

# La voluntariedad en el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia y en el teletrabajo

Tomás Sala Franco

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia. Estudio General



## Voluntariness in the employment contract with agreement on remote work and teleworking

### SUMARIO:

1. EL OBJETO DEL CONTRATO TRABAJO CON ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA Y EN RÉGIMEN DE TELETRABAJO. 2. LA DISTINCIÓN ENTRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO CONTRACTUALES. 3. LAS CONVERSIONES DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA EN CONTRATOS PRESENCIALES Y VICEVERSA. 3.1. La regulación del Art. 13.2 del ET. 3.2. La regulación internacional y comunitaria europea. 3.3. La regulación en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. 4. LA VOLUNTARIEDAD DEL TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO.

**RESUMEN:** La voluntariedad en el trabajo a distancia constituye un importante elemento del contrato. Sin embargo, la regulación de esta cuestión en la ley es realmente oscura y plantea problemas interpretativos. A su estudio en el sector privado y en el público se dedica el presente artículo.

**Palabras clave:** trabajo a distancia; teletrabajo; voluntariedad contractual.

**ABSTRACT:** Voluntariness in remote work is an important element of the contract. However, the regulation of this issue in the law is really obscure and poses interpretative problems. This article is devoted to its study in the private and public sectors.

**Keywords:** remote work; teleworking; contractual voluntariness.

## **1. EL OBJETO DEL CONTRATO TRABAJO CON ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA Y EN RÉGIMEN DE TELETRABAJO.**

En el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia, un importante elemento del objeto del mismo —el lugar de la prestación de servicios— posee una peculiaridad que le caracteriza. Y, en el caso del teletrabajo, además, la forma u organización del trabajo son igualmente singulares.

Así, en el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia, el lugar de trabajo no es siempre el centro de trabajo de la empresa, como sucede con el contrato de trabajo presencial, sino que es el domicilio de la persona trabajadora o el lugar de trabajo elegido por ella durante una parte importante de la jornada laboral; y en el caso de teletrabajo, además, la organización o forma de trabajar viene modalizada por el uso de instrumentos informáticos o telemáticos, lo que, ciertamente, por sí solo, no le convierte en una modalidad contractual distinta del contrato de trabajo a distancia.

Aunque el trabajo a distancia no constituya en sí mismo una modalidad contractual, no hay duda de que el contrato de trabajo con acuerdo de trabajo a distancia es considerado por la ley, la jurisprudencia y la doctrina como un contrato “*distinto*” del contrato de trabajo común, donde se exige un trabajo fundamentalmente presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Estas características especiales y, fundamentalmente, el hecho de tratarse de contratos específicos y distintos del “*contrato de trabajo común presencial*” tendrá una importancia trascendental, no solamente en el momento inicial de contratar sino, sobre todo, a la hora de las “*modificaciones*” o “*conversiones*” de estas modalidades contractuales en contratos de trabajo comunes y viceversa, ya que la voluntad de las partes (empresario y persona trabajador) constituirá un elemento esencial de ambos contratos que podría calificar jurídicamente la “*conversión*” de verdadera y propia “*novación contractual*” constitutiva y no de una simple “*novación modificativa*” de las condiciones de trabajo, con todas las consecuencias que ello conlleva.

Ciertamente, con la salida de la pandemia, como consecuencia del desarrollo del teletrabajo durante la misma, estamos viviendo una importante conflictividad entre unas personas trabajadoras que desearían mantener esta modalidad contractual y unos empresarios, celosos del “*presencialismo*” de las personas trabajadoras y, en algunos casos, recelosos también con los resultados de sus experiencias del teletrabajo.

## **2. LA DISTINCIÓN ENTRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO CONTRACTUALES**

La primera y elemental distinción que hay que conocer y administrar es la existente entre una modificación del contrato y una modificación de las condiciones contractuales, ya que de esa elemental distinción deriva todo lo demás.

La conversión de un contrato de trabajo en un contrato civil (por ejemplo, en un contrato de ejecución de obra, de arrendamiento de servicios o de sociedad) o mercantil (por ejemplo, en un contrato de mandato o en un contrato de sociedad mercantil) o viceversa no presenta mayores problemas para calificarla de novación contractual, debiendo fijarse para su identificación en los elementos causales de ambos contratos (el inicial —laboral, civil o mercantil— y el posterior —laboral, civil o mercantil—) que suelen estar suficientemente distanciados.

Mayores problemas en este sentido plantea la conversión de un contrato de trabajo común en un contrato de trabajo especial (por ejemplo, en un contrato de alta dirección o de representante de comercio) o en una modalidad distinta de contrato de trabajo (contrato temporal o contrato formativo) o viceversa, dado que sus elementos causales son ciertamente más cercanos entre sí.

Pero donde la dificultad es sin duda mayor es respecto de la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial y de un contrato presencial en un contrato a distancia y viceversa.

Aun así, aunque en ambos casos las peculiaridades sobre el tiempo de trabajo y sobre el lugar de trabajo son ciertamente importantes y condicionantes de las relaciones laborales, como veremos más adelante, la ley ha optado por seguir dos caminos distintos a la hora de calificar y tratar estas conversiones o modificaciones. Así, en el caso de los contratos a tiempo parcial la ley ha optado, aunque no con una claridad normativa total, por configurar el supuesto como una *"novación contractual constitutiva"* y exigir la voluntariedad individual de ambas partes para que se produzca lícitamente. No ha hecho, sin embargo, lo mismo en el caso de los contratos trabajo a distancia, eludiendo la calificación de modalidad contractual (habla así de un *"contrato de trabajo con un acuerdo de trabajo a distancia"*) y dándole el tratamiento de una simple *"novación modificativa"* o de una *"modificación sustancial de condiciones contractuales"*, sin exigir necesariamente el concurso de la voluntad individual de las partes contratantes, si bien sin darle tampoco el tratamiento general aplicable a las *"modificaciones sustanciales de las condiciones contractuales"* del Art. 41 del ET, sino creando un *"tertium genus"* entre estas últimas y las novaciones constitutivas con un régimen jurídico propio.

### **3. LAS CONVERSIONES DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA EN CONTRATOS PRESENCIALES Y VICEVERSA**

La cuestión de la voluntariedad del trabajo a distancia (y, en particular, del teletrabajo) es sin duda una de las cuestiones más discutidas y discutibles del régimen jurídico del teletrabajo, que se proyecta incluso sobre la posibilidad de establecer un periodo de prueba, no ya para el contrato de trabajo sino para la modalidad del trabajo a distancia (y, más concretamente, del teletrabajo).

### 3.1. La regulación del Art. 13.2 del ET

En el viejo Art. 13.2 del ET, regulador del trabajo a distancia hasta hace bien poco, si bien en una línea ciertamente menos expresiva que la del Art. 12 del ET sobre el contrato a tiempo parcial, podía deducirse también implícitamente la exigencia de la voluntariedad de ambas partes (persona trabajadora y empleador) en el momento inicial de contratar y en un momento modificativo posterior al establecer que el "acuerdo" (por tanto, voluntario para ambas partes) por el que se establece el trabajo a distancia "se formalizará por escrito", tanto si se tratara del acuerdo inicial, como si éste fuera posterior, esto es, producto de una modificación o conversión del inicial contrato de trabajo presencial en un contrato de trabajo a distancia.

De esta manera, la STS de 11 de abril de 2005 (Rec.143/2004) dejó bien clara la necesaria voluntariedad, refiriéndose a una variedad del "trabajo a distancia" (el teletrabajo), señalando que la aceptación del trabajo a domicilio no puede ser obligatoria para la persona trabajadora y no puede establecerse con este carácter ni por la vía del Art. 41 del ET, ni mediante acuerdo colectivo, pues implica una transformación del régimen contractual que afecta a la esfera personal de la persona trabajadora. Así, diría la Sentencia:

*"Este cambio excede del ámbito de las modificaciones del Art. 41 del ET, porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del apartado d) del Art. 12 del ET para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial. La doctrina científica ha resaltado que el Art. 41 del ET se aplica a "las condiciones de trabajo", entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones, pero que no alcanza a "las condiciones de empleo", que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes."*

Nada se decía, en cambio, respecto de la exigencia de voluntariedad en la reversibilidad de un trabajo a distancia y su vuelta a un trabajo presencial, guardando la ley absoluto silencio, lo que permitía interpretar que las mismas exigencias de voluntariedad individual de ambas partes contratantes en el "camino de ida" de un trabajo presencial a un trabajo a distancia existían en el "camino de vuelta" de un trabajo a distancia a un trabajo presencial.

### 3.2. La regulación internacional y comunitaria europea

Aunque en las normas internacionales (Convenio de la OIT nº 177 de 1996 y Recomendación nº 184 de 1996, sobre el trabajo a domicilio), la voluntariedad de la relación laboral (inicial y posterior) nada se decía acerca de la voluntariedad del trabajo a domicilio, será la normativa comunitaria (en concreto, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo —AMET— de 23 de Mayo de 2002, suscrito por La Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios

de Europa, la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa y el Centro Europeo de la Empresa Pública) la que subrayará la importancia de la voluntariedad en este tipo de relaciones laborales a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE.

Así, en su Cláusula Tercera vendrá a señalar, de una parte, que el teletrabajo es voluntario tanto para la persona trabajadora como para el empresario pudiendo pactarse inicialmente o aceptarlo voluntariamente después durante la vigencia del contrato; si bien, por otro lado, admite que la reversibilidad del teletrabajo, cuando éste no se ha pactado inicialmente (no en el caso de haberse pactado inicialmente, habrá que entender *“a sensu contrario”*, dado el silencio de la norma sobre este supuesto) podrá hacerse por acuerdo individual o por convenio colectivo, mortificando de alguna manera a la autonomía individual y desconfigurando este supuesto de reversibilidad como un caso de *“novación contractual constitutiva”*. Así dirá:

*“1. El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse de forma voluntaria más tarde.*

*2. Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, si el empresario hace una oferta de teletrabajo el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar el empresario puede aceptarla o rechazarla.*

*3. Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, la decisión de pasar a teletrabajo es reversible por acuerdo individual o colectivo. La reversibilidad puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario. Las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo individual o colectivo”.*

Así pues, el AMET se refiere únicamente al supuesto de que la persona trabajadora no sea contratada inicialmente en régimen de teletrabajo —no refiriéndose al supuesto de contratación inicial en régimen de teletrabajo, sobre el que guarda silencio—, exigiendo para la conversión de un trabajo presencial en trabajo a distancia la concurrencia de la voluntariedad de ambas partes, configurando el supuesto como una novación contractual constitutiva; y para la reversibilidad del teletrabajo y la vuelta al trabajo presencial, a instancia de la persona trabajadora o del empresario, la concurrencia de un acuerdo individual o colectivo, dando en este caso prioridad al acuerdo colectivo sobre el individual.

### **3.3. La regulación en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia**

En la Ley se da la siguiente respuesta a la voluntariedad en el trabajo a distancia:

1º) En primer lugar, el Art. 5.1 establece que *“el trabajo a distancia será voluntario para la persona del trabajador y requerirá acuerdo de trabajo a distancia regulado en esta norma, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que esta modalidad pueda ser impuesta en aplicación del Art. 41 del*

*Estatuto de los Trabajadores, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que puedan reconocer las leyes o la negociación colectiva a personas trabajadoras o a colectivos concretos”.*

Iterativamente, en esta misma línea, el Art. 5.1 de la Ley establece que *“las leyes o la negociación colectiva”* podrán reconocer *“el derecho al trabajo a distancia”* a *“trabajadores o colectivos concretos”*. Y, más tarde, el Art. 8.3 de la Ley establecerá que *“los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos o criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa”*<sup>1</sup>.

- 1 Supuestos de reconocimiento legal de un derecho del trabajador al trabajo a distancia son (Disposición Final Tercera de la Ley):
  - a) Cuando el trabajador curse con regularidad estudios para la obtención de título académico u oficial (Art. 23.1 del ET).
  - b) Para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral: *“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años. Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición. En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo. Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión. La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis. Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”* (Art. 34.8 del ET).

Y remacha esta exigencia de voluntariedad del trabajador la Ley en su Art. 5.2 cuando establece que *"la negativa de la persona trabajadora a trabajar a distancia,... no será causa justificativa de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo"*, si bien, cuando existieran dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral en la empresa, a mi juicio, el empresario podría proceder lícitamente a la suspensión del contrato de trabajo por causas organizativas justificadas.

Así pues, la Ley exige la voluntariedad de ambas partes (empresario y persona trabajadora), tanto en el supuesto de la contratación inicial del trabajo a distancia — voluntariedad garantizada por la firma del propio contrato de trabajo, aunque deberá adscribirse a él el acuerdo de trabajo a distancia con un contenido mínimo legal (Art. 7 de la Ley)— como en el supuesto de conversión de un trabajo presencial en trabajo a distancia durante la vigencia de un contrato inicialmente presencial, configurando en este caso la conversión de un trabajo presencial en un trabajo a distancia como un supuesto de *"novación contractual constitutiva"* y no como una simple *"modificación sustancial de condiciones de trabajo contractuales"* a la que se le aplicaría el Art. 41 del ET. En consecuencia, ni el empresario podrá imponer el teletrabajo unilateralmente —no pudiendo despedir o sancionar de cualquier manera a la persona trabajadora que se negase al teletrabajo (una suerte de *"derecho a la indemnidad"* de la persona trabajadora)— ni la persona trabajadora posee un derecho al teletrabajo, sin que, además, uno u otra estén obligados a justificar las razones de su negativa.

2º) En segundo lugar, el Art. 5.3 de la Ley establece que *"la decisión de trabajar a distancia desde una modalidad de trabajo presencial será reversible para la empresa y la persona trabajadora"* y que *"el ejercicio de esta reversibilidad podrá ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia al que se refiere el Art. 7 de esta Ley"*.

Así pues, siguiendo al AMET, al referirse solamente a los supuestos de reversibilidad de un trabajo a distancia producto de la conversión de un trabajo presencial en trabajo a distancia —ya que la reversibilidad exige por su propia naturaleza que

En este sentido, las SS.TSJ de Galicia, de 5 de febrero de 2021 (Rec. 3191/2020) y de 25 de marzo de 2021 (Rec. 3687/2020) reconocen este derecho, señalando que, ante una solicitud de teletrabajo, la persona trabajadora no debe probar su necesidad ni la ausencia de otras formas de atención de la conciliación familiar, siendo la empresa la que deberá demostrar de forma clara e indubitada la causa por la que le deniega el teletrabajo.

- c) Cuando la persona trabajadora tenga la consideración de víctima de violencia de género o del terrorismo tendrá derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona y de acuerdo con lo dispuesto en la negociación colectiva (Art. 37.8 del ET).
- d) Aunque la ley no la explicita, la doctrina judicial ha señalado que una empresa deberá admitir el teletrabajo de una persona trabajadora que lo solicite dado que la empresa había aceptado anteriormente el teletrabajo de otras personas trabajadoras de análoga actividad (STSJ de Aragón, de 17 de noviembre 2020 (Rec. 496/2020).

la prestación laboral no haya sido a distancia desde el inicio, esto es, que exista una situación previa de trabajo presencial a la que regresar—, la Ley establece que la reversibilidad de un trabajo a distancia en trabajo presencial habrá de hacerse en todo caso *“en los términos establecidos en la negociación colectiva”* y, en su defecto, según *“el acuerdo (individual) de trabajo a distancia”*. Más adelante, el párrafo segundo de la Disposición Adicional Primera de la Ley reitera en su párrafo segundo que *“los convenios o acuerdos colectivos podrán regular... el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa”*. A la vista de la dicción legal, pese a la ambigüedad de la misma, a mi juicio, la Ley no establece el derecho incondicionado de ambas partes —empresario y teletrabajador— a revertir la situación y volver a la presencialidad, debiendo someterse a los condicionantes establecidos en la negociación colectiva y, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia (ver, en este sentido, lo dispuesto en el Art.8.3 de la Ley: ver *infra*).

De esta manera, mientras que la conversión contractual del trabajo presencial en trabajo a distancia queda configurada legalmente, como vimos, como un supuesto de *“novación contractual constitutiva”*, exigiendo en todo caso el mutuo acuerdo de las partes, la conversión del trabajo a distancia en trabajo presencial se configura legalmente como un *“tertium genus”* entre la novación contractual constitutiva y la modificación sustancial de condiciones contractuales del Art. 41 del ET, estableciendo un régimen de novación o modificación propio y peculiar, esto es, el establecido en la negociación colectiva y, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia.

Coherente con este mecanismo, en el que predomina la autonomía colectiva sobre la autonomía individual, obviando desde luego la unilateralidad empresarial modificativa del Art. 41 del ET, el Art. 7 de la Ley establece que *“será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente: g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso. i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia”*.

En todo caso, a la vista de la dicción legal, nada obstaría, aunque resulta bastante improbable, a que en el convenio colectivo o en el acuerdo individual de trabajo a distancia se pactara, a los efectos de la reversibilidad, el derecho de ambas partes (de la persona trabajadora y del empresario) al desistimiento unilateral del trabajo a distancia y el paso automático al trabajo presencial, aunque probablemente lo que se establezca más frecuentemente sea la voluntad unilateral del empresario o, todo lo más, la exigencia del acuerdo individual de ambas partes.

Una cuestión interpretativa plantea este precepto legal al hablar de *“negociación colectiva”* sin adjetivos. ¿Se refiere solamente a la negociación colectiva estatutaria o incluye también a la extraestatutaria? A mi juicio, aunque más tarde los Arts. 7 y 8.3 de la Ley, referidos al *“contenido del acuerdo de trabajo a distancia”*, hablan de *“convenios y acuerdos colectivos”* sin un significado preciso, me inclino a pensar que incluye solamente a los convenios colectivos estatutarios, por tratarse de una materia que debe

aplicarse a todas las personas trabajadoras de la empresa y que tiene trascendencia para el resto de las personas trabajadoras, aunque la reversibilidad se refiera a una sola.

Ahora bien ¿qué sucedería si el convenio colectivo aplicable nada dijera —algo ciertamente posible— y se hubiera obviado la formalización escrita del acuerdo de trabajo a distancia?

A mi juicio, del hecho de que la forma escrita exigida legalmente para el acuerdo de trabajo a distancia no tenga explícitamente atribuida en la Ley una eficacia constitutiva del trabajo a distancia, estableciendo la Ley en caso de incumplimiento de la misma únicamente sanciones administrativas por infracción administrativa grave (Art. 7.1 y 40.1 de la LISOS), lo que significa que la forma escrita posee una función meramente declarativa y que cabe constituir el teletrabajo por acuerdo tácito de las partes, se deriva la cuestión interpretativa de qué sucede en los casos en que no exista acuerdo de trabajo a distancia escrito y solo una de las partes —la empresa o la persona trabajadora— tenga interés en la reversibilidad del mismo. En mi opinión, habrá que estar a lo que las partes pacten en ese momento, sometiendo en consecuencia la eventual conversión del trabajo a distancia en trabajo presencial al acuerdo modificativo o novatorio de éstas, sin otros límites que los genéricos aplicables a los acuerdos contractuales (inexistencia de error, dolo, violencia o intimidación), no pudiendo imponerse la voluntad unilateral de una de las partes.

3º) En tercer lugar, el Art. 8.3 de la Ley establece que *"los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como, entre otras, las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con discapacidad o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente norma. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa"*.

Así pues, la negociación colectiva tendrá atribuida otras funciones en relación con los límites a la voluntariedad del trabajo a distancia. Así:

- a) Podrá establecer los mecanismos y criterios para pasar del trabajo presencial al trabajo a distancia y viceversa.
- b) Podrá establecer el régimen de preferencias o prioridades para pasar del trabajo presencial al trabajo a distancia y viceversa en función de determinadas circunstancias, ejemplificando las siguientes: la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con discapacidad o con riesgos específicos, el pluriempleo o la pluriactividad y la concurrencia de circunstancias personales o familiares.

La Ley establece en este sentido la prioridad para ocupar puestos de trabajo presenciales (totales o parciales) de los trabajadores que realicen trabajo a distancia *"desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada"*. La empresa viene obligada a informar a estos trabajadores y a la representación legal de los trabajadores de los puestos de trabajo vacantes presenciales que se produzcan (Art. 8.2 de la Ley).

En todo caso, en el diseño de estos mecanismos deberá *"evitar la perpetuación de roles"* y *"fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres"*.

4º) En cuarto lugar, a la vista del silencio legal sobre el supuesto, ¿qué sucederá en los casos en que el teletrabajo ha sido contratado *ab initio*? ¿cómo se producirá en estos casos la conversión de un trabajo a distancia en presencial ante el silencio de la Ley?

La Ley solamente se refiere expresamente a estos supuestos en el Art. 8.2 cuando establece que *"las personas que realizan trabajo a distancia desde el inicio de la relación laboral durante la totalidad de su jornada tendrán prioridad para ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial. A estos efectos, la empresa informará a estas personas que trabajan a distancia y a la representación legal de las personas trabajadoras de los puestos de trabajo vacantes de carácter presencial que se produzcan"*. Concretando en el Art. 8.3 que *"los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente Ley. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa"*.

A la vista de este precepto, si una persona trabajadora solamente ha trabajado a distancia desde el inicio de su relación laboral, es claro que tendrá un derecho preferente para ocupar puestos vacantes presenciales, en concurrencia con otras personas trabajadoras solicitantes que convirtieron su contrato presencial en un contrato a distancia.

Pero ¿qué sucederá cuando el empresario o la persona trabajadora no tengan interés en un trabajo presencial? ¿tendría la persona trabajadora derecho a mantenerse como teletrabajador o podría el empresario instarle a su conversión en presencial o viceversa?

Con todas las dudas que el texto legal presenta, a mi juicio, cabría traer a colación aquí lo dispuesto en el antecitado Art. 8.3 de la Ley cuando señala que *"los convenios*

*o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa*", dado que la ley no distingue entre los trabajos a distancia contratados *ab initio* y los presenciales reconvertidos, siendo la negociación colectiva la que establecerá los mecanismos de conversión de ambos.

Ahora bien, ¿y si el convenio colectivo aplicable nada dijera acerca de esta cuestión? En este caso, la aplicación de lo dispuesto en el Art. 5.3 de la Ley, cuando se remite a la negociación colectiva y, en su defecto, al acuerdo de trabajo a distancia para regular el ejercicio de la reversibilidad de un trabajo a distancia en un trabajo presencial anterior, se hace más problemática porque la Ley aquí sí que distingue entre ambos supuestos refiriéndose únicamente a este último.

No obstante, en mi opinión, habrá que estar también en este caso a lo que diga el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de trabajo a distancia incorporado al contrato de trabajo inicial, dado que este acuerdo de trabajo a distancia se exige igualmente en estos casos (Art. 6.1 de la Ley).

Y, para el caso de que no se hubiese formalizado por escrito el acuerdo de trabajo a distancia, al igual que sucedía en el supuesto anterior de teletrabajo pactado desde un trabajo presencial anterior, habrá que estar a lo que las partes pacten en ese momento, sometiendo en consecuencia la eventual conversión del trabajo a distancia en trabajo presencial al acuerdo modificativo o novatorio, sin otros límites que los genéricos aplicables a los acuerdos contractuales (inexistencia de error, dolo, violencia o intimidación), no pudiendo imponerse la voluntad unilateral de una de las partes.

5º) En quinto lugar, se exige legalmente el acuerdo de las partes (persona trabajadora y empresario individuales) para *"la modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia"*, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación, debiendo ponerse a disposición de la representación legal de los trabajadores (Art. 8.1 de la Ley).

Al no matizar la Ley, habrá que entender que este precepto legal será aplicable en todos los casos, esto es, tanto a los supuestos de trabajos inicialmente presenciales como a los supuestos de trabajos inicialmente a distancia.

6º) En sexto lugar, la Disposición Final Segunda de la Ley crea un nuevo procedimiento especial urgente y preferente al incorporar un nuevo Art.138 bis a la LJS, sobre la tramitación en reclamaciones sobre derecho de acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia con el siguiente contenido:

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

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

b) El órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre la negativa o la disconformidad comunicada por la empresa respecto de la propuesta realizada por la persona trabajadora y demás circunstancias concurrentes.

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

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

7º) Finalmente, la definición legal del trabajo a distancia “regular” como el que “se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (Art. 1 de la Ley), plantea la cuestión interpretativa de cómo operarán las modificaciones del lugar de trabajo, pasando del trabajo presencial al trabajo a distancia irregular y viceversa cuando no se supere el 30 por 100 establecido en el periodo de referencia de tres meses como la frontera entre uno y otro tipo de trabajo a los efectos de la aplicación de la Ley.

Nada dice la Ley en este sentido, por lo que seguramente habrá que aplicar — absurdamente, desde luego, ya que “se exige más para lo menos”,— la normativa general referida a las modificaciones de las condiciones de trabajo, rigiendo la jurisprudencia que considera que el teletrabajo constituye un supuesto de novación contractual constitutiva que exige el mutuo acuerdo individual de las partes, esto es, que no podrá hacerse por voluntad unilateral del empresario, ni siquiera acudiendo al procedimiento del Art. 41 del ET (STS de 11 de Abril de 2005, Rec.143/2004).

No hay duda de que esta frontera entre el teletrabajo “regular” e “irregular” plantea dificultades para controlar el “paso de la frontera” derivadas del difícil equilibrio empresarial para no superar ese límite y no incurrir en “fraude de ley” en los supuestos de periodos sucesivos de tres meses con trabajadores trabajando a distancia menos del 30 por 100 de su jornada.

#### **4. LA VOLUNTARIEDAD DEL TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO**

El Art. 47 bis.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establecido por el Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de

teletrabajo en las Administraciones Públicas<sup>2</sup>, con vigencia desde el 30 de septiembre de 2020 (Disposición Final Cuarta), establece que el teletrabajo *"tendrá carácter voluntario y reversible"*. Esta voluntariedad habrá que entenderla referida tanto al teletrabajador como a la Administración contratante, lo que significa que su establecimiento y reversión exigirá siempre el acuerdo de las partes. Al no distinguirse en este caso entre el teletrabajo con previo trabajo presencial y el teletrabajo contratado *ab initio* la regla legal establecida rige para ambos supuestos.

Ahora bien, la ley excluye de la voluntariedad *"los supuestos excepcionales debidamente justificados"*. En estos supuestos excepcionales habrá que incluir seguramente tanto a los catastróficos (por ejemplo, la pandemia que sufrimos en estos años pasados) como a los personales (por ejemplo, las recomendaciones médicas en relación con determinados trabajadores salidos de una larga y penosa enfermedad).

En cualquier caso, el precepto legal señala que la negociación colectiva contemplará *"los criterios objetivos de acceso a esta modalidad de prestación de servicios"*. Así sucederá con el régimen de preferencias en el acceso al teletrabajo.

En definitiva, el teletrabajo en el sector público no es más que una forma de prestación de los servicios que entra dentro de la potestad de autoorganización de la Administración Pública. Prueba de ello son las exigencias legales de *"expresa autorización"* de la Administración (Art. 47 bis.2), de que *"las necesidades del servicio lo permitan"* y de que *"el teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento"* (Art. 47 bis.1).

- 2 El Art. 2 del EBEP entiende por *"Administraciones Públicas"* las siguientes:
- a) La Administración General del Estado.
  - b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
  - c) Las Administraciones de las entidades locales.
  - d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, con exclusión de aquellas entidades que poseen personalidad jurídica privada y están sometidas al derecho privado, tales como las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público.
  - e) Las Universidades Públicas.

