

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Oscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

El teletrabajo en tiempos de pandemia: de su implantación coyuntural a su regulación estructural en el derecho español*

Alicia VILLALBA SÁNCHEZ**

RESUMEN: A lo largo de la historia, la enfermedad ha dejado su impronta en el espacio. Como antaño la peste, el cólera o la tuberculosis, la irrupción del Covid-19 condiciona hoy el diseño de los lugares de convivencia. Siendo la empresa uno de ellos, era de esperar que acusara notables cambios, que se suman a los derivados de la Cuarta Revolución Industrial. Interesa, en primer término, abordar la incidencia de la pandemia en la proliferación de diversas modalidades de teletrabajo distinguiendo, en primer lugar, el motivado por el Covid-19, del instaurado en la empresa por causas organizativas. En segundo lugar, procede clasificar las diversas modalidades de teletrabajo en función de la menor o mayor libertad que concedan al asalariado las nuevas tecnologías. Y, en tercer lugar, hacer hincapié en el contenido de los derechos del trabajador, a fin de constatar la influencia que en ellos pudiera irrogar la prestación de servicios extramuros del entorno que vio nacer al derecho del trabajo.

Palabras clave: trabajo a distancia, teletrabajo, derechos digitales, negociación colectiva, autonomía individual de la voluntad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El teletrabajo en el derecho español: diversas modalidades y desafíos varios. 2.1. En función de la causa que lo motive. 2.1.1. El teletrabajo coyuntural como medida de lucha contra el Covid-19. 2.1.2. El teletrabajo estructural: de medida de conciliación a forma de organización del trabajo. 2.2. En función de la libertad de elección del lugar y del tiempo de trabajo que se ofrezca al trabajador. 2.2.1. Trabajo parcialmente presencial y trabajo íntegramente ejecutado en remoto. 2.2.2. Del trabajo a domicilio al trabajo “ágil”. 3. La configuración de los derechos digitales como derechos propiamente laborales. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

* Este trabajo es fruto del proyecto de investigación *Impacto de la digitalización y la Inteligencia artificial en la empresa y la sociedad: perspectivas jurídicas y económicas – E.S. Digital*, PGC2018-093772-B-I00 (2019-2021), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, AEI/FEDER, UE, desarrollado dentro del Grupo GI-1876 “Empresa e Administración”, Grupo de Referencia Competitiva (ED431C 2019/15) del *Programa de consolidación e estructuración de unidades de investigación competitivas nas universidades do Sistema Universitario de Galicia*.

** Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela (España).

Teleworking in Times of Pandemics: from Its Circumstantial Implementation to Its Structural Regulation into Spanish Law

ABSTRACT: Throughout history, disease has left its mark on space. Just like the plague, cholera or tuberculosis in the past, the arrival of Covid-19 has conditioned the design and use of places for living together. Since the company is one of them, it was to be expected that it would undergo notable changes, which would be added to those resulting from the Fourth Industrial Revolution. It is interesting, in particular, to tackle the impact of the pandemic on the proliferation of different forms of teleworking, distinguishing, in the first place, that motivated by Covid-19, from that established in the company for organisational reasons. Secondly, it is necessary to classify the various forms of teleworking whose performance is permitted by current regulations. And, thirdly, the regulation of the rights of this worker must be addressed, in order to ascertain the impact on them of the provision of services outside of the environment in which the labour law was created.

Key Words: remote working, teleworking, digital rights, collective bargaining, contractual freedom.

1. Introducción

El del Trabajo fue un derecho diseñado en función del lugar donde tenía lugar la prestación de servicios de la que se ocupaba. No en vano las primeras leyes obreras se promulgaron para tutelar a aquel trabajador física y organizativamente integrado en los establecimientos fabriles propios de la Primera Revolución Industrial¹. Así como la “Ley Benot” de 1873 protegió a los menores y a las mujeres que prestaban servicios en fábricas, talleres, fundiciones y minas; también la “Ley Dato”, de 30 de enero de 1900, de accidentes de trabajo², se ocupó exclusivamente de aquéllos ocurridos al operario que ejecutaba «habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena».

Desgajado como rama autónoma del ordenamiento jurídico, su eficacia comenzó a declinar desde que la subcontratación permitió el aprovechamiento del esfuerzo de trabajadores pertenecientes a otras empresas, cuya prestación se integraría de modo más o menos evidente en el producto o servicio ofertado por la empresa principal. Llegadas las reformas que habrían de garantizar cierta protección a dichos trabajadores, de la evolución tecnológica ha aflorado un nuevo ecosistema que deja expedita la vía hacia una suerte de “deslocalización virtual” del trabajador. Inadaptado a ella, el RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)³ abordaba, en su art. 13, un trabajo a distancia que, ni había de ejecutarse necesariamente mediante las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, ni daba cabida a toda aquella prestación de servicios así realizada.

Frente a esta adaptación tardía a la evolución tecnológica de un marco normativo flexible, pero parco en exceso, la llegada del Covid-19 sirvió de revulsivo, otorgando un recobrado protagonismo al trabajo a distancia y, en particular, a aquél ejecutado a través de las nuevas tecnologías, seña identitaria del teletrabajo. En este contexto se reveló como medida idónea para permitir a la empresa continuar con la actividad, a pesar del confinamiento decretado para la contención de la pandemia. También para

¹ No cabe hablar de derecho del trabajo sino transcurrido el “medio siglo de formación” que da comienzo con la promulgación de la primera “Ley obrera”, de 24 de julio de 1873 – conocida como “Ley Benot”, en honor al Ministro de Fomento Eduardo Benot (en *Gaceta de Madrid*, 28 julio 1873, n. 209) – y culmina hacia 1923 (véase PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 33 y ss.).

² En *Gaceta de Madrid*, 31 enero 1900, n. 31.

³ En *BOE*, 24 octubre 2015, n. 255.

hacerle posible al trabajador compatibilizar la prestación de servicios con la necesidad sobrevenida de cuidar de sus familiares por causas directa o indirectamente vinculadas a la crisis sanitaria. A su vez, este tránsito abrupto hacia el trabajo en remoto puso de relieve carencias ya padecidas por el telerabajador y que sufrirán telerabajadores futuros si un derecho del trabajo todavía concebido para el ecosistema presencial que lo vio nacer no se adapta a los nuevos retos que plantea el entorno digital.

Un análisis estructurado de estos desafíos obliga indagar la causa que justifica la implantación del teletrabajo, para colegir su finalidad. Luego, procede abordar diversos arquetipos de teletrabajador, cuya clasificación atiende a variables como el mantenimiento de cierto vínculo presencial con la empresa o a la mayor o menor libertad que ostenta para seleccionar el lugar y, a menudo, el tiempo en el que ha de ejecutar la prestación. Una vez elaborada dicha clasificación, conviene identificar las principales lagunas que presenta el nuevo marco jurídico esbozado por el RD-L 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia⁴ y completado por otras normas específicas por las cuales se han introducido derechos laborales de nuevo cuño, como los denominados “derechos digitales”.

2. El teletrabajo en el derecho español: diversas modalidades y desafíos varios

La configuración y el régimen jurídico del que se ha dotado al teletrabajo no obedece al capricho del legislador de turno. Al contrario, cada una de las reformas llevadas a cabo responde, aunque a menudo tarde, a alguna necesidad social susceptible de ser satisfecha mediante la modalidad de trabajo a distancia elegida. Su etiología constituye así el primer aspecto a abordar para comprender los diversos senderos que hoy día pueden conducir al teletrabajo. Ella imprimirá también su huella en el concepto mismo de teletrabajo, género del cual se desprenden varias especies ideadas en función de la finalidad que están llamadas a atender. Este polimorfismo permitirá, a su vez, comprender la heterogeneidad de estatutos jurídicos de los que hoy día puede disfrutar un teletrabajador. Comencemos, pues, por distinguir las diversas necesidades que han motivado la regulación del teletrabajo, cuya satisfacción ha condicionado su definición y, por ende, los derechos y obligaciones reconocidos a las partes contratantes, a fin de esbozar la tipología del teletrabajo en el derecho español.

⁴ En *BOE*, 23 septiembre 2020, n. 253.

2.1. En función de la causa que lo motive

Con anterioridad a que el Covid-19 hubiera hecho su aparición, el RD-L 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁵ modificó el art. 13 ET con el confesado anhelo de «promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral» afines al modelo flexible con el cual esta reforma salió al rescate de un tejido empresarial en destrucción por mor de la crisis del año 2008.

Desde entonces, la protección del trabajador dejó de conducir, al menos por sí sola, la labor del legislador social, que focalizó su atención en la empresa. La prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el de sector (art. 84.2 ET) constituye un buen ejemplo del cambio de perspectiva de un derecho que ha dejado de ser del trabajador para integrarse en el denominado derecho de la empresa. Razones para emprender esta deriva no faltaron, por aquel entonces. El galopante avance del desempleo justificó a ojos de muchos el sacrificio de la seguridad del trabajador en aras de una adaptabilidad que podía marcar la diferencia entre la desaparición y la supervivencia de la empresa. Sostener al dador de empleo se erigió, a la sazón, en el objetivo a alcanzar, aun a costa de los derechos del trabajador. De entre las medidas de flexibilidad menos onerosas para el asalariado procede destacar la regulación del “trabajo a distancia”, que ocupó el lugar antaño reservado al “contrato de trabajo a domicilio” para dar acogida, «mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías» (Exposición de Motivos del RD-L 3/2012). La flexibilidad que éstas deparan justifica que, si bien el objeto de la regulación fuera el trabajo a distancia, que puede o no implicar el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, fuera el que las utiliza la modalidad cuya implantación se trataba de propiciar.

Pero, aunque el art. 13 aseverare que quienes hicieran uso de él tendrían «los mismos derechos que los que [prestaran] sus servicios en el centro de trabajo de la empresa», salvo aquéllos que fuesen «inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial», la extensión de dicha salvedad ha justificado el desarrollo de un estatuto propio. Éste abarca la medición del débito laboral, el control de su cumplimiento, la protección de los riesgos propios de esta peculiar prestación de servicios y su aseguramiento mismo. Su desarrollo, sin embargo, no se acomete por parte del art. 13 ET, que lo deja en manos de la negociación colectiva, con las

⁵ En *BOE*, 11 febrero 2012, n. 36.

ventajas e inconvenientes que dicha decisión conlleva.

Entre las primeras, destaca la ductilidad que ofrece una regulación confeccionada a medida por quienes conocen bien «las particularidades técnicas, las posibilidades económicas y las condiciones sociales» de sus destinatarios⁶. Dista así del encorsetamiento del que a menudo adolece la normativa estatal, aunque no renuncia a establecer condiciones uniformes de trabajo, atendiendo así a una necesidad económica productiva esencial para la ordenación de las relaciones laborales⁷ que no satisface la negociación individual de las condiciones de trabajo.

De su labor surge una regulación fragmentaria que, llegada la pandemia, no fue susceptible de dar cobertura jurídica a una migración súbita hacia el trabajo en remoto que afectó a todas aquellas empresas en las cuales fuera viable, ya se hubieran dotado o no con anterioridad de un marco normativo para llevarla a cabo.

2.1.1. El teletrabajo coyuntural como medida de lucha contra el Covid-19

Hacer jurídicamente posible lo materialmente inevitable requirió aprobar una normativa *ad hoc* a través del RD-L 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19⁸. En virtud del mismo, se permitió el éxodo al trabajo a distancia, bien como mal menor para evitar la paralización de la actividad empresarial, bien como medida para conciliar la prestación de servicios con las responsabilidades familiares derivadas de la pandemia.

Del primer supuesto se ocupa su art. 5, cuando dispone el «carácter preferente del trabajo a distancia» a fin de «garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria». Para ello, «se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos». En consecuencia, obliga a las empresas a adoptar «las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado». Entre ellas, destaca el trabajo a distancia, preceptuando su aplicación con prioridad a la cesación temporal o a la reducción de la actividad.

⁶ A. GALLART I FOLCH, *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Comares, 2000, p. 32.

⁷ A. OJEDA AVILÉS, *Autonomía colectiva y autonomía individual*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1991, n. 2, p. 316.

⁸ En BOE, 18 marzo 2020, n. 73.

Se impone a la empresa «servirse del trabajo a distancia para mantener la producción a pesar de las limitaciones de movimiento y restricciones a la actividad económica que comporta la emergencia sanitaria»⁹. Así, sólo en la medida en la cual su actividad se hubiera visto paralizada y el tránsito hacia el trabajo a distancia fuera técnicamente posible y razonablemente aplicable, deberá acudir a él con carácter previo a la adopción de medidas más drásticas y perjudiciales, tanto para el trabajador afectado, como para la actividad productiva. En otras palabras, «antes de suspender el contrato o reducir la jornada» la empresa estará obligada «a cambiar el lugar de trabajo o, en su caso, acreditar la imposibilidad de implementar el trabajo a domicilio, porque el ERTE no procede y debe rechazarse allí donde el trabajo a distancia sea técnicamente posible y no suponga un coste desproporcionado»¹⁰.

Por lo que respecta al trabajador, se ha discutido su obligatoriedad. Hay quien la deduce de la excepcionalidad de este régimen, entendiendo que la situación «podría ser calificada como un “*rebus sic statibus* provisional” o, si se prefiere, como una suspensión temporal del régimen ordinario de derechos y obligaciones legales y/o convencionales y/o contractuales»¹¹. No obstante, el art. 5 del RD-L 8/2020 elude mencionar su obligatoriedad, silencio que la doctrina ha interpretado como no excluyente de la voluntariedad que el antiguo art. 13 ET¹² y el nuevo art. 5 RD-L 8/2020 atribuyen al trabajo a distancia, siguiendo los postulados del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) en julio de 2002 y revisado en 2009 (en adelante, Acuerdo Marco).

Ciertamente, esta interpretación casa mejor con la realizada por el Tribunal Supremo (TS). Con anterioridad a la pandemia, mostró contundencia al descartar que la empresa pudiera imponer unilateralmente el trabajo desde el domicilio mediante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dado que constituye una “condición de empleo”¹³ que, si bien «sólo

⁹ X. THIBAUT ARANDA, *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. extra 12, p. 3.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ M.À. FALGUERA BARÓ, *Comentarios sobre la regulación excepcional derivada de la COVID-19 respecto al régimen contractual laboral*, en *Ciudad del Trabajo*, 2020, n. 30, p. 133.

¹² A. GINÉS I FABRELLAS, [100+30 preguntas y respuestas sobre las medidas laborales ante la Covid-19](#), ESADE, 2021, p. 39.

¹³ STS 11 abril 2005 (rec. 143/2004).

afecta a una parte del contenido de la prestación», obliga al trabajador «a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo». Mediante esta conversión, para la cual se requiere la anuencia del trabajador, se hace del domicilio “lugar de producción”, sometiendo a la disciplina laboral el «propio espacio donde se desarrolla la vida privada del trabajador». Lo anterior «no sólo supone un coste adicional», sino que «también puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del art. 41 ET, como también de las decisiones de la autonomía colectiva».

Entendiendo ineludible contar con la aquiescencia del trabajador para trasladar la prestación de servicios desde el centro de trabajo de la empresa a sus dominios privados, se ha considerado que su negativa sólo podría comportar la adopción de otras medidas, como la suspensión contractual¹⁴. Se comparte dicha posición, puesto que pudiera darse el caso de que el trabajador no dispusiera de entorno alguno que resultara idóneo para dar continuidad a su prestación. Aunque en la actualidad sea frecuente el disfrute de espacio suficiente y de medios telemáticos idóneos en su domicilio, conviene recordar que el contrato de trabajo no obliga a ello. Por esta razón, no cabe dar por supuesto que cuenta con ellos, ni mucho menos exigirle el acatamiento de una decisión empresarial que presuponga la puesta a disposición de un entorno de trabajo cuando ni tan siquiera está obligado a disfrutar de un domicilio propio y estable. Dicho esto, procede tener presente el escaso poder que ostenta el trabajador para resistirse a cualquier propuesta empresarial, razón por la cual supeditar la aplicación del trabajo a distancia a su consentimiento equivaldrá, a menudo, a no interponer obstáculo alguno a la voluntad del empresario¹⁵.

El segundo supuesto permite el paso al trabajo a distancia de quienes deban asumir responsabilidades familiares sobrevenidas a raíz de la pandemia al amparo del Plan MECUIDA, cuya vigencia ha sido prorrogada por la Disp. Ad. Tercera del RD-L 28/2020 hasta el 31 de enero de 2021. En concreto, el art. 6 del RD-L 8/2020 parece reconocer el derecho a un «cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia» de quien deba hacer frente al cuidado de familiares, apartándose de los parámetros que definen a aquéllos en el ET. En primer término,

¹⁴ X. THIBAUT ARANDA, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵ Pues ahora, al igual que en los albores del derecho del trabajo, la aplicación de reglas diseñadas en atención a un esquema de igualdad formal a una relación de desigualdad real anula *de facto* la libertad individual del trabajador dando rienda suelta a la prevalencia de la voluntad unilateral del empleador (véase A. BAYLOS GRAU, *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, 1991, p. 71).

porque la pareja de hecho es equiparada al cónyuge. Y, en segundo lugar, porque se excluye a los familiares por afinidad, limitando el derecho al cuidado de los «familiares por consanguinidad hasta el segundo grado».

A su vez, la solicitud de esta medida se condiciona a la concurrencia de tres circunstancias excepcionales que hagan necesaria la presencia de la persona trabajadora para su atención. La primera se da cuando la persona en cuestión necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del Covid-19 por razones de edad, enfermedad o discapacidad. La segunda, cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el Covid-19 que impliquen el cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos. Y, la tercera, si la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con la pandemia.

No obstante, es de advertir que su procedencia dependerá de que la prestación de servicios a distancia ya estuviera disponible en la empresa, o de que ésta pudiera implementarla de modo razonable y proporcionado. Por consiguiente, aunque el art. 6.2 del RD-L 8/2020 aparente reconocerla como «una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora», hay quien la considera una mera «expectativa de derecho»¹⁶ pues, además de «tener como presupuesto el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles», su ejercicio debe «ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa», en particular, cuando «sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa» (art. 6.1, RD-L 8/2020). De persistir discrepancias, será la jurisdicción social la encargada de dirimir los conflictos que entre las partes pudieran entablarse a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social¹⁷.

En suma, si el convenio colectivo no regulaba el trabajo a distancia, era de esperar que el trabajador no disfrutara de una experiencia satisfactoria, constatando la insuficiencia de un marco legal que 1) no era del todo diáfano al reconocer el derecho o imponer la obligación de trabajar a distancia y 2) no regulaba en qué medida el trabajador debía ofrecer algo más que su fuerza de trabajo para cumplir con su obligación al transitar hacia el trabajo en remoto.

Tales dudas tampoco eran resueltas por el art. 13 ET que, a su vez, 1) no

¹⁶ X. THIBAUT ARANDA, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷ En *BOE*, 11 octubre 2011, n. 245.

delimitaba adecuadamente los diversos tipos de teletrabajo, 2) permitía que una persona fuera contratada o adquiriera *a posteriori* la condición de trabajador a distancia por un acuerdo individual, confiriéndole a la autonomía de la voluntad individual un margen para la regulación desconocido en un derecho del trabajo, y 3) omitía una necesaria adaptación de los derechos del teletrabajador a esta nueva prestación de servicios. A la vista de lo anterior, conviene abordar la idoneidad del nuevo marco jurídico estructural.

2.1.2. El teletrabajo estructural: de medida de conciliación a forma de organización del trabajo

El art. 5 del RD-L 28/2020 enuncia el carácter voluntario del trabajo a distancia en él regulado, sin que pueda ser impuesto mediante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo «sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva». Esta disposición condensa las dos modalidades de teletrabajo estructural existentes en el ordenamiento jurídico español.

La primera, vigente con anterioridad a la pandemia, fue introducida por el RD-L 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹⁸, configurándola como una medida tendente a facilitar la conciliación de la vida personal y familiar y a propiciar la corresponsabilidad. Con ese propósito, se modificó el art. 34.8 ET para incorporar el derecho a solicitar la prestación del trabajo a distancia, si bien la anuencia de la empresa se hace depender del carácter razonable y proporcionado de la pretensión del trabajador, habida cuenta de las necesidades organizativas o productivas de aquélla. Así, a falta de convenio colectivo que regule el procedimiento de solicitud, la transición hacia el trabajo a distancia requerirá la consecución de un acuerdo con la empresa, cuya negativa ha de fundarse en razones objetivas. Ante dicha tesitura, es preciso advertir que el trabajador no ostenta el derecho a imponer unilateralmente su decisión al empleador. Será, en su lugar, la jurisdicción social la encargada de apreciar si las razones aducidas por el empleador son suficientes, a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011. Presenta, por tanto, unos trazos similares al Plan MECUIDA aprobado para hacer frente a la conciliación excepcional derivada de circunstancias propias de la pandemia, sin duda diseñado a imagen y

¹⁸ En *BOE*, 7 marzo 2019, n. 57.

semejanza de esta medida.

Frente a este trabajo a distancia, que se configura como derecho del trabajador orientado a hacer efectivo el que ostenta para la conciliación de la vida familiar y laboral, el RD-L 28/2020, promulgado en tiempos de pandemia, introduce, por una parte, el derecho de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo a «a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre en ambos casos que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona». Derecho cuya concreción encomienda también a la jurisdicción social, en caso de que no medie acuerdo entre con la empresa o exista otro procedimiento establecido por convenio o acuerdo colectivo (Disp. final tercera, por la que se modifica el art. 37.8 ET).

Por otra parte, despliega la esperada regulación estructural del trabajo a distancia. Propiciada por la llegada del virus, sorprende que en su Disp. tran. tercera excluya su aplicación al implantado como medida de contención sanitaria derivada del Covid-19 excepcionalmente en aplicación del art. 5 del RD-L 8/2020. Para él, y mientras se prolongue la situación de emergencia sanitaria, dispone la «aplicación la normativa laboral ordinaria», afirmación curiosa en tanto el art. 13 ET, en su redacción vigente, sólo permite a las personas trabajadoras prestar trabajo a distancia «en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia». Añade, no obstante, que aun en estos supuestos extraordinarios «las empresas estarán obligadas a dotar [a los trabajadores] de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario» y, «en su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados».

La intención del legislador estriba quizá en soslayar la preceptiva formalización del acuerdo de trabajo a distancia contemplado en los arts. 5 ss. del RD-L 28/2020, que, desde su entrada en vigor, está llamado a regular los aspectos clave de la prestación de servicios. Queda, desde entonces, en manos de la autonomía de la voluntad la propia definición del trabajo a distancia a la cual decidan acogerse, además de una serie de aspectos cardinales, entre los cuales destacan: la concreción de los parámetros destinados a mensurar la prestación debida por el trabajador, la delimitación de los riesgos de naturaleza profesional que lo acechan y la adscripción a un centro de trabajo concreto.

Puesto que la definición se abordará a renglón seguido, haciéndose mención a las restantes cuestiones en el siguiente epígrafe, baste ahora avanzar que

el desarraigo del trabajador a distancia evidencia el resurgimiento de la negociación individual de las condiciones de trabajo¹⁹. Ello resulta extraño a una disciplina tradicionalmente asentada sobre la regulación heterónoma y la negociación colectiva de las condiciones de trabajo²⁰, ambas «fuerzas generadoras de normas cogentes que, imponiéndose a la voluntad de las partes, establecen las condiciones básicas en que debe prestarse el trabajo subordinado»²¹. La subversión de este orden merced al éxodo que implica el trabajo en remoto no hace sino añadir riesgos adicionales a los inherentes a una prestación de trabajo cada vez más flexible.

2.2. En función de la libertad de elección del lugar y del tiempo de trabajo que se ofrezca al trabajador

La normativa promulgada *ad hoc* para posibilitar el distanciamiento necesario para detener la propagación del virus elude definir en qué consiste el trabajo a distancia que permite. Evitando incurrir de nuevo en este descuido, comprensible, habida cuenta de la urgente necesidad que justificó su aprobación, el RD-L 28/2020 define el trabajo del que se ocupa, y lo hace en términos amplios. Así, en su art. 2.a alude al trabajo a distancia, concibiéndolo como aquél que se ejecuta en el domicilio del trabajador o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador. Éste constituye un género al cual pertenecen diversas subespecies. Una de ellas es el teletrabajo, abordada en el apartado b y llevada a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

Aunque su relevancia en el seno de la Cuarta Revolución Industrial resulte innegable, el instrumental tecnológico no es el único elemento distintivo que permite diferenciar un tipo de trabajo a distancia del otro. El lugar y el tiempo de trabajo todavía son fundamentales para clasificar una prestación que ha evolucionado desde una vinculación bastante intensa al entorno

¹⁹ A. VILLALBA SÁNCHEZ, *El acuerdo de trabajo a distancia tras la entrada en vigor del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, en prensa en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, n. 14, p. 9.

²⁰ Véase M. D'ANTONA, *La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1991, n. 2, p. 284, al sostener que «el Derecho del Trabajo tradicionalmente ha desarrollado su función de ordenamiento protector a través del dominio de la heteronomía sobre la autonomía y a través de la subordinación de lo individual a lo colectivo».

²¹ Á.A. BLASCO PELLICER, *La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral*, en *Aranzadi Social*, 2004, n. 5, p. 1246.

tradicional hacia una «dicuefacción de los códigos espacio temporales»²² que otrora demarcaban la prestación debida por el trabajador.

2.2.1. Trabajo parcialmente presencial y trabajo íntegramente ejecutado en remoto

En función de la distribución que se realice entre el trabajo ejecutado de forma presencial y el trabajo a distancia, cabe diferenciar el trabajo a distancia prestado en alternancia con el presencial y el íntegramente realizado en remoto. El primero, será objeto de atención por el RD-L 28/2020, siempre que se ejecute a distancia, un mínimo del 30% de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo en un periodo de referencia de tres meses (art. 1). El segundo, más disruptivo, parece admitirse también, dado que la norma sólo exige establecer el porcentaje y distribución de ambas modalidades «en su caso». Puesto que no resulta digno de interés para esta disposición el trabajo meramente presencial, resulta forzoso admitir que también encuentra cabida en ella el íntegramente ejecutado a distancia, con el riesgo de aislamiento que conlleva y que el contenido del propio acuerdo debe mitigar²³.

Se constata, así, una notable evolución desde el derogado art. 13 ET, que parecía excluir la migración absoluta hacia el trabajo a distancia que la pandemia desencadenó, y su admisión. Ésta conlleva, no obstante, afrontar una serie de retos a fin de garantizar su implantación eficaz y neutralizar los riesgos que de ella afloran. Siendo el aislamiento el principal, procede acompañar su implantación de un cambio organizativo. A tal efecto, la empresa deberá representar un rol proactivo, siendo especialmente cuidadosa en la distribución de la carga de trabajo, clara en la determinación del resultado a alcanzar y lo menos invasiva posible en la constatación del cumplimiento de una deuda de actividad que, como se verá acto seguido, podrá satisfacerse desde diversos emplazamientos. Lo anterior explica que la formación, tanto del empleado, como del empleador, constituya la herramienta destinada a marcar la diferencia entre un aprovechamiento productivo del teletrabajo y un fracaso susceptible de repercutir negativamente en la actividad empresarial, e incluso en la salud del trabajador.

²² F. ALEMÁN PÁEZ, *El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail n° 2016-1088"*, en base de datos *La Ley*, doc. n. 52/2017, p. 1.

²³ A. VILLALBA SANCHEZ, *op. cit.*, p. 10.

2.2.2. Del trabajo a domicilio al trabajo “ágil”

A tenor del art. 7 del RD-L 28/2020, en el acuerdo de trabajo a distancia debe consignarse el «lugar [...] elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia», que no ha de ser necesariamente su domicilio, así como el «porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso». Puesto que el art. 2.a considera trabajo a distancia tanto aquél que se presta en el domicilio de la persona trabajadora, como en el lugar elegido por esta, es dable diferenciar diversas posibilidades que van desde la concepción clásica a la más innovadora.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación que caracterizan el teletrabajo como especie perteneciente al trabajo a distancia han propiciado una transformación que parte del «teletrabajo de primera generación»²⁴. En él, la oficina se ubicaba en el domicilio del teletrabajador, con lo cual la delimitación de los riesgos a los cuales se exponía estaba en cierto modo reducida por la estabilidad del lugar de prestación de servicios. Sin embargo, la ingente libertad que han aportado los dispositivos inalámbricos ha permitido un veloz avance hacia modalidades más flexibles de teletrabajo, donde apenas importa el lugar en el cual se ejecute, dado que los medios necesarios son fácilmente transportables e instalables. Esta “segunda generación” de teletrabajo deja paso rápidamente al “teletrabajo de tercera generación”, donde la oficina es virtual y el lugar donde se ubique el trabajador deviene, en cierto modo, indiferente.

Cabría, así, admitir un pacto en el cual se conceda plena libertad al trabajador para ubicarse en el lugar que estime oportuno, como acontece en el *lavoro agile* regulado en Italia por la *Legge 22 maggio 2017, n. 81, Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*. Concebido al margen de constreñimiento temporal o locativo alguno, constituye la alternativa más flexible, pero también la más disruptiva para con el aseguramiento articulado por el sistema de Seguridad Social, habida cuenta de la dificultad de discernir el carácter profesional de los riesgos que se ciernen sobre el trabajador en un ámbito cuya precisión competará, también, a este mismo acuerdo individual.

A su vez, parece relajarse el parámetro temporal, dado que el art. 13

²⁴ Sobre esta evolución, véase J.C. MESSENGER, *Telework in the 21st Century. An evolutionary perspective*, Edward Elgar, 2019. A su vez, resulta ilustrativa la guía OIT, *Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio*, Nota Técnica OIT, 22 julio 2020 (edición en inglés publicada el 5 de junio de 2020).

reconoce al trabajador el derecho al “horario flexible”. No obstante, dicha flexibilidad debe respetar los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, así como los tiempos de disponibilidad obligatoria fijados en el acuerdo de trabajo a distancia y, por supuesto, la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso.

Persiste, siquiera como límite máximo destinado a preservar los períodos de descanso del trabajador, la jornada. Y, a tal efecto, deberá ser objeto de registro (art. 34.9 ET). Pero el trabajador no sólo se compromete a proporcionar un tiempo de trabajo efectivo²⁵, sino que adeuda una cantidad de trabajo a prestar durante un cierto tiempo²⁶. Los resultados obtenidos por el trabajador durante un período temporal determinado denotan su rendimiento²⁷, indicador del cumplimiento de la prestación cuya constatación resulta tanto más compleja cuanto más alejado está el trabajador del supervisor. Con la dilución del módulo temporal adquiere relevancia el control por objetivos. Su consecución, no obstante, debe requerir la inversión por parte del trabajador de un “rendimiento normal”²⁸, que no es sino el resultado del cumplimiento diligente de la prestación al que alude el art. 20.2 ET²⁹. Ello obliga a valorar el esfuerzo invertido, situándolo en «un cierto punto intermedio entre la holganza y la extenuación»³⁰ con exclusión de cualquier influencia exógena que pudiera frustrar su consecución³¹.

La dificultad de su concreción obliga a contar con medios adicionales de supervisión. Pero la ejecución de la prestación a distancia complica en

²⁵ Medida cronológica de la prestación que se determina a través de la jornada (J.A. SAGARDOY Y BENGOCHEA, *La disminución del rendimiento como causa de despido*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1968, n. 33, p. 415).

²⁶ I. ALZAGA RUIZ, *La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado*, en J.L. GIL Y GIL, J.M. DEL VALLE (coords.), *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, 2009, p. 183.

²⁷ I. ALZAGA RUIZ, *op. cit.*, p. 183, y F.J. GÁRATE CASTRO, *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, 1984, pp. 31-33.

²⁸ Cuya disminución continuada y voluntaria puede justificar el despido disciplinario (art. 52.2.e ET).

²⁹ En este sentido, véase F.J. GÁRATE CASTRO, *op. cit.*, p. 103, para quien «la cantidad del trabajo útil y el tiempo empleado en realizar dicho trabajo, factores que algunos autores proponen como elementos definitorios del concepto de rendimiento, no son consecuencia de un fenómeno carente de todo origen y explicación, sino que, por el contrario, dependen profundamente de la conducta seguida por el trabajador al desarrollar su prestación, y, concretando más esta idea, del hecho de que tal conducta sea o no diligente».

³⁰ M. ALONSO OLEA, M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Civitas, 2009, p. 432.

³¹ Como pueden ser «factores absolutamente ajenos a la voluntad de trabajador, como son la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica» (STS 3 julio 2020, RJ 2020, 2770).

buena medida la constatación del cumplimiento de su débito laboral, concediendo cierta relevancia a la dirección y supervisión de la actividad llevada a cabo a través de las nuevas tecnologías. Ante el silencio guardado por el ET a lo largo de los años, fue la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD)³² la que salió al paso de la necesidad de regular los denominados “derechos digitales” del trabajador. También concernientes al trabajador presencial, adquieren una inusitada relevancia en la determinación de la prestación debida por el teletrabajador.

3. La configuración de los derechos digitales como derechos propiamente laborales

Aunque la normativa analizada se ocupe del trabajo a distancia, en tanto género, el propio Preámbulo del RD-L 28/2020 destaca el auge del teletrabajo, habida cuenta de su aptitud para prevenir el riesgo de contraer el virus, pero también de su idoneidad para flexibilizar el cumplimiento de la prestación. En virtud del mismo, el trabajador ve ensanchado el ámbito espacio-temporal de trabajo, pudiendo elegir el momento y el lugar que mejor le convenga para cumplir su prestación. Sin embargo, esta dilatación corre pareja a la expansión de los poderes del empresario, susceptibles de invadir una esfera privada que otrora permanecía oculta a sus ojos.

Emerge sí una empresa panóptica³³ cuya observación alcanza hasta donde los ingenios tecnológicos se lo permitan. Hoy en día, huelga advertir que, en cuanto a recopilación y tratamiento de información se refiere, lo posible dista mucho de ceñirse a lo jurídicamente admisible. Es por ello que el Preámbulo del RD-L 28/2020 anticipaba la necesidad de «establecer en la medida precisa las facultades de control y organización que corresponden a la empresa, para garantizar un uso y conservación adecuados de los equipamientos entregados, las limitaciones de uso personal de los equipos y conexiones, el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales y las instrucciones necesarias para preservar a la empresa frente a posibles brechas de seguridad».

A imagen y semejanza del art. 20 ET, el art. 22 del RD-L 28/2020 permite

³² En BOE, 6 diciembre 2018, n. 294.

³³ Concebido por Bentham con fines penitenciarios, el Panóptico consistía en una torre rodeada de un anillo compuesto por celdas individuales, donde cada sujeto era consciente de ser observado por un vigía que permanecía oculto en la estructura central. Aquel ingenio «polivalente en sus aplicaciones», servía «también para [...] vigilar a los obreros» (M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, 2018, p. 238).

a la empresa «adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad». Pero la dignidad, «cuya minoración se resiente en la personalidad, se halla presente en todos los derechos fundamentales»³⁴, como el derecho a la protección de datos y los concretos derechos digitales que la LOPDGDD ha regulado.

Lejos de agotar su contenido, la Ley concede un amplio margen a unos interlocutores sociales cuya labor dista mucho del mero desarrollo normativo. Puede que sea esta la impresión que se recibe tras la lectura del art. 91 LOPDGDD cuando invita a los convenios colectivos a «establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral». No obstante, de su aceptación no depende sólo adicionar garantías, sino completar el contenido de unos derechos digitales que, de lo contrario, concretará la empresa.

Sobre este extremo, es de advertir que la actuación de la negociación colectiva está seriamente «condicionada por el enfoque que escoge la regulación de estos derechos digitales en la Ley Orgánica»³⁵. Se percibe, p. ej., en la regulación del derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición del trabajador. El art. 87.2 LOPDGDD permite al empleador el acceso a sus contenidos cuando se pretenda garantizar la integridad de los dispositivos o controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias del asalariado. No obstante, deberá observar las garantías previamente especificadas a la hora de deslindar el ámbito concedido al aprovechamiento privado de los útiles de trabajo, siempre y cuando éste se hubiera tolerado. No existe, por tanto, una prohibición de acceso a los contenidos, sino una modulación del ejercicio de los poderes del empresario, que se ha de atener a las pautas por él establecidas. Ellas dan la medida de la expectativa de privacidad que el trabajador puede albergar, que deviene inexistente de mediar una prohibición relativa a todo uso privado. Queda entonces en manos del empresario el establecimiento de los criterios de utilización de los dispositivos digitales, que deberán respetar «en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y

³⁴ J.L. GOÑI SEIN, *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Civitas, 1988, p. 115.

³⁵ A.P. BAYLOS GRAU, *Los derechos digitales y la negociación colectiva*, en *Diario La Ley*, 2019, n. 9331, p. 2.

los derechos reconocidos constitucional y legalmente» (arts. 17.2, RD-L 28/2020, y 87.3 LOPDGDD). Aunque en su elaboración «deberán participar los representantes de los trabajadores», no se prescribe su regulación convencional, razón por la cual, a falta de disposición al respecto contenida en el convenio colectivo, su regulación podrá ser impuesta por el empresario.

No obstante, los convenios o acuerdos colectivos pueden especificar «los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia» (art. 17.3, § 2).

En defecto de regulación convencional, la unilateralidad en la concreción de los sistemas de supervisión es una de las características de unos derechos digitales que no hacen sino definir el objeto contractual. Lo anterior resulta palmario a partir del reconocimiento del «derecho a la desconexión», necesario para evitar que el control, además de invasivo, constituya una «bomba de relojería que [active] insidiosamente la espoleta del exceso, el sobre-esfuerzo y la auto-explotación»³⁶, reconociendo «el derecho al descanso en un mundo hiperconectado»³⁷. Contemplado en el art. 87 LOPDGDD y concretado en el art 18 RD-L 28/2020, persigue la demarcación del tiempo que el trabajador sacrifica en aras del correcto cumplimiento de su prestación, aun «fuera de su horario de trabajo».

Además del respeto y el registro de la jornada máxima, «el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso» (art. 18.1, RD-L 28/2020). Aquí también los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer «los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso». Pero, a falta de disposición convencional, incumbirá a la empresa la elaboración de «una política interna [...] en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática», contando con la participación de los representantes de los trabajadores.

³⁶ F. ALEMÁN PÁEZ, *Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153, p. 33.

³⁷ H. ÁLVAREZ CUESTA, *Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 43, pp. 186-187.

La unilateralidad en la determinación de estos derechos denota el fortalecimiento de los poderes del empresario, y su propia configuración evidencia una tendencia a definir en negativo la prestación comprometida por un trabajador que, en su defecto, se arriesga a sacrificar su vida profesional, pero también personal, en aras del interés empresarial.

En suma, lejos de ser accesorios, los derechos digitales acotan lo que el trabajador pone de sí mismo a disposición de la empresa, defendiéndolo ante la *vis expansiva* de los poderes del empresario. Que su determinación quede en manos de este último resulta tan paradójico, como ineludible la intervención de la negociación colectiva llamada a regularlos.

Emerge así un contenido del convenio que, si bien no es mínimo o necesario en sentido estricto (art. 85.3 ET), sí resulta imprescindible cuando en su ámbito de aplicación resulta viable el teletrabajo. Llegados a este punto, interesa recordar que, si bien el ET no obliga a consignar en el convenio sino «pactos generales de carácter formal que lo configuran como norma jurídica»³⁸, este contenido formal no basta para alcanzar el fin que constitucionalmente se le atribuye a la negociación colectiva. Aquél no es otro que acordar un «contenido material»³⁹ nutrido por aquellos «pactos reguladores de las condiciones de trabajo de los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito»⁴⁰. Con la preceptiva consignación de los primeros, «sin más añadidos, el convenio carecería de sustantividad»⁴¹, puesto que las estipulaciones pertenecientes a la segunda categoría constituyen su «verdadera esencia o principal razón de ser»⁴². Por consiguiente, así como hoy no resulta concebible un convenio cuyo contenido permanezca ajeno a la fijación del precio del trabajo, por más que no constituya un contenido mínimo, tampoco resulta inteligible negociar al margen del ecosistema tecnológico que abordan estos verdaderos derechos laborales del trabajador del s. XXI.

4. Conclusión

La pandemia en curso aceleró la implantación del teletrabajo en ámbitos donde quizá no alcance a generalizarse en un futuro. Aunque pequen de

³⁸ STS 21 diciembre 1994 (RJ 10346).

³⁹ L. MELLA MÉNDEZ, *Artículo 85. Contenido*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, 2001, tomo XII, vol. 1, p. 149.

⁴⁰ STS 21 diciembre 1994, cit.

⁴¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Contenido mínimo del convenio colectivo*, en base de datos *La Ley*, doc. n. 1401/2013, p. 4.

⁴² L. MELLA MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 149.

excesivo optimismo quienes vaticinan que, con ella, esta modalidad de prestación de servicios devendrá la usual, tampoco cabe desconocer el impacto que la misma ha surtido, al propiciar una regulación legal más completa y adaptada al contexto tecnológico que preside la Cuarta Revolución Industrial.

Se percibe así una evolución desde el trabajo a distancia desarrollado en alternancia con el presencial y ejecutado en un entorno estable, como el domicilio del trabajador, hacia otro paradigma. Éste se caracteriza por la mayor libertad que se concede al trabajador para elegir el tiempo y el espacio donde prestar servicios, pero también por la responsabilidad que asume al aceptar un débito laboral cuyo cumplimiento puede obligarle a sacrificar un tiempo y un espacio otrora dedicados a otros menesteres. De ahí que, junto con la correcta determinación de los objetivos a alcanzar, adquieran una notable importancia los derechos digitales que permiten trazar las fronteras del ámbito que el trabajador reserva todavía a su desarrollo personal. Enunciados en normas ajenas al ET, corren el riesgo de difuminarse, franqueando el paso del control empresarial a los dominios íntimos del trabajador y derribando los muros que antaño delimitaban su disponibilidad.

Defender este espacio frente a la injerencia de la empresa exige, no obstante, el empeño de una negociación colectiva en regular unos derechos digitales que, en caso contrario, serán configurados por y en orden a los intereses de aquélla. Emergen así unos nuevos derechos laborales que conforman un contenido prácticamente ineludible para el convenio colectivo que, si renuncia a regularlos, abdica en cierto modo de su función tradicional, consistente en fijar el precio del trabajo, al deslindar con claridad los confines de la prestación debida por el asalariado.

5. Bibliografía

ALEMÁN PÁEZ F., *Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153, pp. 13-60

ALEMÁN PÁEZ F., *El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail n° 2016-1088"*, en base de datos *La Ley*, doc. n. 52/2017

ALONSO OLEA M., CASAS BAAMONDE M.E., *Derecho del trabajo*, Civitas, 2009

ÁLVAREZ CUESTA H., *Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 43, pp. 175-201

- ALZAGA RUIZ I., *La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado*, en J.L. GIL Y GIL, J.M. DEL VALLE (coords.), *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, 2009
- BAYLOS GRAU A.P., *Los derechos digitales y la negociación colectiva*, en *Diario La Ley*, 2019, n. 9331
- BAYLOS GRAU A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, 1991
- BLASCO PELLICER Á.A., *La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación jurídico-laboral*, en *Aranzadi Social*, 2004, n. 5, pp. 1245-1273
- D'ANTONA M., *La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1991, n. 2, pp. 284-310
- FALGUERA BARÓ M.À., *Comentarios sobre la regulación excepcional derivada de la COVID-19 respecto al régimen contractual laboral*, en [Ciudad del Trabajo, 2020, n. 30](#), pp. 128-157
- FOUCAULT M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, 2018
- GALLART I FOLCH A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Comares, 2000
- GÁRATE CASTRO F.J., *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, 1984
- GINÈS I FABRELLAS A., [100+30 preguntas y respuestas sobre las medidas laborales ante la Covid-19](#), ESADE, 2021
- GOÑI SEIN J.L., *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Civitas, 1988
- MELLA MÉNDEZ L., *Artículo 85. Contenido*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, 2001, tomo XII, vol. 1
- MESSENGER J.C., *Telework in the 21st Century. An evolutionary perspective*, Edward Elgar, 2019
- OIT, [Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio](#), Nota Técnica OIT, 22 julio 2020
- OJEDA AVILÉS A., *Autonomía colectiva y autonomía individual*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1991, n. 2, pp. 311-354
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*, Tecnos, 2011
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Contenido mínimo del convenio colectivo*, en base de datos *La Ley*, doc. n. 1401/2013
- SAGARDOY Y BENGOCHEA J.A., *La disminución del rendimiento como causa de despido*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1968, n. 33, pp. 415-428

THIBAUT ARANDA X., *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. extra 12

VILLALBA SÁNCHEZ A., *El acuerdo de trabajo a distancia tras la entrada en vigor del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, en prensa en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, n. 14

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo