



La ordenación española del trabajo a distancia y el teletrabajo: la extensión y normalización del modelo legal

por José Eduardo López Ahumada

1. INTRODUCCIÓN

Cumplido ya un año de la aprobación del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre (BOE de 23 de septiembre), relativo a la regulación del trabajo a distancia en España (RDLTD), es relevante analizar los cambios producidos por dicha regulación y constatar su aplicación práctica en el actual contexto económico y social. Se trata, pues, de estudiar el modelo legal del teletrabajo en España, actualmente ordenado por la Ley 10/2021, de 9 de julio (BOE del 10 de julio), que vino a convertir en ley el Real Decreto-Ley previo anteriormente citado, dictado por el Gobierno por motivo de urgencia en espera de su conversión en disposición legal a efectos constitucionales¹. La Ley 10/2021, reguladora del trabajo a distancia (en adelante LTD) ha delimitado dicha modalidad de trabajo teniendo en cuenta el contexto actual de pandemia y configurando un régimen amplio y flexible, que sea solución a los distintos problemas planteados por la crisis del coronavirus.

Con el paso de los años, se ha producido una auténtica transformación del mundo del trabajo, unido al propio cambio de los usos y prácticas en la sociedad. Con todo ello, se ha desarrollado de forma paralela la innovación tecnológica y los avances aplicados a los sistemas de trabajo. Sin duda, las tecnológicas de la información y de la comunicación están plenamente interiorizadas y no transforman solamente la ejecución del trabajo, sino también nuestra forma de vida y las relaciones interpersonales. Uno de los principales problemas reside en la extensión del trabajo remoto y del teletrabajo, especialmente con posterioridad a la crisis del Covid-19. En este sentido, el riesgo

¹ En un primer momento, la regulación del trabajo a distancia se realizó a través de dicho Real Decreto-Ley 28/2020. Debido a lo ordenado por nuestra Constitución, se requiere necesariamente la justificación de urgencia, a la hora de habilitar al gobierno a que dicte un Real Decreto-Ley, sin iniciar el procedimiento legislativo ordinario. Dicha situación de urgencia determina la necesidad de entrada en vigor inmediata de la norma (art. 86.1 CE). No obstante, dicho Real Decreto-Ley debe necesariamente convertirse en ley ordinaria, llamando la atención el dilatado tiempo previsto por el RDLTD para la entrada en vigor de la norma. Sin duda, en este caso se apreciaba el interés del Gobierno de contemplar un margen de maniobra amplio, a efectos de poder incluir reglas de demora relativas a la eficacia de la norma. Especialmente latía la necesidad de seguir negociando la disposición legal hasta su conversión en ley ordinaria, permitiendo con ello conseguir un acuerdo en el marco de la concertación social con los representantes empresariales y sindicales. No obstante, este retraso en la entrada en vigor de la norma y de su posterior conversión en ley ordinaria podría haber planteado dudas desde el punto de vista de su constitucionalidad. Sin embargo, dada la situación de excepcionalidad en la que hemos vivido, y a la necesidad igualmente de contar con una disposición legal sobre el trabajo a distancia, no se ha llegado a interponer un recurso de inconstitucionalidad sobre la norma. Dicha situación supone que el Tribunal Constitucional no se pronunciará sobre la constitucionalidad de dicha opción de política legislativa.

latente reside en la necesidad de garantizar un régimen protector, asegurando derechos a los trabajadores y seguridad jurídica a los empresarios a la hora de aplicar el trabajo a distancia.

2. LA TRANSICIÓN HACIA UN MODELO LEGAL ESTABLE DE TRABAJO A DISTANCIA

La actual regulación legal en España del trabajo a distancia, aplicable igualmente al teletrabajo, tiene importantes consecuencias jurídicas. Dicha disposición legal ha introducido nuevos mecanismos para adaptar el teletrabajo en las relaciones laborales, con importantes consecuencias jurídicas, que analizaremos en este estudio. Con todo, conviene indicar ya de antemano, que se trata de un modelo legal que no agota su tratamiento, sino que es necesaria su aplicación y desarrollo a través de la negociación colectiva. No cabe duda de que el recurso al teletrabajo se ha presentado como un instrumento útil e incluso existe una práctica asentada, a la que recurren muchas empresas y que afecta a un gran número de trabajadores de distintos sectores de actividad. Por ello, es importante analizar la regulación del teletrabajo como un mecanismo de cambio en los sistemas de organización del trabajo, para lo cual resulta trascendental el análisis de los aspectos más significativos de la ordenación española del teletrabajo y el trabajo a distancia.

Con carácter general, es preciso destacar que la regulación del teletrabajo y el trabajo a distancia en España ha supuesto un cambio significativo en las posibilidades de organización del trabajo que tienen las empresas. Ciertamente, nos referimos a nuevas posibilidades y a distintas fórmulas de organización del trabajo, que estamos apreciando en los últimos tiempos. La regulación ha tenido en cuenta los problemas sociales, que igualmente tienen una proyección económica, y que se refieren a las restricciones en un primer momento de la movilidad de las personas debido a las medidas de restricción de carácter sanitario, que se adoptaron frente a la situación de pandemia.

De ante mano, conviene referirse sucintamente a la proyección del teletrabajo durante la primera fase de desarrollo de la crisis provocada por el Covid-19. Siempre ha estado presente la necesidad de contar con una legislación específica para el trabajo a distancia y ello debido al reto de dar respuesta al denominado teletrabajo durante la vicisitud del Covid-19. Una de las primeras medidas, contempladas en los primeros decretos dictados por el gobierno, se referían a la exclusión de la aplicación de la normativa específica relativa al trabajo a distancia por causa del Covid-19. Es decir, el régimen legal ordinario estaba llamado a aplicarse a la situación excepcional, pero corregida con las restricciones sanitarias previstas en los decretos de urgencia. Dichos decretos mostraban la preferencia del trabajo a distancia debido a la declaración del estado de alarma. En esos casos, el trabajo a distancia se imponía como una forma de organización de la actividad laboral debido a las medidas de contención de la pandemia y por el tiempo que se debieran mantener por razones estrictamente sanitarias (Disposición Transitoria 3ª del RDLTD).

El primer RDLTD se aplicaba, pues, a aquellas formas de trabajo adoptadas durante una situación de normalidad y en base a criterios de organización empresarial que permitieran la eficacia del trabajo y la mejora de la productividad. En cambio, en los casos de trabajo a distancia por razones del Covid-19, se producía una remisión a la aplicación de la legislación laboral ordinaria, con las reglas especiales dictadas para atender a la situación sanitaria. Se trataba de una remisión genérica al contrato de trabajo común y, en concreto, a la regulación del trabajo a distancia contemplada con carácter general en el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Precisamente, la regulación legal del trabajo a distancia se ha ido aplicando en una situación de normalidad y con vocación de seguir aplicándose en una situación posterior al Covid-19. Por tanto, conforme se iban levantando las limitaciones a la movilidad de las personas y con ello se flexibilizaban las reglas relativas a los centros de trabajo, desaparecía la obligatoriedad de realizar el trabajo en régimen a distancia. Con

ello, cobraba sentido la voluntariedad del recurso a dicha forma de trabajo y con ello al propio recurso a la ley especial de trabajo a distancia.

3. LA NATURALEZA ESPECIAL DEL TRABAJO A DISTANCIA

Una de las cuestiones que se plantean en relación con la legislación del trabajo a distancia, se refiere a su naturaleza especial y a su propia relación con la legislación laboral ordinaria. La LTD, como normativa específica, no deja de ser una disposición normativa amplia, que nace con la vocación de regular integralmente dicha realidad laboral. De ahí que incluso se haya apuntado la posibilidad de identificar a dicha legislación como una disposición normativa de carácter especial de las reguladas en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a las relaciones especiales de trabajo. No obstante, conviene indicar que precisamente por el carácter expansivo y la naturaleza general del trabajo que se está regulando, dicha ley no podría calificarse como una relación laboral especial. Ello no sería posible ni por la temática, ni por su propia naturaleza. Ello significa que el trabajo a distancia no podría considerarse como una modalidad contractual más, ni podría conceptuarse como una relación laboral especial. De hecho, conviene destacar la propia presencia antes de la pandemia del artículo 13 del ET, que no ha sido formalmente derogado por la ley.

No obstante, no cabe duda de que la regulación del artículo 13 del ET ha perdido su peso específico y actualmente se contempla como una mera remisión a la regulación específica contenida en la nueva ley del trabajo a distancia. Sin duda, la regulación del artículo 13 del ET mantiene una relación precisa con la ley del trabajo a distancia, rigiéndose sus interrelaciones en virtud del principio de especialidad normativa. La norma general estatutaria vendría a regular el contrato de trabajo común, que se aplicará a todos los efectos al trabajo a distancia. No obstante, por razón de especialidad, se tendrán que aplicar las reglas singulares contempladas en la LTD, como normativa especial que se aplicará con preferencia sobre las reglas generales del Estatuto de los trabajadores. Por todo ello, el trabajo a distancia se encuentra ordenado en la legislación laboral en su conjunto. En aquellos aspectos no previstos por la ley especial será necesaria la remisión al Estatuto de los Trabajadores.

En cualquier caso, conviene destacar que el RDLTD contenía una norma específica aplicable al supuesto del teletrabajo motivado por el Covid-19. En estos casos las empresas estaban, y están obligadas, a dotar a los trabajadores de los medios, equipos, instrumentos y herramientas, así como los consumibles necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia. De igual modo, la empresa está obligada al mantenimiento de dichos equipamientos a efectos de su aplicación al trabajo a distancia. Y, por su parte, la negociación colectiva tendrá que determinar la forma de compensación de los gastos motivados por el trabajo a distancia, en el caso de que existan y que no hayan sido debidamente compensados económicamente (Disposición Transitoria 3ª RDLTD). Ello permitía, ya con el RDLTD, la posibilidad de reclamar la compensación económica, incluso en los supuestos de teletrabajo por motivos del Covid-19. Dicha regla era especialmente importante en aquellos casos en los que hubiera ausencia de disposición en convenio colectivo. Sin duda, y antes de la aprobación del RDLTD, en esos casos, resultaba especialmente difícil reclamar dichas compensaciones económicas.

Incluso con la aplicación de la actual LTD, podemos pensar que muchas de las medidas contempladas por el legislador se presentan como mecanismos temporales. Sin embargo, la legislación piensa en un modelo de teletrabajo y de trabajo a distancia flexible, que, sin duda, puede ser utilizado en una etapa posterior de post pandemia. Es decir, aunque muchas medidas legales tengan naturaleza temporal y ligadas a la emergencia sanitaria, no cabe duda de que el modelo legal de teletrabajo presenta una virtualidad especial y viene a colmar un importante vacío legal que existía en nuestro país. En este sentido, se afirma generalmente que el teletrabajo ha venido para

quedarse. El teletrabajo se ha convertido en una práctica extendida, que en muchos casos y bien aplicada, puede ser una fórmula, que, basada en la negociación colectiva e individual, beneficie a empresarios y trabajadores. No cabe duda de la importancia de dicha ley especial, en la medida que afecta a un elevado número de empresas y de trabajadores y se proyecta transversalmente a distintos sectores de actividad.

Ciertamente, si pensamos en la aplicación del modelo legal de teletrabajo en las primeras fases de la pandemia, el modelo estaba pensado para dar respuesta a la imposibilidad del desarrollo normal del trabajo presencial. Evidentemente durante el año 2020 el teletrabajo estaba pensando en la ejecución de una jornada de trabajo de aquellos empleados que se encontraban confinados en sus domicilios, siendo el teletrabajo una fórmula exclusiva de gestión de la actividad laboral. Sin embargo, una vez que ha mejorado la situación de la pandemia, e incluso que estamos vislumbrando un contexto post Covid-19, el teletrabajo está derivando hacia un régimen mixto que combina el trabajo presencial con el virtual, dando lugar a múltiples y variadas combinaciones. Se pueden desarrollar en base a la voluntad de las partes distintas formas de trabajo a distancia, en condiciones de semivirtual y de semipresencial.

4. LA DELIMITACIÓN LEGAL DE LOS CONCEPTOS DE TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO

A continuación, merece la pena adentrarse, si quiera sucintamente, en la delimitación legal de los conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo. Dichas definiciones legales son esenciales, puesto que identifican la realidad a aplicar y muestran el ámbito de proyección de la ley. Dichas nociones vienen a amparar a aquellas realidades a las que se está recurriendo en la práctica con mayor intensidad.

Por lo que se refiere al concepto legal de trabajo a distancia, debemos indicar que el legislador se refiere a aquella forma de organización del trabajo o de realización de una actividad laboral, que desarrolla la prestación de servicios en el domicilio del trabajador o bien en el lugar que éste elija [art. 2 a) LTD]. La norma delimita seguidamente la noción del trabajo presencial, clarificando con ello las posibles exclusiones en la práctica. De esta forma tendría la naturaleza de presencial aquellos trabajos que se presten en el centro de trabajo o en el lugar que determine la empresa [art. 2 c) LTD]. Podemos observar que la referencia al trabajo presencial no viene definida en sentido estricto por la presencia del trabajador en el lugar de trabajo determinado por la empresa, es decir, en el centro de trabajo. Al contrario, el trabajo presencial será aquel que se desarrolle en el lugar que decida el empleador. Ello significa que podrá tener la naturaleza de trabajo presencial incluso aquellas actividades que se realicen fuera de las instalaciones de la empresa por decisión del empleador.

Todo ello plantea determinados problemas prácticos, puesto que en esencia se puede tratar de un trabajo a distancia y, sin embargo, sea calificado como presencial porque así lo haya determinado el empresario. Lo importante a efectos de su tratamiento jurídico es que el empleador califique el trabajo como presencial, lo cual supondrá su aplicación dentro del ámbito de aplicación de la ley. El concepto de trabajo presencial, interpretado en su significado literal, no coincidiría con el concepto jurídico manejado por la propia ley. Sin duda alguna, ello tiene una importante repercusión sobre el trabajo de transporte o de reparto de mercaderías, puesto que dichos trabajos no se conceptúan legalmente como trabajos a distancia, sino que son trabajos móviles por naturaleza. Ciertamente, dichos trabajadores no tendrían la condición de trabajadores a distancia y serían considerados a efectos legales como trabajadores presenciales.

El concepto de trabajo presencial es muy importante en la práctica, pero no puede entenderse como un concepto que permita desvirtuar el alcance jurídico de la noción legal de trabajo a distancia. Es decir, dicha interpretación no puede amparar la finalidad de intentar inaplicar la ley en su conjunto. No cabría, pues, la posibilidad de que el empresario determinara como lugar de ejecución del trabajo el domicilio del trabajador u otro lugar extramuros de la empresa y que indicará sin causa su condición de trabajo presencial y sin fundamento alguno. Evidentemente, la calificación de la empresa del trabajo presencial, aun siendo fuera de los locales de la empresa, tiene que tener una causa de justificación con el fin de no incurrir en fraude de ley. Ello supondría entender la aplicación del trabajo a distancia de forma flexible, en base al concepto jurídico apuntado. Así, se protegería el derecho al trabajo a distancia y con ello la posibilidad del empleado de elegir el lugar donde quiera desarrollar su prestación de servicios.

De igual modo, la ley opta por incluir en la definición legal un porcentaje de presencialidad, puesto que, con carácter general, en la práctica el trabajo a distancia no se desarrolla de forma completa fuera de las instalaciones de la empresa. Efectivamente, ya sea con más o menos intensidad, se recurre al trabajo semipresencial o bien al trabajo desarrollado en condiciones de semivirtual. Por ello, la ley se esfuerza en determinar un límite a partir del cual debemos considerar que el trabajo no sería presencial y, por tanto, se regularía por la legislación específica que estamos analizando. En este sentido, tendría naturaleza de trabajo a distancia cuando se realiza en dichas condiciones la prestación de servicios, con un mínimo del 30% de la jornada y teniendo en cuenta un periodo de referencia de tres meses (art. 1 LTD). No obstante, en los contratos de trabajo suscritos con menores de edad, así como en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, únicamente será posible el acuerdo relativo al trabajo a distancia, cuando se garantice un porcentaje mínimo del 50% de trabajo presencial. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de desarrollar telemáticamente, en su caso, la formación teórica vinculada al aprendizaje (art. 3 LTD).

La referencia al trabajo a distancia de forma periódica permite la aplicación de la ley en relación a un trabajo que podríamos denominar a distancia de carácter regular. Ello significa que cabría el recurso al trabajo a distancia de forma no regular, precisamente cuando no se alcance el porcentaje anteriormente indicado. En este caso, dicho trabajo a distancia de carácter no regular tendría el tratamiento de un contrato de trabajo ordinario. De este modo, conviene indicar que se ha criticado el recurso a este calificativo de regular, puesto que se trataría de una referencia que plantearía problemas jurídicos en la práctica. Con todo, y en referencia al trabajo a distancia regular, la regulación legal gravita precisamente sobre esta realidad, más allá de los problemas específicos que se plantean cuando el recurso al trabajo a distancia supera el umbral del treinta por ciento. No obstante, conviene precisar que el límite legal del treinta por ciento, relativo a la ejecución de la prestación del trabajo a distancia, se prevé de forma flexible. Siempre habrá que tener en cuenta la posible ordenación por parte de la negociación colectiva, en cuyo caso, los convenios colectivos podrán contemplar una jornada mínima presencial para todos los trabajadores a distancia (Disposición Adicional 1ª LTD).

Es ciertamente importante el tratamiento del trabajo a distancia de menor intensidad. En relación al concepto legal de trabajo a distancia, ya hemos indicado que se requiere un porcentaje mínimo del treinta por ciento de la jornada que se ejecute a distancia. Ello da respuesta a aquellas fórmulas muy extendidas en la práctica, que se encuentran generalizadas en el ámbito de aplicación del teletrabajo. La LTD intenta evitar que su regulación tenga como centro de gravedad el teletrabajo ejecutado a tiempo completo. En cambio, la ley deja intencionadamente al margen de la regulación el trabajo a distancia que se desarrolle por debajo del umbral del treinta por ciento. Evidentemente, ello supone introducir un gran margen de incertidumbre en lo relativo al régimen jurídico aplicable a estos supuestos. En estas situaciones indeterminadas sería de aplicación la regulación propia del contrato de trabajo ordinario, regulado en el Estatuto de los Trabajadores. Ello significa que no se prohíbe la

ejecución parcial de la jornada a distancia por debajo del umbral del 30% previsto en la ley de trabajo a distancia. El hecho de prestar el trabajo por debajo de dicho umbral no se considera irregular y, por tanto, al margen de la ley. No estaríamos ante una práctica ilícita, puesto que la ley realmente no viene a declarar una prohibición expresa de la posibilidad de trabajar a tiempo a distancia por debajo del 30% anteriormente indicado.

Con todo y con eso, no cabe duda de que estamos ante un aspecto legal que genera incertidumbre para el intérprete. Hubiera sido deseable que este aspecto se hubiese aclarado legalmente. En efecto, hubiera sido mejor determinar con más precisión el tratamiento normativo para aquellos casos en los que se trabaje a distancia a una menor intensidad del umbral mínimo previsto legalmente. La remisión a la legislación laboral general no clarifica la situación, o, al menos, no permite una interpretación sencilla. Sin duda alguna, estamos ante un supuesto propicio para su regulación en la negociación colectiva, determinando con ello el posible recurso a estas prácticas de trabajo a distancia de menor intensidad.

En referencia a la presencia mínima en el trabajo a distancia, conviene señalar que las organizaciones sindicales han defendido la necesidad de incluir en la negociación colectiva la posibilidad de contemplar períodos mínimos de presencialidad en el trabajo a distancia. Se trata de una posibilidad que está contemplada en la propia Ley y que, por supuesto, se puede regular en virtud de los convenios colectivos. Nos estamos refiriendo al margen de acción que permite la Disposición Adicional 1ª de la LTD. Con todo, se trata de un aspecto que tampoco ha contado con una oposición por parte de las organizaciones empresariales, aunque en la práctica puede plantear distintos problemas aplicativos, puesto que dicho mínimo de presencialidad puede en la práctica tener un efecto contrario al deseado, es decir, buscar una mayor desconexión respecto del trabajo presencial, pudiendo estar ante un efecto negativo sobrevenido.

El hecho de determinar por medio de la negociación colectiva un periodo mínimo de presencialidad obligatorio para el trabajo a distancia, puede dar lugar a presumir el trabajo a distancia sin porcentaje de referencia y que pueda ser calificado como trabajo autónomo. En estas situaciones, dichas actividades quedarían fuera del ámbito jurídico de protección de la legislación laboral. Estaríamos, pues, ante una posibilidad de exclusión del trabajo por cuenta ajena a distancia, privando con ello las posibilidades beneficiosas que pueda tener el desarrollo del trabajo a distancia desde el punto de vista económico y social.

5. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO COMO MODALIDAD DE GESTIÓN EFICAZ DE LA ACTIVIDAD LABORAL

El teletrabajo se ha mostrado como una fórmula eficaz de gestión de la actividad laboral. El trabajo remoto ha permitido mantener la productividad de las empresas y la actividad laboral mediante las fórmulas de trabajo flexibles, pudiendo combinar el desarrollo de jornadas a tiempo completo a distancia y con tiempo presencial en la empresa. En síntesis, lo que se ha producido mediante el modelo legal de teletrabajo y el trabajo a distancia ha sido la posibilidad de fomentar el desarrollo de la actividad laboral mediante formas de trabajo remoto durante toda la jornada de trabajo. Se ha evitado una importante caída de la actividad productiva y con ello se ha podido seguir manteniendo una cuota importante del empleo. Por ello, podemos decir que el teletrabajo se ha convertido en cierto modo en un elemento de compensación social, ante la imposibilidad continuar plenamente con la actividad laboral y ante la posibilidad de tener que recurrir a los expedientes de regulación de empleo o, en su caso, a las fórmulas de extinción de los contratos de trabajo.

Evidentemente, en el ámbito de las relaciones laborales se ha podido constatar el carácter positivo que ha tenido el recurso al teletrabajo y los beneficios derivados de la regulación legal como

instrumento de política legislativa. Resulta difícil poder retornar a una situación previa, en la que el teletrabajo en España era una situación marginal, con una presencia del trabajo presencial como paradigma en la gestión y organización del trabajo por cuenta ajena. Actualmente, y posteriormente en un contexto de postpandemia, puede que el teletrabajo no tenga la misma intensidad que en la actualidad. Sin embargo, el recurso al teletrabajo va a seguir desarrollándose en las relaciones laborales, sobre todo, a raíz de las experiencias que muchas empresas han tenido con esta fórmula de trabajo. En España, tradicionalmente las empresas han optado por las fórmulas de trabajo presencial, pero no cabe duda de que el desarrollo del teletrabajo ha derivado en un aumento de su repercusión en el conjunto de las relaciones laborales. Actualmente, el teletrabajo se aplica transversalmente en todas las actividades, incluida su aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, aunque siempre se haya mostrado una especial resistencia a incluir dichos mecanismos de gestión del trabajo en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. No cabe duda, pues, que el modelo legal del teletrabajo se va a seguir utilizando en el futuro y va a seguir teniendo un importante impacto en las relaciones laborales, afectando tanto al sector público como al privado.

José Eduardo López Ahumada

Profesor Titular (acreditado a Catedrático de Universidad)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá
Investigador principal de la línea de investigación en Relaciones Laborales y Protección Social
del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos
de la Universidad de Alcalá (IELAT)