable. Piénsese, por ejemplo, en la implementación de las llamadas al trabajo y los turnos correspondientes en la empresa mediante la aplicación de WhatsApp. Es usual y completamente estandarizado que determinadas empresas avisen mediante esta aplicación informática de la necesidad de contar con el trabajador en determinados días y horas. No parece que la exigencia de que el trabajador que empieza a trabajar en la misma se instale dicho programa

informático tenga una naturaleza especialmente extraordinaria. Piénsese, por otro lado, en un ejemplo totalmente distinto: la implementación en un ordenador personal de los que todos tenemos en casa de un programa informático para edificar construcciones públicas (puentes, carreteras, etc.), que consume mucha memoria, que requiere gráficos en tres dimensiones que a lo mejor el ordenador no tiene, ni puede proyectar, etc.

También se prevé que las empresas implementen criterios de utilización de los dispositivos digitales, tanto de los que sean suministrados por ella, como de los privativos que se pongan al servicio de la empresa. Estos criterios, reglas auténticas de funcionamiento con este tipo de aparatos, debe respetar, en todo caso, “los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente”.

Apréciase que las fuentes de determinación de dichos estándares mínimos de protección son las normas y “los usos sociales”, diferentes estos últimos, por definición, en cada empresa o sector de actividad. Hace bien el precepto en abocar hacia la costumbre la determinación de esta cuestión, y no se aprecia que ello sea la dejación de un modelo propio en esta materia. No se avizoran, en definitiva, peligros o dificultades en que el uso social imponga determinados cánones de comportamiento en relación con la utilización de las máquinas o herramientas informáticas y telemáticas necesarias para el desarrollo del trabajo.

En su adopción se deberá contar con “la representación legal de las personas trabajadoras”. Es este, un ejemplo más de lo que venimos en llamar permanente proceso de negociación colectiva, o acuerdo informal de condiciones de trabajo. El precepto no exige que en el convenio colectivo implementen los criterios para la utilización de las máquinas o herramientas. No, lo que especifica es que en la adopción de los mismos, que puede incorporarse al convenio o no, se debe contar con los representantes de los trabajadores. Garantía colectiva bastante razonable.

Sí es llamado de forma directa el convenio colectivo para que especifique “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”.

Mientras que los estándares de protección en la utilización de dichos instrumentos se determinaban con participación de los representantes legales de los trabajadores, pero no se imponía su inclusión en el convenio colectivo, en esta cuestión de la utilización privada de dichos instrumentos es completamente necesario -imperativo-, porque así lo quiere la norma, que sea el convenio colectivo el que concrete de qué manera y cómo se puede utilizar de forma privada los útiles o herramientas puestos a disposición del trabajador por la empresa. Probablemente la llamada aquí a los usos sociales de dichos medios sea un canon secundario de interpretación, aplicable solamente en ausencia de llamada específica en el convenio colectivo.

Sea como fuere, es evidente, se mide desde cualquier prisma, la necesidad de que los convenios colectivos aborden estas cuestiones de manera solvente, completa, e integral. No se vislumbra mejor organización de estos derechos a la privacidad, a la intimidad, y al reintegro de los gastos, que la que puede patrocinar el propio convenio colectivo.

5.3. DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

El art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales organiza el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. La LTD concede esos derechos también para los trabajadores a distancia, en particular a los que ejercer su actividad laboral mediante “teletrabajo”.

Dicho precepto prevé el derecho a la desconexión digital con el objetivo de “garantizar”, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, “el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

Para ello se potenciará el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, teniendo presente el convenio colectivo aplicable, o,

en supuestos de ausencia, a “lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

Además de esta exigencia se prevé que el empleador elabore “una política interna dirigida a trabajadores.../...en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión”. Junto con esto debe elaborar un catálogo de acciones de formación, así como de sensibilización dirigidos a los empleados “sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”, teniendo especial precaución en preservar “el derecho a la desconexión digital” para aquellos trabajadores que realizan total o parcialmente el “trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado”.

La garantía de desconexión digital comporta, básicamente, una limitación para los trabajadores del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial que se emplean para el trabajo, especialmente durante los periodos obligatorios de descanso, respetando, en todo caso, la duración máxima de la jornada, así como cualesquiera otros límites y precauciones en materia de jornada que se prevean en la normativa convencional aplicable.

Como en todas estas materias el imperio del convenio colectivo es total. A él le corresponde el diseño de las medidas que garanticen dicha desconexión, así como la organización de la jornada para favorecer la compatibilidad del descanso con el ejercicio de la actividad laboral. Al menos hay dos llamadas directas a la negociación colectiva para que regule este tipo de cuestiones. Cuando reclama que sea el convenio quién concrete la utilización de los medios informáticos suministrado por la empresa para uso personal, y cuando se reclama que sea quien garantice el derecho efectivo a la desconexión digital.

La organización de estos derechos mediante lo que denomina “política interna” de uso de estos medios será uno de los elementos clave para el correcto funcionamiento del trabajo a distancia y la preservación de los derechos a la intimidad, la protección de datos, y la desconexión digital.

Aunque dicha política puede concretarse al margen del convenio colectivo aplicable en la empresa, lo más usual será que sea en este instrumento en el que

se incluya dicha política. Con ello se asegura, además, la participación de los representantes de los trabajadores en su adopción, con lo que ello supone de garantía adicional.

6. DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL

El control de los trabajadores es uno de los temas claves en cualquier forma en la que se desarrollen las actividades profesionales características de la relación laboral. Los preceptos del Estatuto de los Trabajadores están pensados, como no puede ser en una norma con cuarenta años de antigüedad -aunque con diversas versiones, la última de 2015- para una actividad presencial, en el centro de trabajo o fábrica. No está preparada, en definitiva, para el ejercicio de las potestades características del control en trabajadores no presenciales. Es obvio, por otra parte, que la visión que el ordenamiento tenga sobre esta cuestión despliega una cierta concepción ideológica del propio Estatuto de los Trabajadores y de la naturaleza de la actividad laboral. Un determinismo por un control férreo y constante (intensidad y tiempo) comporta una visión diferente que aquella que lo efectúe de manera poco vigorosa y ocasional. No es lo mismo, tampoco, contar con la presencia y participación de los representantes de los trabajadores, que poder efectuar el control sin su presencia ni conocimiento. Estamos en presencia, en definitiva, de uno de los temas más espinosos del ordenamiento laboral.

Y la LTD no resuelve mal la conciliación de intereses. Concede, en primer lugar, que la empresa implemente “las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos”, implementando, en segundo lugar, un canon de seguridad, pues en su adopción debe guardar “la consideración debida a su dignidad”, atendiendo a las “circunstancias personales” del trabajador, y, especialmente en supuestos de “discapacidad”.

No se entienda que el canon de la “dignidad” es un concepto jurídico hueco y sin entidad. Antes, al contrario, supone un parámetro más que definido que

encuentra su fiel de la balanza en la respuesta a dos cuestiones claves. ¿Cuál es la legitimidad de la acción empresarial adoptada?, y ¿Cuáles son los límites de la oposición del trabajador para negarse a cumplir la orden empresarial? Conociendo las respuestas a ambas cuestiones podrá, de manera equilibrada y mesurada, tenerse un conocimiento bastante preciso de la racionalidad de la medida y de la contestación del trabajador.

Téngase en cuenta que la mención a las “circunstancias personales” puede dar mucho juego para calibrar cuestiones relacionadas con la intimidad y con la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Llama la atención la ausencia de comunicación obligatoria de dichas medidas a la representación de los trabajadores. En la lógica del trabajo presencial, en la fábrica o en la oficina, la comunicación de los medios que se emplean para los trabajadores debe, en todo caso, realizarse a los representantes de los trabajadores. Aquí, en el trabajo a distancia, sin embargo, parece hurtarse dicha comunicación. No parece razonable que en esta lógica laboral se prescindiera de dicha garantía. Con todo, que no sea obligatoria la comunicación no supone que el convenio colectivo no pueda exigirla. La práctica convencional tendrá mucho que decir en esta materia, pero se augura que esté será uno de los caballos de batalla de la participación sindical en las condiciones de trabajo.

7. DERECHOS COLECTIVOS

La norma se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia en las mismas condiciones y con el mismo alcance que el resto de los trabajadores del centro de trabajo al que se encuentra adscritos (art. 19.1).

Para ello la negociación colectiva podrá implementar aquellas condiciones que crea necesarias “para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia”, precisamente “en atención a las singularidades de su prestación”, haciendo efectivo, mediante esta singular protección, el

“principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa”.

Obviamente, no podría de ser de otra manera. Pero el problema no es tanto la declaración del derecho, sino el compromiso que adquiere la empresa para facilitar la labor representativa, lo cual constituye una novedad y un avance en la protección de los derechos de estos trabajadores. Precisa a este respecto que la empresa deberá “suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”.

Piénsese en la posibilidad de asegurar el envío de información y documentación sindical a estos trabajadores por correo electrónico (si es que no está prevista esta posibilidad ya en la empresa), la posibilidad de hacer patente su presencialidad en reuniones mediante la utilización de programas informáticos - *Zoom, Wassap web, Meeting*, etc.-, así como otras que garantice su derecho a expresar su opiniones, y, en su caso, a emitir su voto de forma secreta en decisiones que requieran una toma de decisión de esta manera. El último inciso del precepto repara en esta cuestión al precisar que la empresa debe “garantizar” que los trabajadores a distancia “pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales”.

De manera complementaria la norma pretende que también se garantice que “no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras”. Lo cual nos conecta con dos escenarios: la imposibilidad de que el empresario participe en dicha comunicación, mucho menos restrinja o limite, y la necesidad de implantar mecanismo de comunicación ad hoc para la satisfacción de este derecho y la garantía de su puesta en práctica.

La idea de la que parte de la norma con respecto a los derechos de participación colectiva, apreciada en su integridad, es sencilla y garantista. Pretende que los trabajadores a distancia no vean perjudicados sus derechos de participación colectiva por dicha condición, imponiendo que la empresa garantice, siempre y en todo caso, que los obstáculos que puedan producirse por la propia naturaleza del trabajo a distancia, se minimicen lo más posible. Singularmente mediante la adopción de mecanismos telemáticos, informáticos y ofimáticos que permitan la creación de un tablón digital, y el aseguramiento del voto en caso de que sea necesario o conveniente la participación electoral del trabajador para la toma de decisiones colectivas. Aunque la norma no puntualiza que se debe garantizar el secreto en los sistemas de votación ni, particularmente, que el empresario no debe tener acceso al sistema de votación ni a la contabilización de los votos, ambas consecuencias pueden predicarse, sin dificultad, para los trabajadores a distancia por aplicación analógica de las garantías que se prevén con carácter general para todos los trabajadores.

8. EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Algo insuficiente son las previsiones de la DA 1^a en relación a esta cuestión. Es cierto que prevé de forma expresa (si no lo hiciera tampoco pasaría nada) que la negociación colectiva puede -no debe- identificar puestos, funciones, condiciones y duración de la jornada, la reversibilidad de la opción voluntaria, la jornada mínima presencial, y también la modulación del derecho a la desconexión digital, “así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular”. Pero, ni lo impone, ni siquiera exige que la negociación colectiva contenga un contenido mínimo.

Esto último sí es criticable. Hubiera sido más oportuno, más medido y adecuado a la dinámica laboral que se hubiera impuesto un contenido mínimo para aquellas empresas que utilizan el trabajo a distancia, o al menos para aquellas que lo utilizan prioritariamente, o de manera muy significativa en relación con el volumen total de trabajadores que emplean. Una propuesta razonable

hubiera sido que se exigiese que se negociase el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia, aunque pudiera ser excesivo según qué casos. Pero donde sí se echa de menos una decidida intervención convencional es dos temas: la vigilancia y control de la actividad laboral por la empresa; y el sistema de compensación de gastos cuando el trabajador aporte máquinas o útiles de trabajo telemático.

Se hace realmente difícil implementar un sistema de control o de compensación de gastos sin participación sindical en la determinación del acuerdo, pues son dos temas en donde el peso específico empresarial puede descompensar la lógica interna, naturalmente equilibradora, que rigen las relaciones laborales, que también, no se olvide, como en todas las relaciones humanas, son relaciones de poder.

9. EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Esta Ley no se aplica al personal al servicio de las AA.PP., desarrollándose su modalidad de trabajo a distancia mediante su normativa específica.

Aunque es cierto que determinadas Administraciones Públicas ya se han provisto de los mecanismos idóneos para regular el trabajo a distancia dentro de su ámbito objetivo de proyección, no lo es menos que una decidida intervención normativa en este aspecto por parte de esta Ley hubiera supuesto un impulso indudablemente definitivo para la modernización de los sectores públicos. Porque hay espacios en las Administraciones Públicas, naturalmente poco propensos a adoptar este tipo de formas de trabajar (Fundaciones, Empresas sin ánimo de lucro, Entes locales, etc.), que se verían compelidos a abordar estas cuestiones de una forma eficaz y rápida si la ley les obligase a ello. Eso es, precisamente, lo que ha sucedido con los planes de igualdad, con la implementación del registro de salario, y con las auditorías laborales de género, aspectos, los tres, en los que se decidió incluir a las Administraciones Públicas por dos razones. En primer lugar, para dar ejemplaridad (pública) hacia el ámbito privado, y, en

segundo lugar, para aprovechar la oportunidad para modernizarlas y hacerlas partícipes de la modulación del cambio social que estas políticas imponen.

10. REGLAS TRANSITORIAS

Llama la atención la regulación de las situaciones en las que actualmente se trabaje a distancia. En principio la norma no es aplicable, naturalmente, a aquellas empresas que no empleen este tipo de modalidad de trabajo. Nada nuevo.

Sin embargo, para las que sí es aplicable se prevé que sus reglas entren en vigor en un determinado plazo, que depende de si las reglas convencionales que lo regulan tienen o no plazo de duración. Así, si el convenio contiene previsiones específicas la ley será plenamente aplicable desde que dichas reglas pierdan eficacia, básicamente por decaer el convenio colectivo. Pero si los convenios no tienen plazo de duración, la norma es aplicable transcurrido un año desde su publicación en el BOE, es decir, el 10 de julio de 2022, aunque también se permite que las partes acuerden sobrevenidamente un plazo superior, que no podrá exceder de tres años. En la práctica será más común apurar el plazo de tres años que el de uno.

Como se aprecia es una regla ciertamente complicada, que poco aporta y que, en realidad, supone dejar en manos de la negociación colectiva la aplicación de esta Ley. En otras ocasiones, en otras materias, la norma ha sido más dura, no dejando tanto margen a los negociadores colectivos.

11. RECLAMACIÓN EN TRABAJOS A DISTANCIA

El desbocado carrusel de los procesos (laborales, en este caso) especiales tiene una manifestación adicional con la LTD, que innova creando un nuevo art. 138 bis en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para intentar -y dicho bien, intentar- encauzar las reclamaciones que se van a generar con su aplicación, básicamente entre empresarios y trabajadores.

El problema de los procesos especiales no es tanto el de su funcionamiento técnico, sino el de su ámbito objetivo de aplicación, pues, y este es verdaderamente singular, no todos los problemas que genera la aplicación de la norma tienen encauzamiento mediante esta modalidad procesal, pues ésta sólo será aplicable para los problemas de “acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia”.

La creación de procedimientos laborales jurisdiccionales especiales es una tendencia (llego, hace años, a ser una verdadera ‘moda’) que cotiza al alza en nuestra legislación procesal. Parece como si no se tuviera especial confianza en las modalidades actuales, ya que siempre (o casi siempre) que se promulga alguna nueva norma o se innova algún derecho se regulan mecanismos procesales específicos para deducir mediante ellos las (nuevas) pretensiones sustantivas correspondientes.

Desde luego es una práctica viciosa y poco edificante, pero comprensible. Especialmente cuando se innova de manera más o menos drástica en el ordenamiento. El caso de la Ley de trabajo a distancia, no es una excepción.

Su Disposición Final Segunda introduce un nuevo artículo 138 bis en la LRJS, con el siguiente tenor literal:

Artículo 138 bis. Tramitación en reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia.

1. El procedimiento para las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia se regirá por las siguientes reglas:

a) La persona trabajadora dispondrá de un plazo de veinte días hábiles, a partir de que la empresa le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por la persona trabajadora, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

b) El órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre la negativa o la disconformidad

comunicada por la empresa respecto de la propuesta realizada por la persona trabajadora y demás circunstancias concurrentes.

c) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. Cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139.

Su limitado objeto es el problema principal de la modalidad. Llama a la atención que la modalidad procesal solo sirva para el encauzamiento de las reclamaciones sobre: "acceso", "reversión", y "modificación" del trabajo a distancia. Únicamente son estas pretensiones las que pueden deducirse mediante dicha modalidad procesal.

Es, como se aprecia, una forma de regular las cuestiones del trabajo a distancia de manera bastante limitada. Sobre todo porque el propio legislador es consciente de que hay otros tipos de procedimientos para encauzar procesalmente otros tipos de reclamaciones. En el apartado segundo del mismo precepto se señala que cuando la causa de reclamación esté "relacionada" con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral (bien sean reconocidos legalmente, o bien se regulen en convenio) se acudirá a la vía procesal específica que se regula en el artículo 139 LRJS.

Es decir, el art. 138 bis entiende que no todas las pretensiones relacionadas con el trabajo a distancia deben encauzarse por la nueva modalidad procesal. Sin embargo, es la única excepción que enuncia, cuando, razonablemente,

pueden pensarse otro tipo de reclamaciones que encuentran mejor acomodo procesal en otras modalidades. No es, en definitiva, una enunciación exhaustiva.

La exclusión relativa a la conciliación parece del todo razonable, ya que los mecanismos técnicos previstos en el art. 139 LRJS que apoyan la pretensión y favorecen la decisión jurisdiccional están específicamente destinados a la apreciación de dicha singularidad. No debe olvidarse que el desacuerdo del trabajador con el empresario en lo que importa a la conciliación de la vida personal y laboral genera una misma problemática tanto sustantiva como probatoria en el trabajo a distancia o en el presencial. Es una materia, en fin, que no se ve modificada o alterada porque el trabajador desarrolle su trabajo mediante esta modalidad “a distancia”.

Lo mismo puede predicarse, idéntica conclusión, de otro tipo de pretensiones sustantivas que encuentran cauces procesales más adecuados y específicos lejos de esta nueva modalidad procesal. Sería del todo irrazonable, siguiendo con este tipo de ejemplos, que se acudiera a esta modalidad procesal para el enjuiciamiento de un despido o una extinción objetiva, prescindiendo de las modalidades específicas. Ni siquiera sería razonable que esta nueva modalidad contuviese algún tipo de regla procesal singular en lo relativo a la alegación, prueba o resolución del despido o la extinción. Se debe acudir, sin más especificaciones, a la modalidad procesal de despido que proceda, disciplinario u objetivo

Es definitiva, que la indicación de que las cuestiones de conciliación van por el cauce procesal específico es meramente ejemplificativa, porque hay otro tipo de cuestiones, aunque no se indique en la norma, que encuentran mejor acomodo procesal en otras modalidades especiales.

Tal y como se organiza la modalidad procesal, solo las cuestiones relativas al acceso, la reversión, o la modificación del trabajo a distancia pueden encauzarse mediante esta modalidad procesal. Pero hay cuestiones sumamente trascendentes que quedan, en principio, fuera del ámbito objetivo de aplicación de esta modalidad procesal. Así, sin ánimo de exhaustividad, pueden enunciarse, al menos, las siguientes: * la compensación de los gastos que el trabajador ha sufragado para el ejercicio de la actividad; * los límites al uso de los equipos,

medios y materiales de la empresa para cuestiones privadas; * la aplicación del porcentaje de presencialidad, y su distribución en relación con el de trabajo a domicilio; * la concreción del inventario de medios, equipos y herramientas; * la contestación empresarial con respecto a la idoneidad del lugar elegido por el trabajador para el ejercicio de la actividad; * la implementación de medios de control empresarial de la actividad laboral; * la identificación de los procedimientos a seguir en supuestos de que acontezcan dificultades técnicas que dificulten, impiden o retrasen el trabajo a distancia; * la obtención, conservación y tratamiento de los datos obtenidos por la empresa; * la prioridad del trabajador a distancia hacia el trabajo presencial vacante; * el cumplimiento de las acciones formativas; * las cuestiones relativas a la dotación de medios, equipos y herramientas; * la problemática del registro de la jornada; * los problemas que acontecen con la evaluación de los riesgos laborales; y * el cumplimiento del derecho a la desconexión digital.

Algunos de los problemas señalados pueden tener acomodo, sin mayores dificultades, en otras modalidades procesales, pero otros, generalmente aquellos que específicamente son producto y consecuencia de esta LTD, tiene más dificultad de acomodo. Y es que no todos ellos se relacionan directamente con el acceso, la reversibilidad, o la modificación.

Dos preguntas tenemos que hacernos para deducir por qué cauce procesal se encauzan estas pretensiones.

Primero, si las especialidades que enuncia esta nueva modalidad procesal para el acceso, la reversibilidad, y la modificación, serían de razonable utilización para el enjuiciamiento de otras cuestiones sustantivas que regula la LTD. Y, en segundo lugar, si las otras modalidades procesales cumplen satisfactoriamente con las necesidades de alegación y prueba de los derechos sustantivos que esta norma enuncia.

11.1. ¿SON ADECUADAS ESTAS ESPECIALIDADES PARA EL ACCESO, LA REVERSIÓN Y LA MODIFICACIÓN?

Aunque no le falta brío y empuje al precepto para auto cualificarse como urgente y de preferente tramitación, llama la atención la poca sustantividad que tiene las singularidades procesales que regula. Se involucra a la Inspección de Trabajo para la emisión de un informe sobre la negativa o la disconformidad de la empresa en relación con la propuesta realizada por la persona trabajadora, añadiendo, eso sí, que el informe que se evacue también versará sobre las “demás circunstancias concurrentes”, sin saber muy bien cuáles son éstas, o cuáles debería ser.

No se entiende bien por qué no se solicita informe a los representantes legales de los trabajadores, cuando éstos son los receptores del “acuerdo” signado por escrito en el que el empresario y el trabajador ha solemnizado los pactos más importantes en relación con el trabajo a distancia. Siendo, además, los que mejor conocen cuál es el convenio colectivo que es de aplicación al asunto, y los que defienden los derechos de los trabajadores en la dinámica de la aplicación de la Ley y en Convenio Colectivo en la empresa. Tradicionalmente, en otras modalidades procesales, se ha pedido dicho informe, que se incorpora como prueba testifical para conformar el criterio del Juez de lo Social al respecto.

Se mire como se mire, se antojan excesivamente escasas las especificidades procesales. No sólo por la cuestión enunciada, sino por el contenido del informe, circunscrito, única y exclusivamente a determinar la adecuación a la legalidad de la negativa de la empresa en relación con la “propuesta realizada por la persona trabajadora”. Es cierto que también pueden realizarse consideraciones sobre las “demás circunstancias concurrentes”, pero la evanescente mención queda un poco coja para dar cabida en su seno a las cuestiones relativas al acuerdo del trabajo a distancia. Hubiera sido deseable que se concibiese desde una perspectiva más amplia.

11.2. LA TÉCNICA REGULADORA EMPLEADA

El principal problema que acontece con esta regulación es que pretende regularse una modalidad procesal regulando únicamente su ámbito objetivo de aplicación desde la enunciación de los derechos sustantivos a los que pretende dar solución.

Pero el propio legislador es consciente que puede utilizarse otra técnica procesal, y por eso, en el apartado 2 especifica que cuando la pretensión procesal “esté relacionada” con la problemática de la conciliación de la vida personal y familiar se acudirá a la vía, más específica, del artículo 139 LRJS.

El empleo de esa técnica, la de acudir a la fuente del conflicto jurídico y no a la especificidad concreta de la pretensión procesal deducida, es la que se tendría que haberse articulado en este artículo 138 bis. Porque, aunque es razonable que las cuestiones, por ejemplo, de la prevención de riesgos laborales o aquellas relacionadas con la protección de datos, encuentran su acomodo en el procedimiento que corresponda, todos los derechos que enuncia el “acuerdo” por escrito que debe ser firmado entre trabajador y empresario debería haber encontrado acomodo en esta modalidad procesal.

Bueno, todos quizá no, pero sí aquellos específicamente relacionados con el trabajo a distancia que se reconocen en la LTD. Lo cual nos conecta con lo que pudiéramos entender como un defecto técnico de la norma, en la medida en que enuncia en un mismo listado, cuando lo debería haber hecho en dos distintos (consecutivos en un mismo precepto, o en dos distintos parece indiferente), derechos específicos del trabajo a distancia, junto con derechos generalistas de todo trabajador, que, necesariamente, también deben reconocerse al trabajador a distancia.

Sin ánimo de pontificar, sino de contribuir al debate, creo que el precepto está incorrectamente formulado. En primer lugar, debería haberse dado cabida -dentro del ámbito objetivo de proyección del precepto- no solo al acceso, a la reversión, y la modificación del acuerdo del trabajo a distancia, sino también a todas las cuestiones atinentes al “acuerdo” signado entre empresario y

trabajador en relación con el trabajo a distancia. Específicamente aquellas que regulan derechos y obligaciones singulares de esta modalidad de realizar la actividad laboral entre ellos los siguientes: * compensación de gastos que el trabajador ha sufragado; * el porcentaje de presencialidad, y su distribución; * la problemática del inventario de medios, equipos y herramientas; * los procedimientos a seguir en supuestos de dificultades técnicas que dificulten, impidan o retrasen el trabajo; * todo lo que tenga que ver con la obtención, conservación y tratamiento de los datos obtenidos por la empresa; * la prioridad del trabajador hacia el trabajo presencial vacante; * la dotación de medios, equipos y herramientas; etc.

Para ello hubiera sido necesario, como se ha comentado con anterioridad, que el art. 7 se dividiera en dos partes. Una primera dedicada, única y exclusivamente, para la enunciación de los derechos nuevos o novedosos que tienen las personas trabajadoras en relación con el trabajo a distancia, y otro segundo en el que se subrayara, y se recordase, que además de los derechos específicos este tipo de trabajadores gozan de los derechos que pudiéramos considerar generales de los trabajadores presenciales.

En relación con los informes que ha de evacuarse para que el Juez de lo Social resuelva las pretensiones deducidas, parecería aconsejable que además del informe de la inspección de trabajo se aportase otro de los representantes de los trabajadores. Por dos razones. En primer lugar, porque son receptores del “acuerdo” de trabajo a distancia, (como si se tratase, en realidad, de una copia básica del contrato de trabajo), en el que se concretan los derechos y obligaciones del trabajador a distancia. Y, en segundo lugar, porque conocen mejor que nadie qué Convenio Colectivo es el de aplicación, y porque tratan diariamente con la problemática concreta de la empresa en que desarrollan su labor representativa, matices, ambos, que asegurar un criterio razonable cuando se deduzcan los pleitos relativos a esta modalidad procesal.

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

El libro más completo y actualizado sobre el trabajo a distancia es: VV.AA. Sánchez Trigueros, C. y Alzaga Ruiz, I. (Dir.) y Hierro Hierro, F. J. (Coord.) Francisco J.: *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.

Es un estudio sistemático de la Ley, comparando sus preceptos con los homólogos de la norma antecedente que deroga, entroncando los comentarios con la dinámica del trabajo regulado en el Estatuto de los Trabajadores e intentando detectar los problemas que puede generar su aplicación práctica, diaria. Es completo, actualizado y metódico. Puede servir como libro de cabecera para abordar un estudio sistemático más individualizado, bien de toda la norma, bien de las nociones que la componen. Aporta además bibliografía específica sobre cada institución analizada.

En Derecho Laboral Español hay dos blogs de obligada lectura, por su modernidad, por el tratamiento rápido y actualizado de los temas que tratan, por su profundidad y por lo entrelazado que organizan las entradas de sus blogs. Naturalmente, se han ocupado de esta cuestión.

Del blog de Rojo Torrecilla merece la pena destacarse el titulado: “*El trabajo a distancia: reflexiones generales y análisis del anteproyecto de ley*”, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/el-trabajo-distancia-reflexiones.html>

Y del blog de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz debe destacarse la entrada titulada: “Trabajo a distancia / Teletrabajo (Ley 10/2021)”, en <https://ignasibeltran.com/teletrabajo/>

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

aarias@unex.es

<https://orcid.org/0000-0002-6966-8485>