

Resumen práctico del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de Trabajo a Distancia

Ref. CISS 6697/2020

Tras un largo proceso de negociación entre el Gobierno y los agentes sociales hoy se ha publicado finalmente en el BOE el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, que regula la Ley de Trabajo a Distancia, la cual entrará en vigor a los 20 días de su publicación (13 de octubre de 2020).

Eduardo Ortega Figueiral y Raül Sala Cuberta, Ortega-Condomines, abogados

Después de un largo proceso de negociación entre el Gobierno y los agentes sociales hoy se ha publicado finalmente en el BOE, el Real Decreto-Ley (RDL) 28/2020, de 22 de septiembre, que regula la tan esperada Ley de Trabajo a Distancia (en adelante LTD.) La indicada norma, como excepción —que es de agradecer— a los RDL dictados por el Gobierno durante los últimos meses, **entra en vigor a los 20 días de su publicación.**

Ya adelantamos que hay muchos aspectos que quedan sumamente abiertos pues se pretende dar un papel preponderante a la negociación colectiva para regular y concretar muchos aspectos.

Relevante ya indicar que, una vez publicada esta norma, y finalizada la prórroga de tres meses desde la finalización del estado de alarma, desde el pasado 21 de septiembre **ha desaparecido el carácter preferente del trabajo a distancia** que en su día estableció en el artículo 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo.

Sin más preámbulos, como siempre, de forma urgente y sintética, procedemos a desarrollar las principales novedades que incorpora el Real Decreto-Ley 28/2020 de la Ley de Trabajo a Distancia siguiendo el orden de sus distintos capítulos:

1. Capítulo I.- Disposiciones generales y definiciones

Se establece que la LTD será de aplicación para aquellas relaciones de trabajo (incluidas dentro del 1.1 del Estatuto de los Trabajadores —ET—) que se desarrollen a distancia con carácter **regular**, esto es, de modo **no ocasional**. Como ya apuntábamos, la regularidad en el uso del trabajo a distancia, y no su intensidad, es el rasgo que caracteriza el ámbito de aplicación de la presente norma. Así, puntualiza, se entiende como regular cuando, en un **período de referencia de 3 meses**, un mínimo del **30% de la jornada** (o porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato) sea prestado bajo esta modalidad. Es decir, prestación a distancia de más de un día y medio a la semana. Si dicha prestación es inferior no aplica esta normativa. (1)

La LTD establece tres definiciones de otros tantos conceptos, denominémoslos, básicos:

- **Trabajo a distancia**: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.
- **Teletrabajo**: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.
- **Trabajo presencial**: se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

También se establece que no deben existir diferencias injustificadas (**igualdad de trato y no discriminación**) entre las propias personas trabajadoras a distancia, una referencia expresa a la necesidad de que se establezcan las debidas medidas de prevención frente al acoso, o la obligación de que se garantice que las personas que llevan a cabo trabajo a distancia puedan acceder y ejercitar los derechos de conciliación/corresponsabilidad igual que los trabajadores presenciales. Asimismo, se indica que a las personas que desarrollan trabajo a distancia ocasional les corresponderán los mismos derechos establecidos para las personas que desarrollan trabajo no ocasional.

Del mismo modo se establecen expresas limitaciones en el **trabajo a distancia para contratos celebrados con menores y en las relaciones en prácticas y para la formación y el aprendizaje**. En estos casos se deberá garantizar que un **mínimo del 50% de prestación de servicios tiene carácter presencial**, sin perjuicio del desarrollo telemático de la formación teórica —en su caso para estos últimos—.

2. Capítulo II.- El denominado acuerdo de trabajo a distancia

Se establece que el trabajo a distancia será **voluntario** —sin que pueda ser impuesto, ni siquiera, vía art. 41ET— y requerirá de la firma del denominado **«acuerdo de trabajo a distancia (ATD)»**. **A este respecto tener en cuenta la excepción general que se recoge en la disposición transitoria tercera de este RDL que comentamos y que apuntamos en el punto 5 de la presente Circular.** Es muy relevante tener en cuenta lo recogido en dicha disposición pues en muchos casos la prestación a distancia ha venido impuesta u obligada por la actual situación de pandemia en la que vivimos.

La negativa de la persona trabajadora al desarrollo de esta modalidad de prestación de servicios; el hacer uso de la reversibilidad

trabajo presencial; y las dificultades para el desarrollo adecuado de la prestación que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia, no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Sí cabe el mencionado ejercicio de **reversibilidad**, que no es más que la posibilidad de variar la decisión de pasar de trabajo presencial a trabajo a distancia y viceversa. Este ejercicio será posible tanto para la persona trabajadora como para la Empresa, si bien en los términos, forma y modo establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el ATD.

Volviendo al ATD, que deberá realizarse por **escrito** y **antes de iniciarse** el trabajo a distancia, es el documento en el que deben constar los elementos esenciales para que se garanticen los derechos de las personas trabajadoras a distancia. Su **contenido mínimo obligatorio** —sin perjuicio de la regulación al respecto en convenios o acuerdos colectivos— es la siguiente:

- a) Inventario de los medios, equipos y herramientas —incluidos consumibles y elementos muebles—, así como su vida útil o período máximo para su renovación;
- b) Enumeración de los gastos, forma de cuantificación y momento y forma de abono —esta se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en convenio o acuerdo colectivo—;
- c) Horario de trabajo y reglas de disponibilidad;
- d) Porcentaje y distribución entre trabajo de presencia y trabajo a distancia —en su caso—;
- e) Centro de trabajo de la empresa donde queda adscrita la persona trabajadora;
- f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora (2) ;
- g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de reversibilidad;
- h) Medios de control empresarial de la actividad;
- i) Procedimiento a seguir en caso de dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia;
- j) Instrucciones dictadas por la Empresa, con la participación de la RLT, para la protección de datos
- k) Instrucciones sobre seguridad de la información, específicamente aplicables al trabajo a distancia
- l) Duración del acuerdo o de la prestación de servicios a distancia.

Cualquier **cambio en las condiciones** de prestación de servicios reflejadas en el ATD requerirán de acuerdo entre la Empresa y la persona trabajadora y, como el ATD, deberán reflejarse por escrito con carácter previo a su implementación.

Para garantizar lo anterior, la empresa estará obligada a **entregar copia a los RLT** —tanto de los ATD como de sus actualizaciones (modificaciones)—, en un plazo no superior a 10 días desde su formalización, excluyendo aquellos datos que pudieran afectar a la intimidad personal de acuerdo con la LOPD y 8.4 del ET. Por su parte, los RLT deberán firmar tal copia a efectos de acreditar que se ha producido la entrega. Dichas copias se registrarán ante la Oficina de Empleo.

Aunque, como hemos indicado, el trabajo a distancia es una fórmula libremente elegida por ambas partes —voluntariedad—, la LTD establece una **preferencia de acceso al trabajo presencial** —total o parcial— de aquellas personas que realicen trabajo a distancia durante la totalidad de su jornada. Para ello, la Empresa informará a estas personas trabajadoras y a la RLT de los puestos de trabajo vacantes con carácter presencial que se produzcan. (3)

3. Capítulo III.- Derechos de los trabajadores a distancia

✓ **Derechos relacionados con la carrera profesional.** Por un lado, se deberá garantizar la **participación efectiva**, en las acciones formativas, de las personas que trabajan a distancia, en términos equivalentes a aquellas que prestan servicios presencialmente e, igualmente, se deberá garantizar, previo acceso a la modalidad de trabajo a distancia, la **formación necesaria** para su adecuado desarrollo, tanto al momento de formalizar el ATD como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas —particularmente en el teletrabajo—. Por otro lado, se tiene que garantizar que las personas que trabajen a distancia tengan los mismos derechos a la promoción profesional que aquellos que prestan servicios presenciales, por lo que la Empresa estará obligada a informar a aquéllas, de manera expresa y por escrito, de las posibilidades de ascenso que se produzcan —sea para puestos de desarrollo presencial o a distancia—.

✓ **Derechos de contenido económico:** Se reconoce el derecho a las personas que trabajan a distancia a la **dotación y mantenimiento** adecuado por parte de la empresa, de todos los **equipos, herramientas y medios** vinculados al desarrollo de su actividad laboral, de conformidad con el inventario establecido en el ATD y —en su caso— con los términos establecidos en el convenio o acuerdo colectivo. También se garantizará la atención necesaria en el caso de dificultades técnicas —particularmente para el teletrabajo—.

Así, el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado/compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados con el desarrollo de su actividad laboral, aunque, por medio de convenio acuerdo colectivo entre la empresa y la RLT podrá establecerse el mecanismo para la determinación y compensación o abono de gastos. (4)

✓ **Derechos vinculados con el tiempo de trabajo:** El horario que debe constar en el ATD es un punto de referencia, pero puede ser alterado por la persona trabajadora dentro de los límites fijados en el propio acuerdo. De este modo, la presunción es favorable a la **flexibilidad horaria** en beneficio del teletrabajador, siendo un rasgo en principio consustancial al teletrabajo. A efectos de garantizar estos derechos, se establece que la obligación de **registro horario** debe reflejar fielmente la jornada de trabajo, sin perjuicio de la flexibilidad horaria y, deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

✓ **Derechos relacionados con la prevención de riesgos laborales:** De acuerdo con la LPRL, las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo. Para ello se deberá realizar una **evaluación de riesgos** y una **planificación** de la actividad preventiva, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. Esta evaluación de riesgos únicamente alcanzará la zona habilitada para la prestación de servicios, sin extenderse al resto de zonas de la vivienda.

Cuando para la obtención de la información acerca de los riesgos, fuera necesaria la visita al lugar de prestación de actividades a distancia —se requerirá el permiso de la persona trabajadora (5)—, deberá emitirse un informe por escrito que justifique dicho extremo, que se entregará a la persona trabajadora y a los delegados/as de prevención.

✓ **Derechos relacionados con el uso de medios digitales:** Se garantiza expresamente el derecho a la **intimidad** del teletrabajador y establece que los **mecanismos de control** que pudieran existir deberán ser idóneos, necesarios y proporcionados. Asimismo, las empresas deberán establecer —con la participación de la RLT— criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y derechos reconocidos. (6)

También se reconoce el derecho a la **desconexión digital** fuera del horario de trabajo, lo que conlleva una obligación a la empresa de garantizar una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y trabajo durante los períodos de descanso. Para ello, la empresa —previa audiencia a la RLT— elaborará una política interna definiendo las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas para evitar el riesgo de fatiga informática. También mediante negociación colectiva o acuerdo se establecerán los medios adecuados para garantizar el indicado derecho a la desconexión y los tiempos de descanso.

✓ **Derechos colectivos:** se reconoce ese derecho a las personas trabajadoras a distancia con el mismo contenido y alcance que para el resto de las personas trabajadoras —presenciales—, lo cual será garantizado mediante condiciones pactadas por la negociación colectiva. Del mismo modo, se deberá asegurar una comunicación sin obstáculos entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes —y resto de personas trabajadoras—. En definitiva, se establece el principio de equiparación para el ejercicio de derechos colectivos y, a tal efecto, se establecen y especifican derechos relacionados con la comunicación, por medio de la implantación de mecanismos como el tablón virtual.

4. Capítulo IV.- Derechos de las empresas

Se establecen las facultades de organización, dirección y control empresarial para el trabajo a distancia.

Las personas trabajadoras a distancia deberán:

- Cumplir con las instrucciones sobre protección de datos establecidas por la Empresa —previa participación de la RLT—.
- Cumplir con las instrucciones sobre seguridad de la información fijadas por la empresa —previa información a la RLT—.
- Cumplir con las condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos informáticos establecidos en la empresa, dentro de los términos pactados, en su caso, por la negociación colectiva.

Por su parte, la Empresa podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

5. Disposiciones adicionales, transitorias y finales. Prórroga del Plan Mecuida

Adicionalmente a los capítulos de la norma que venimos comentando, la misma contiene un total de 7 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias y 14 disposiciones finales. Procedemos a destacar aquellas más relevantes vinculadas al objeto de esta norma y a la regulación laboral pues, como ya viene siendo habitual, se utiliza este RDL para introducir cuestiones tan diversas, a través de estas disposiciones, como el régimen fiscal aplicable a la final femenina de la UEFA Champions League 2020, el tipo impositivo aplicable al IVA de bienes necesarios para combatir el COVID-19, modificaciones en normativa del sector ferroviario. Incluso se trata de perfeccionar y reordenar los requisitos para la tramitación y petición del denominado ingreso mínimo vital ante los problemas que han surgido desde que esa nueva prestación fue aprobada:

Como ya se refleja en el cuerpo normativo y destacábamos al inicio, la **negociación colectiva** (convenio o acuerdos colectivos) tiene un papel muy relevante en la LTD. Y así se acentúa en la **disposición adicional primera**, donde le concede la posibilidad de establecer la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso al mismo, el desarrollo de la actividad, una duración máxima, contenidos adicionales en el ATD y otras cuestiones que se consideren necesarias de regular; pudiendo también desarrollar una jornada mínima presencial, el ejercicio de reversibilidad, un porcentaje o período de referencia inferiores a los fijados en esta Ley como carácter regular (7), un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto (50%) (8), así como circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.

Por otro lado en la disposición adicional tercera, se prorroga el artículo 6 del RDL 8/2020 de 17 de marzo, en el que se regula el Plan MECUIDA, que permanecerá vigente hasta el 31 de enero de 2021.

Por otro lado, se establece unas **reglas transitorias (disposiciones transitorias primera y tercera)** aplicables a aquellas relaciones de trabajo a distancia ya vigentes. Concretamente:

- 1. Disposición transitoria primera:** La LTD será íntegramente aplicable a las relaciones de trabajo vigentes y que estuvieran reguladas con anterioridad a su publicación (23 de septiembre de 2020), por acuerdos y/o convenios colectivos, desde el momento en el que estos pierdan su vigencia;

En el caso de que estos acuerdos y/o convenios no prevean un plazo de duración → la LTD resultará de aplicación una vez transcurrido 1 año desde su publicación en el BOE;

Excepción: Salvo que las partes firmantes acuerden expresamente un plazo superior que, como máximo, podrá ser de 3 años.

2. El ATD deberá formalizarse en el plazo de 3 meses desde que la norma resulte de aplicación, conforme con las reglas anteriores. Y ello incluso mediante las necesarias adaptaciones o modificaciones en los ATD de carácter individual vigentes a la fecha de publicación de esta norma.

3. Disposición transitoria tercera: MUY IMPORTANTE: cuando el trabajo a distancia se haya implementado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del RDL 8/2020 —carácter preferente del trabajo a distancia durante la pandemia—, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria, y mientras estas se mantengan —término éste que queda muy abierto e indeterminado—, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria. Aun así, las empresas deberán dotar de los medios, equipos herramientas y consumibles que exige el trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario. Por otra parte, mediante negociación colectiva se establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora a distancia.

En otras palabras, la LTD no será de aplicación, y por lo tanto no se deberán formalizar ATD con aquellos trabajadores que presten actividades no presenciales, si este trabajo a distancia, inexistente con anterioridad en la empresa, ha venido forzado por la actual situación de la pandemia y mientras la misma se mantenga, pero, aun y así, la empresa tendrá que dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige tal modo de trabajo pero, en principio, y salvo acuerdo en negociación colectiva expreso, no procede el abono de compensación de gastos de tipo alguno.

Debemos entender que la intención del legislador es que aquellas empresas que se hayan visto forzadas al teletrabajo no vengan obligadas a asumir más gastos en unos momentos como los actuales pero sí se comprometan a facilitar a sus empleados aquellas herramientas necesarias para teletrabajar.

4. Finalmente, se recuerda que la aplicación de esta LTD **no puede instrumentalizarse para mermar derechos reconocidos a los que ya «teletrabajaban» antes de su publicación.**

Por último, mediante las disposiciones finales (primera, segunda y tercera) se modifican los artículos 13, 23 y 37 del ET; el artículo 138 bis de la LRJS y el artículo 7.1 de la LISOS. Concretamente, cabe destacar:

— Se establece un derecho de las personas trabajadoras consideradas **víctimas de violencia de género o del terrorismo** a realizar su trabajo —total o parcialmente— a distancia o dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre que estas modalidades sean compatibles con el puesto y funciones desarrolladas(37.8) Existe también un derecho preferente de acceso al trabajo a distancia (en favor de las personas cuando cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, modificando el artículo 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

— Se establece un **procedimiento judicial especial y específico** (138 bis LRJS) aplicable a las reclamaciones relacionadas con el acceso, reversión y modificaciones del trabajo a distancia —aunque si la causa de reclamación está relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación se regirá por el procedimiento del artículo 139 LRJS—.

— Se especifica que se considerará **Infracción Grave** en materia de relaciones laborales, el «*no formalizar por escrito el contrato de trabajo, cuando este requisito sea exigible o lo haya solicitado la persona trabajadora, o no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legalmente previstos.*» (artículo 7.1 LISOS).

- (1) Esta LTD no será de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Hasta que no se aprueba una normativa específica para estos, se aplicará el artículo 13 ET en la redacción vigente antes de la entrada en vigor de esta Ley.
- (2) Pueden ser 1, 2 o más, pues no existe limitación expresa.
- (3) Mediante negociación colectiva o acuerdo entre empresa y RLT se podrán establecer mecanismos y criterio por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia —y viceversa—, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias. En ello, se deberá evitar la perpetuación de roles y se tendrá en cuenta la corresponsabilidad entre mujeres y hombres. Ello será objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del Plan de Igualdad.
- (4) Este fue uno de los puntos más conflictivos y que suscitó más polémica durante la negociación. Finalmente ha desaparecido del texto definitivo la mención vinculada a que la empresa debía sufragar «*todos los gastos directos o indirectos vinculados con el teletrabajo*». Adicionalmente se destaca el papel preponderante de la negociación colectiva para determinar forma y modo de compensación.
- (5) Si no se concede dicho permiso, la empresa podrá efectuar la actividad preventiva en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada por la persona trabajadora según instrucciones del servicio de prevención.
- (6) Mediante convenio o acuerdo colectivo se podrán establecer los términos en los cuales las personas trabajadoras podrán hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa.

- (7) Recordemos, la Ley dispone un período de referencia de 3 meses; y un mínimo del 30% de la jornada (o porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato).

- (8) Únicamente para los contratos formativos, no para aquellos contratos celebrados con menores de edad.