

ALLEN & OVERY

Trabajo a distancia: aplicación, costes, requisitos...todas las claves de la nueva regulación

23 de septiembre de 2020

El Boletín Oficial del Estado (**BOE**) del día de hoy, 23 de septiembre, publica el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (**TAD**), que deberá someterse a convalidación por el Congreso de los Diputados dentro de los próximos 30 días.

La regulación del trabajo a distancia **entrará en vigor el 13 de octubre**. Estamos ante una norma compleja, incluso redundante en algunos pasajes, y con continuas llamadas a la negociación colectiva. Se asienta sobre tres principios:

- el TAD **es voluntario para trabajadores y empresas**, salvo que la ley o la negociación colectiva reconozcan el derecho a trabajar a distancia.
- **las empresas asumen el coste** de la prestación de servicios, brindándole al trabajador lo necesario o compensándole los gastos; y
- el trabajador tiene, al menos, los mismos derechos laborales que si prestase servicios de modo presencial.

Como suele suceder en las normas nuevas, hay cuestiones dudosas que provocarán conflictos interpretativos, aunque quizá se despejen algunas de ellas durante su anunciada tramitación parlamentaria como proyecto de ley.

A continuación se abordan los puntos principales.

Delimitación del “trabajo a distancia” objeto de regulación

Los derechos y deberes previstos en esta norma **no se aplican a toda prestación de servicios a distancia**, sino solo a la que cumple con las siguientes características:

- Se desarrolla en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido por este. Si quien determina el lugar de trabajo es la empresa -sea o no el centro de trabajo-, no se considera TAD.

En el caso de que el TAD se lleve a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios

y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, estaremos ante un teletrabajador.

- Tiene carácter “regular”. Esto es, se presta durante un mínimo del 30% de la jornada en un período de referencia de tres meses. Este porcentaje ha de adaptarse en proporción a la duración del contrato, y, al igual que el período de referencia, puede minorarse por la negociación colectiva.

Esta mención a un porcentaje móvil vinculado a la duración del contrato y su aplicación a una

jornada sin acotar (diaria, semanal, mensual, anual, ordinaria, extraordinaria, reducida, etc.), generará dudas cuando no se presten servicios a distancia de modo estable y preponderante durante todo el año.

- Se desarrolla por trabajadores de cualquier ámbito, salvo los empleados por las Administraciones Públicas, que contarán con su regulación específica. Hasta que esto ocurra, les será de aplicación el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en la redacción previa a su modificación por este Real Decreto-ley.

Voluntariedad del TAD

El TAD requiere acuerdo entre empresa y el trabajador. La empresa no puede imponer el TAD ni el trabajador exigirlo, salvo que el derecho a trabajar a distancia se reconociera por las leyes o la negociación colectiva. En este punto, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 34.8 ET, que contempla el derecho a solicitar el TAD como vía de conciliación laboral y familiar, así como el Plan MECUIDA contenido en el Real Decreto-ley 8/2020.

Igualmente, quienes cursan con regularidad estudios encaminados a la obtención de un título académico o profesional tienen preferencia para acceder al TAD, si tal es el régimen instaurado en la empresa y las funciones son compatibles. Y las víctimas de violencia de género o terrorismo tienen derecho a realizar el trabajo total o parcialmente a distancia, o dejar de hacerlo si tal fuera el sistema establecido, siempre que ello sea compatible con el puesto y funciones que desarrolla.

En ninguno de estos casos se reconoce el derecho absoluto a trabajar a distancia, pero toda negativa debería fundamentarse.

La negociación colectiva puede establecer mecanismos, criterios y preferencias para pasar del trabajo presencial a TAD y viceversa. En este sentido, la decisión de pasar del trabajo presencial al TAD es reversible por decisión de la empresa o del trabajador. Esta reversión a la presencialidad de origen debe ejercitarse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en el propio acuerdo individual.

Quienes prestan servicios exclusivamente a distancia desde el inicio de su relación laboral, tendrán prioridad para ocupar puestos total o parcialmente presenciales. La empresa está obligada a informarles de las vacantes,

comunicándolas igualmente a los representantes de los trabajadores.

Las reclamaciones del trabajador sobre acceso, reversión y modificación del TAD, se encauzan a través de un nuevo procedimiento judicial, de carácter urgente y preferente. En cualquier caso, la negativa a trabajar a distancia, el ejercicio de la reversión o cuando estén exclusivamente relacionadas con el cambio del trabajo presencial por una fórmula a distancia, no constituyen causa justificativa de una modificación sustancial de condiciones de trabajo ni de la extinción del contrato laboral.

Acuerdo individual: formalización y contenido

El acuerdo de TAD debe formalizarse por escrito antes de que se inicie la prestación a distancia. Se entregará copia a los representantes de los trabajadores (que deberán firmar su recepción) y a la oficina de empleo, respetando los límites derivados de la intimidad personal y la protección de datos que se aplican a las copias básicas de los contratos.

Cualquier cambio en lo establecido en el acuerdo requiere nuevo pacto y comunicación a los representantes de los trabajadores.

La norma fija un “**contenido mínimo obligatorio**” para este acuerdo, aunque algunos de los puntos previstos son opcionales. Todo ello habrá de integrarse con la regulación que establezca la negociación colectiva.

El acuerdo deberá reflejar:

- el **inventario** de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del TAD, indicando su vida útil o periodo máximo para la renovación.

El trabajador a distancia está obligado a seguir las instrucciones de uso y conservación de equipos y útiles informáticos que fije la empresa.

- la enumeración de los **gastos** “que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia”, así como la forma de cuantificar la **compensación** que debe abonarle la empresa y momento y forma de abono.

La norma no excluye gasto alguno, directo ni indirecto, pero se admite que la negociación colectiva establezca el mecanismo para la determinación y compensación o abono de estos gastos.

- el **porcentaje** y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.

En los contratos con menores de 18 años y en los formativos se debe garantizar que al menos el 50% de la prestación de servicios sea presencial (aunque no queda claro si en esta cifra computa la formación teórica telemática propia del contrato para la formación y el aprendizaje).

- el **horario** de trabajo y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.
- el **lugar** de TAD y el **centro de trabajo** de adscripción.
- los plazos de preaviso para el ejercicio del derecho a **revertir** a una situación de presencialidad, en su caso.
- **los** medios de **control** empresarial de la actividad.

La norma atribuye a la empresa la selección de estos medios de control, que pueden ser, si así lo estima oportuno, telemáticos. En cualquier caso, deberán tenerse en cuenta los criterios y límites previstos en el art. 20.3 ET y en los arts. 87 y siguientes de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales.

- el procedimiento a seguir en el caso de producirse **dificultades técnicas** que impidan el normal desarrollo del TAD.
- las instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de los representantes de los trabajadores, para la **protección de datos y seguridad de la información** específicamente aplicables en el TAD.
- la **duración** del acuerdo de TAD.

Si el acuerdo se suscribe con un trabajador que ya viniera prestando TAD, deberá incluir los derechos y **condiciones más beneficiosas** que ya esté disfrutando. “En ningún caso” la aplicación de esta norma puede suponer su absorción, compensación ni supresión.

La no formalización del acuerdo en los términos y con los requisitos legal o convencionalmente previstos, constituye **infracción grave**. Puede dar lugar a una multa de 626 a 6.2150 euros.

Obligaciones de la empresa

La suscripción del acuerdo de TAD exige a las empresas una labor previa de fijación de criterios que deben incluirse en el mismo, algunos con participación de los representantes de los trabajadores.

Adicionalmente, la norma reconoce o particulariza una serie de derechos laborales para quienes prestan TAD, que la empresa tiene la obligación de garantizar y hacer efectivos. En su virtud, la empresa debe:

- Suministrarles **medios**, equipos y herramientas, así como su mantenimiento, cumpliendo el inventario acordado.
- Compensar sus **gastos**, en los términos pactados y según lo establecido, en su caso, en la negociación colectiva.
- Reconocerles los mismos derechos que si prestasen servicios presenciales, salvo los inherentes a la realización del trabajo presencial. Esta igualdad de derechos incluye la **retribución**, que debe ser, al menos, la total que corresponda a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones. Llamativamente, se precisa que ha de incluir los complementos establecidos para quienes solo prestan servicios de modo presencial, lo que podría elevar el coste.
- Evitarles cualquier **discriminación**, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo. Igualmente, las empresas deben tener en cuenta a los trabajadores a distancia en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad, lucha contra el acoso y protección de víctimas de violencia de género.
- Adoptar medidas para garantizar su participación efectiva en la **formación** en igualdad de condiciones con los trabajadores presenciales, atendiendo, en lo posible, a las características de su prestación de servicios a distancia. Igualmente, la empresa debe garantizarles la formación previa necesaria para el adecuado desarrollo de su TAD, así como la asistencia técnica, sobre todo a los teletrabajadores.

- Informarles por escrito de las posibilidades de **ascenso** a puestos presenciales y a distancia.
- Registrar fielmente su **tiempo** de trabajo, incluyendo el momento de inicio y fin de la jornada.
- Admitir que los trabajadores a distancia puedan **flexibilizar su horario** laboral, en el marco de lo que se haya pactado en el acuerdo de TAD y la negociación colectiva. Nótese que la norma no les confiere un derecho subjetivo a la flexibilidad horaria, sino a activar aquello que permita lo acordado individual o colectivamente. No obstante, toda negativa empresarial debería procurar justificarse, sobre todo si el trabajador alega necesidades de conciliación familiar y laboral.
- Garantizarles el derecho a la **desconexión digital**, elaborando una política en la que deberá dar audiencia a los representantes de los trabajadores.
La norma insiste en una obligación vigente desde 2018, pero añade un matiz de gran importancia, por su carácter explícito: la negociación colectiva puede determinar las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.
- Establecer, con participación de los representantes de los trabajadores, **criterios de uso de los dispositivos digitales**. Aunque es posible que los criterios ya existan en la empresa, ahora se precisa que no cabe imponer a los trabajadores a distancia la utilización de sus dispositivos personales, pero sí es posible permitir la utilización personal de dispositivos suministrados por la empresa para su TAD.
- Dictar instrucciones para la **protección de datos y seguridad de la información** específicamente aplicables en el TAD. Ha de contar con la participación de los representantes de los trabajadores.
- Adaptar la **evaluación de riesgos** y planificación de la actividad preventiva. La evaluación únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios. Cuando se requiera una visita, deberá entregarse informe escrito que lo justifique al trabajador y los delegados de

prevención. Si se trata de su domicilio o del de otra persona física, será necesario que el trabajador dé su permiso. En caso de no obtenerlo, la empresa podrá efectuar la actividad preventiva basándose en la información recabada del trabajador, según las instrucciones del servicio de prevención.

Nada se precisa sobre los accidentes de trabajo, de modo que opera la regla general de su presunción en tiempo y lugar de trabajo. Probablemente surgirán conflictos a la hora de delimitar el específico lugar de prestación de servicios dentro de la ubicación elegida por el trabajador, por lo que convendría precisarlo al máximo en el acuerdo de TAD.

- Suministrar a los **representantes** de los trabajadores 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 TAD.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la implantación del TAD en la empresa podría suponer un cambio en el sistema de organización del trabajo. Por tanto, debería recabarse informe previo del comité de empresa.

Opciones de la negociación colectiva

La norma cede un espacio importante a la negociación colectiva, aunque habrá que esperar a ver en qué medida esta recoge el guante. Sin duda, los acuerdos de empresa pueden ser un instrumento interesante para perfilar mejor las condiciones del TAD, adaptándolo a las peculiaridades de la organización productiva en las que se inserta.

Por lo pronto, la negociación colectiva está invitada a intervenir en cuantas cuestiones considere necesario regular, y de modo particular en los siguientes aspectos:

- Identificar actividades, puestos y funciones susceptibles de ser realizados a través del TAD.
- Fijar las condiciones de acceso y desarrollo del TAD, incluida su duración máxima.

- Añadir contenido al acuerdo de TAD.
- Establecer los términos en los que, en su caso, cabría la utilización personal de los dispositivos suministrados por la empresa.
- Establecer una jornada mínima presencial.
- Regular la posibilidad de reversión.
- Fijar un porcentaje o período de referencia inferiores a los legales para determinar cuándo estamos ante TAD regular.
- Fijar un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en la norma, salvo que se celebren con menores de edad.
- Determinar las circunstancias extraordinarias en cuya virtud cabe modular el derecho a la desconexión digital.

Situación del TAD preexistente

En el caso de que, en el momento de la entrada en vigor de esta norma, ya se estuviera trabajando a distancia, se distinguen diversos escenarios:

1º) Si **no existe un convenio o acuerdo colectivo sobre condiciones de TAD**: la norma se aplica desde el 13 de octubre. A partir de entonces, la empresa y el trabajador disponen de 3 meses para suscribir el acuerdo de TAD.

2º) Si **existe un convenio o acuerdo colectivo sobre condiciones de TAD, que prevé un plazo de duración**: la norma se aplica desde el momento en que dicho convenio o acuerdo pierda vigencia. A partir de entonces, la empresa y el trabajador disponen de 3 meses para suscribir el acuerdo de TAD.

3º) Si **existe un convenio o acuerdo colectivo sobre condiciones de TAD, que no prevé un plazo de duración**: la norma se aplica una vez transcurrido un año desde su publicación en el BOE, aunque las partes del convenio o acuerdo colectivo pueden extender este período hasta un máximo de tres años. A partir de entonces, la empresa y el trabajador disponen de 3 meses para suscribir el acuerdo de TAD.

Especialidades en caso de TAD excepcional por COVID

Esta regulación no se aplica al TAD implantado excepcionalmente en aplicación del art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020 -que establecía su carácter prioritario-, o como consecuencia de medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan.

Para estas situaciones, la norma indica que se les seguirá aplicando la normativa laboral ordinaria, aunque las empresas sí que estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario.

Respecto de la compensación de gastos en que incurra el trabajador, se encomienda a la negociación colectiva establecer, en su caso, "la forma de compensación", si existieran y no hubieran sido ya compensados.

Es una buena noticia que, al menos en parte, esta norma no se aplique a las circunstancias derivadas de la crisis sanitaria, pues su diseño está pensado para situaciones de estabilidad y de apuesta estructural por un sistema de trabajo a distancia. Deja poco margen para la reacción rápida y flexible ante situaciones urgentes.

No obstante, es importante tener presente que no estamos ante una exoneración del cumplimiento de obligaciones laborales básicas, pues la legislación ordinaria a que remite el Real Decreto-ley para estos casos, contempla para todo trabajador, en lo esencial, buena parte de los derechos que aquí se recogen.

Otras disposiciones

Además de regular el TAD, el Real Decreto-ley contiene disposiciones sobre otras materias de índole sociolaboral, fiscal y administrativa. Entre ellas cabe citar la prórroga del Plan MECUIDA - que abordamos en nuestra newsletter laboral "Más que titulares" de este mes- hasta el 31 de enero. Igualmente, se mantiene la consideración como accidente de trabajo de los contagios por COVID padecidos por el personal de centros sanitarios o socio-sanitarios, así como la baja por incapacidad temporal para los trabajadores que deban guardar aislamiento o que les sea denegada la entrada o salida del municipio para prestar sus servicios. Además, se modifica el procedimiento para reconocer el ingreso mínimo vital.

CONTACTOS

Silvia Bauzá

Socia, Madrid
silvia.bauza@allenoverly.com
+34 91 782 97 46

Ana Hernández

Asociada sénior, Madrid
ana.hernandez@allenoverly.com
+34 91 782 98 27

Victoria Truchuelo

Asociada sénior, Madrid
victoria.truchuelo@allenoverly.com
+34 91 782 98 26

Lucía Sainz

Asociada, Madrid
lucia.sainz@allenoverly.com
+34 91 782 98 70

Íñigo Olabarri

Asociado, Madrid
inigo.olabarri@allenoverly.com
+34 91 782 99 36

Jaime Llorens

Asociado, Madrid
jaime.llorens@allenoverly.com
+34 91 782 97 22

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy (Holdings) Limited is a limited company registered in England and Wales with registered number 07462870. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or a director of Allen & Overy (Holdings) Limited or, in either case, an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners, and a list of the directors of Allen & Overy (Holdings) Limited, is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2020. This document is for general guidance only and does not constitute definitive advice.