

TRABAJO A DISTANCIA Y CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL*

Vanessa Cordero Gordillo

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

Abstract

La pandemia causada por el virus SARS-CoV-2 ha dado lugar a un incremento exponencial del número de personas trabajadoras que prestan servicios a distancia, especialmente a través del teletrabajo, lo que ha motivado la aprobación del RD-Ley 28/2020 a fin de dotar a esta forma de trabajo de un régimen jurídico más apropiado que el anterior artículo 13 ET. Asimismo, el trabajo a distancia ha jugado un importante papel en la conciliación de la vida familiar y laboral durante la pandemia. De hecho, entre sus ventajas es frecuente mencionar el hecho de que facilita la compatibilización de las responsabilidades familiares y las profesionales, aunque también presenta algunos riesgos desde esta perspectiva. Partiendo de estas premisas, este trabajo aborda el trabajo a distancia y su relación con la conciliación de la vida familiar y laboral desde una doble perspectiva: como herramienta de conciliación, tanto por la vía del artículo 34.8 ET como en el contexto de la pandemia, planteando si el RD-Ley 28/2020 debe considerarse aplicable en estos supuestos, y respecto a los derechos de conciliación de las personas trabajadoras a distancia en virtud de esta última norma.

The pandemic caused by SARS-CoV-2 has led to an exponential growth in the number of workers that undertake distance work, specially through telework, and it has motivated the approval of the RD-Law 28/2020 in order to provide this form of work with a more appropriate regulation than that of artículo 13 ET. Likewise, distance work has played an important role regarding work-life balance during the pandemic. In fact, it is usual to mention among its advantages the fact that it facilitates the reconciliation of family and professional responsibilities, although it also presents some risks from this perspective. From these premises, this paper deals with distance work and its relationship with work-life balance from a double perspective: as a reconciliation measure, both through artículo 34.8 ET and in the context of the pandemic, considering whether RD-Law 28/2020 should be applicable in these cases, and regarding the rights related to work-life balance of distance workers according to this last rule.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

IUSLabor 2/2021, ISSN 1699-2938, p. 97-127
DOI. 10.31009/IUSLabor.2021.i02.04

Fecha envío: 27.2.2021 | Fecha aceptación: 11.3.2021

Title: Remote work and work-life balance

Palabras clave: trabajo a distancia, teletrabajo, conciliación de la vida familiar y laboral, corresponsabilidad.

Keywords: remote work, telework, work-life balance, co-responsibility

Sumario

1. Introducción
2. Conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo en el RD-Ley 28/2020
3. El trabajo a distancia como mecanismo de conciliación de la vida familiar y laboral
 - 3.1. La virtualidad del trabajo a distancia como mecanismo conciliatorio
 - 3.2. El trabajo a distancia por la vía del artículo 34.8 ET
 - 3.3. El trabajo a distancia por motivos de conciliación en el contexto de la pandemia provocada por la COVID-19
4. Los derechos de conciliación de las personas trabajadoras a distancia
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

En el contexto de la pandemia causada por la COVID-19, el trabajo a distancia y, singularmente, dentro del mismo, el teletrabajo, se ha erigido como un instrumento fundamental para la contención del virus y, al mismo tiempo, para el mantenimiento de la actividad de muchas empresas. Así lo atestigua el espectacular incremento que ha experimentado el trabajo a distancia en los últimos meses, aun cuando existan notables diferencias entre los primeros momentos de la crisis sanitaria y los posteriores, habiendo disminuido el número de ocupados que trabajaron más de la mitad de los días desde su propio domicilio, en más de un millón de personas entre el segundo y el cuarto trimestre de 2020¹.

Si el trabajo a distancia ha venido para quedarse es algo que todavía sería precipitado aventurar, pero cabe esperar que esta forma de trabajo adquiera mayor protagonismo que en la etapa prepandemia. De ahí la importancia de contar con una normativa apropiada que proporcione seguridad jurídica a todas las partes implicadas. De hecho, si hay algo que se puso en evidencia durante el primer estado de alarma fue la inadecuación de la regulación del trabajo a distancia², representada por un lacónico artículo 13 ET, en la redacción dada por el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio. Por esta razón, el pasado mes de septiembre se aprobó el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, fruto de la concertación social entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con la finalidad de dotar de un marco jurídico unitario a esta forma de prestación de servicios y, tal y como reza la exposición de motivos, equilibrar su utilización y las ventajas que comporta para empresas y personas trabajadoras, con un marco de derechos que garanticen su carácter voluntario y reversible o el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, entre otros.

Por otro lado, la pandemia ha puesto de manifiesto también, con más intensidad si cabe, el difícil equilibrio entre el trabajo y las responsabilidades familiares, un problema que sigue afectando de manera desproporcionada a las mujeres, debido a la ausencia de una

¹ Según datos de la EPA del cuarto trimestre de 2020, el 9,95% de los ocupados (1.923.800) trabajaron desde su propio domicilio más de la mitad de los días, porcentaje algo inferior al de tercer trimestre (10,30% equivalente a 1.975.100 personas), pero sensiblemente menor al del segundo trimestre (16,20% equivalente a 3.015.200 personas). Pese a ello, es muy superior al promedio de 2019 (que fue del 4,81%). Los datos están disponibles en <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0420.pdf> [Acceso: 21-2-2021].

² CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2020, p. 411; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020, p. 11.

corresponsabilidad efectiva en la asunción de las tareas de cuidado. Precisamente, el trabajo a distancia se ha revelado como una importante vía para que muchas personas trabajadoras pudieran atender a sus obligaciones de cuidado de hijos y otros familiares en estas circunstancias tan extraordinarias, particularmente durante el periodo de cierre de los centros escolares en todos los niveles y de los centros de atención a personas mayores y dependientes, circunstancia esta última que supuso un auténtico reto en lo que se refiere a la compatibilización de estas obligaciones con la actividad profesional.

No en vano, constituye un lugar común destacar entre las ventajas del teletrabajo el hecho de posibilitar una mejor conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Así, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo³ ya lo reconocía como un medio para reconciliar vida profesional y vida social. Y, últimamente, ha quedado reflejado en la normativa, en concreto, en el artículo 34.8 ET el cual, tras la modificación operada por el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, configura expresamente el trabajo a distancia como una de las modalidades de adaptación de la jornada de trabajo o de la forma de prestación con fines de conciliación. Igualmente, esta virtud del trabajo a distancia también se pone de manifiesto en la reciente Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Esta norma prevé la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos puedan solicitar fórmulas de trabajo flexible (artículo 9), entre las cuales se incluye expresamente el trabajo a distancia (artículo 3.1.f)⁴.

Con estas premisas, tras una breve referencia al concepto de trabajo a distancia a nivel legal, el presente trabajo pretende abordar su relación con la conciliación de la vida familiar y laboral desde una doble perspectiva. De un lado, acometiendo el estudio del trabajo a distancia como medida de conciliación, partiendo de su virtualidad para el logro de dicha finalidad y del modo en que cabría articularlo en la práctica en virtud del artículo 34.8 ET y de la nueva regulación del RD-Ley 28/2020; sin olvidar los supuestos de trabajo a distancia vinculados a circunstancias excepcionales motivadas por la pandemia de la COVID-19, en los términos previstos en el artículo 6 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del

³ Suscrito el 16 de julio de 2002 por la CES (Confederación Europea de Sindicatos), la UNICE/UEAPME (Unión de Confederaciones de la Industria y de las Organizaciones Empresariales de Europa) y el CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas y de Empresas de Interés Económico General).

⁴ FERNÁNDEZ PROL, Francisca, “Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020, p. 109.

COVID-19. De otro lado, prestando igualmente atención a los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral que corresponden a las personas trabajadoras a distancia.

2. Conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo en el RD-Ley 28/2020

Como punto de partida para el abordaje del trabajo a distancia, debe hacerse referencia al concepto acuñado por el RD-Ley 28/2020, en concreto, por su artículo 2. En virtud de este precepto, se define el trabajo a distancia como una “*forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta 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*”.

De esta definición cabe destacar, en primer lugar, que se requiere que el lugar de prestación de servicios sea elegido por la persona trabajadora, pudiendo ser su domicilio u otro lugar, pues si esta elección corresponde a la empresa, estaríamos ante trabajo presencial y no a distancia (apartado c). Este elemento locativo, definitorio del trabajo a distancia, ya estaba contemplado en el artículo 13 ET en términos cuasi idénticos, por cuanto se exceptúa el adverbio “*libremente*”, presente en este último precepto, pero no en el RD-Ley 28/2020. La supresión de este término parece responder a que, pese a la facultad de elección de la persona trabajadora, el lugar de trabajo deberá ser consensuado con la empresa en el acuerdo de trabajo a distancia (artículo 7.f)⁵. Asimismo, cabe entender que podría designarse más de un lugar para la prestación de servicios a distancia, siempre que todos ellos queden identificados en el mismo acuerdo⁶. En cualquier caso, el lugar o lugares de trabajo identificados en el acuerdo serían vinculantes para las partes, sin posibilidad de modificación unilateral.

En segundo lugar, para que la prestación de servicios pueda calificarse como trabajo a distancia a efectos del RD-Ley 28/2020, debe concurrir la nota de regularidad, pues deberá desarrollarse en el lugar elegido por la persona trabajadora, bien durante toda la jornada, o bien durante parte de la misma, “*con carácter regular*”. La propia norma se encarga de precisar cuándo puede entenderse que el trabajo a distancia es regular

⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso”, *Trabajo y Derecho*, nº 72, 2020 (versión electrónica), p. 3; GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 27; GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020: concepto y fuentes reguladoras” en LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (Dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 59. En todo caso, como señala esta última autora, la negativa empresarial a la aceptación del lugar elegido por la persona trabajadora deberá ser motivada y fundarse en razones objetivas.

⁶ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, “El trabajo a distancia...”, op. cit. p. 59. En el mismo sentido GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación...*, op. cit. p. 27, quien precisa que, en tales supuestos, la dotación de medios y la compensación de gastos podrían limitarse a un único lugar.

afirmando que será así cuando “*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*” (artículo 1). Esta regla es disponible para la negociación colectiva la cual podrá fijar un porcentaje o un periodo de referencia inferiores, pero nunca superiores a los señalados (Disp. Adicional 1ª apartado 2).

De este modo, la nueva normativa resulta más clarificadora que la precedente habida cuenta que el artículo 13 ET se limitaba a exigir que la actividad laboral debía desarrollarse “*de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*”, lo cual planteaba dos problemas. De un lado, no se efectuaba ninguna concreción acerca de cuándo podía entenderse cumplido tal requisito; de otro lado, cabía interpretar que no tenían cabida en el precepto los supuestos en los que el trabajo a distancia se desarrollara íntegramente fuera de los locales de la empresa, al requerirse un mínimo de actividad presencial en el centro de trabajo⁷.

Ahora bien, la delimitación entre trabajo a distancia regular y no regular también suscita algunas dudas, fundamentalmente en lo que se refiere a la expresión “*porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo*”, pues el precepto no deja claro si dicho porcentaje está relacionado con el 30% de la jornada o con el periodo de referencia de tres meses. Partiendo de la premisa de que esa previsión parece pensada para los contratos temporales con una duración inferior a tres meses, cabrían dos interpretaciones: de un lado, que el porcentaje del 30% debería reducirse en proporción a la duración del contrato de trabajo o, de otro lado, que es el periodo de referencia el que debería reducirse proporcionalmente, quedando el porcentaje del 30% invariable. En cuanto a la primera interpretación, coincido con M^a Amparo GARCÍA RUBIO⁸ en que no resulta lógica, habida cuenta de que ello llevaría a concluir que, a modo de ejemplo, en contratos de dos meses de duración el porcentaje exigible fuera del 20% o que en contratos de un mes de duración tan sólo el 10% de la jornada desarrollada a distancia permitiría atribuir a este trabajo el calificativo de regular. La segunda interpretación también resulta confusa ya que tampoco se entiende cómo habría de efectuarse el cálculo de ese “*porcentaje proporcional equivalente*” del que habla el artículo 1⁹. Quizá lo que el

⁷ SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y Derecho*, nº 29, 2017 (versión electrónica), p. 4-5.

⁸ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, “El trabajo a distancia...”, op. cit. p. 68.

⁹ A favor de esta interpretación, aunque señalando que el término “porcentaje” resulta confuso, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “RDLey 28/2020: comentario de urgencia al trabajo a distancia”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 23 de septiembre de 2020, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/09/23/rdley-28-2020-comentario-de-urgencia-al-trabajo-a-distancia/#282> [Acceso: 15-3-2021].

legislador haya querido expresar, con deficiente técnica, es que, cuando la duración del contrato sea inferior a tres meses, el periodo de referencia deberá ser precisamente dicho lapso temporal, debiendo aplicarle el porcentaje del 30% a efectos de determinar si concurre o no la nota de regularidad en el trabajo desempeñado a distancia por una concreta persona trabajadora¹⁰.

Sin embargo, nótese que el hecho de que una prestación de servicios a distancia no pueda ser calificada como regular por no alcanzar los parámetros señalados, no significa que no nos encontremos ante un trabajo a distancia, en ese caso, ocasional o residual; lo que ocurrirá es que su regulación quedará extramuros del RD-Ley 28/2020, debiendo regirse por la legislación laboral ordinaria. A efectos prácticos, ello implicaría, básicamente, que no resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 7, relativo al acuerdo de trabajo a distancia, ni tampoco las previsiones relacionadas con la dotación y mantenimiento de los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad (artículo 11) y con el abono y compensación de gastos por parte de la empresa (artículo 12)¹¹, sin perjuicio de que nada impediría que, mediante convenio colectivo o acuerdo individual, se acordara también el deber empresarial de proporcionarlos en estos supuestos¹². Ahora bien, las personas trabajadoras que desempeñen su trabajo a distancia de manera ocasional continúan siendo titulares del derecho a la desconexión digital, a la privacidad o la protección de su seguridad y salud en el trabajo, por citar sólo algunos ejemplos, tanto cuando esta prestación se lleve a cabo en los locales empresariales como fuera de los mismos. Igualmente, pese a que el trabajo a distancia ocasional quede excluido del ámbito de aplicación del RD-Ley 28/2020, debe sostenerse su carácter voluntario para las partes, sin que pueda ser impuesto unilateralmente por la empresa por la vía del artículo 41 ET, por cuanto se trataría de una modificación del régimen contractual, en los términos de la STS de 11 de abril de 2005 (Recurso nº 143/2004)¹³.

¹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación...*, op. cit. p. 26.

¹¹ THIBAUT ARANDA, Xavier, “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, nº monográfico 12, 2020 (versión electrónica), p. 8; GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación...*, op. cit. p. 26.

¹² SALA FRANCO, Tomás, “El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre trabajo a distancia” en SALA FRANCO, Tomás (Coord.), *El teletrabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 183.

¹³ GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, “El trabajo a distancia...”, op. cit. p. 35; GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación...*, op. cit. p. 26. Esta sentencia entendió que siempre que se cumplieran los requisitos de voluntariedad y falta de control por parte del empresario, algunas formas de teletrabajo podían tener cabida en el concepto de trabajo a domicilio que contemplaba el 13 ET. Además, descarta la posibilidad de que la empresa imponga el teletrabajo con fundamento en el art. 41 ET con el argumento de que el desplazamiento del lugar de trabajo desde el centro de trabajo empresarial al domicilio de la persona trabajadora tiene unas implicaciones en su esfera personal que exceden tanto del ámbito del dicho precepto como del poder de disposición de la negociación colectiva. Con dudas sobre la vigencia de esta doctrina para los supuestos de trabajo a distancia no regular SALA FRANCO, Tomás, “El Real Decreto-Ley 28/2020...”, op. cit. p. 182.

En cualquier caso, cabe pensar que, en la práctica, la frontera que separa el trabajo a distancia regular del ocasional no siempre será nítida, pudiendo ocurrir que prestaciones de servicios a distancia calificadas como no regulares superen *de facto* el porcentaje del 30% de la jornada en periodos de tres meses, situación que podría convertirse en frecuente, particularmente si el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras no es respetado. En tal supuesto, podría reclamarse la recalificación del trabajo a distancia como regular y el abono de los gastos que debieran haber sido sufragados por el empresario¹⁴.

Por otra parte, el RD-Ley 28/2020 introduce un concepto de teletrabajo, entendido como “*aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación*”. Por consiguiente, la norma confirma la relación género-especie entre el trabajo a distancia y el teletrabajo, siendo el elemento tecnológico el rasgo característico de este último.

3. El trabajo a distancia como mecanismo de conciliación de la vida familiar y laboral

3.1. La virtualidad del trabajo a distancia como mecanismo conciliatorio

Cuando se habla del trabajo a distancia y, más concretamente, del teletrabajo, resulta habitual destacar las múltiples ventajas que presenta, tanto desde la perspectiva de la persona trabajadora como desde la perspectiva de la empresa. Y, entre ellas, ocupa un lugar destacado el hecho de que esta forma de prestación de servicios facilita la conciliación de la vida familiar y laboral, fundamentalmente, por la mayor flexibilidad horaria y la reducción del tiempo invertido en los desplazamientos¹⁵. En efecto, es innegable que el trabajo a distancia puede constituir una herramienta idónea para optimizar el tiempo de vida y el tiempo de trabajo, favoreciendo una mayor autoorganización del horario laboral por parte de la persona trabajadora, haciéndolo de ese modo más compatible con la asunción de sus responsabilidades de cuidado de menores y familiares dependientes, al posibilitar que se acomode, por ejemplo, a los horarios escolares o de los centros de atención de personas con discapacidad o en situación de dependencia.

¹⁴ En este sentido GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación...*, op. cit. p. 25, quien destaca, no obstante, los obstáculos a los que puede enfrentarse la persona trabajadora para acreditar este extremo, puesto que en el registro de la jornada no necesariamente tendrá que consignarse el lugar de prestación de los servicios.

¹⁵ QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, “Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 133, 2017, p. 344.

No obstante, también pueden identificarse algunos riesgos del trabajo a distancia desde la perspectiva conciliatoria. De este modo, la libertad de gestión del tiempo de trabajo puede tener la desventaja de dar lugar a prolongaciones de la jornada¹⁶. Igualmente, pueden surgir dificultades para separar trabajo y familia, que pueden llegar a la superposición y simultaneidad, total o parcial, de las responsabilidades familiares y laborales, con las consecuencias negativas que ello conlleva en términos de menor rendimiento o menores opciones de promoción profesional. A la postre, el trabajador puede experimentar mayores niveles de estrés ante la percepción de menor productividad en el trabajo y, al mismo tiempo, de una inadecuada atención a las tareas de cuidado, con repercusiones en su salud física y psíquica¹⁷. En ello puede influir la disciplina y la capacidad de organización y gestión del tiempo de trabajo por parte de la persona trabajadora, pero también las características de la familia en la que se integra¹⁸.

A lo anterior cabe añadir que, si el trabajo a distancia se configura como un instrumento de conciliación, al igual que sucede con otras medidas de esta naturaleza, serán mayoritariamente las mujeres quienes se acojan al mismo y quienes, en consecuencia, experimenten en mayor medida los efectos negativos señalados. En última instancia, también podría contribuir a la perpetuación de los roles de género por el reforzamiento del papel de cuidadora de la mujer¹⁹.

Aun cuando se trate de circunstancias excepcionales, lo cierto es que, durante la pandemia, el número de mujeres que han desarrollado su trabajo a distancia ha sido superior al de hombres, representando un 18,7% frente a un 14,1%, respectivamente, a lo largo del año 2020²⁰. Ello podría explicarse por el hecho de que las mujeres suelen estar empleadas en sectores en los que el trabajo a distancia, por sus características, resulta más factible, mientras que los hombres están más representados en sectores en los que los servicios deben prestarse necesariamente de manera presencial²¹.

¹⁶ TATAY PUCHADES, Carmen, “Teletrabajo, conciliación y género” en MONREAL BRINGSVAERD, Erik, THIBAUT ARANDA, Javier y JURADO SEGOVIA, Ángel (Coord.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 563.

¹⁷ FERNÁNDEZ PROL, Francisca, “Relaciones de trabajo...”, op. cit. p. 112.

¹⁸ Como señala QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, “Teletrabajo y conciliación...”, op. cit. p. 361, deben valorarse factores tales como el sexo de la persona que teletrabaja, el número de hijos y sus edades o la existencia de otra persona que puede ocuparse de las tareas de cuidado.

¹⁹ FERNÁNDEZ PROL, Francisca, “Relaciones de trabajo...”, op. cit. p. 112-113.

²⁰ <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=36971&L=0> [Acceso: 21-2-2021]. Estos datos hacen referencia a las personas que, durante el año 2020, trabajaron en su domicilio más de la mitad de los días.

²¹ DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, nº 3, 2020, p. 7. Si bien, en el año 2019, el porcentaje de hombres que manifestaron haber trabajado desde su domicilio más de la mitad de los días fue superior al de mujeres (4,9% frente a 4,7%).

Asimismo, también han sido las mujeres quienes han experimentado mayores dificultades para conciliar sus responsabilidades familiares y profesionales²², teniendo en cuenta que, en particular durante el primer estado de alarma decretado para hacer frente a la situación sanitaria, el riesgo de superposición del trabajo y la familia se ha visto exacerbado²³, debiendo compatibilizar actividad laboral, cuidados y seguimiento de tareas escolares²⁴, con especial intensidad en algunos casos, como el de las familias monoparentales.

En todo caso, para que el trabajo a distancia no acabe teniendo un impacto negativo en materia de conciliación, resulta primordial que la flexibilidad horaria inherente a esta forma de trabajo, que se convierte en la regla general en los términos del artículo 13 del RD-Ley 28/2020²⁵, no se traduzca en una superposición de la esfera profesional y la familiar, sino que ambos ámbitos deberían quedar claramente delimitados²⁶. A tales efectos, se requiere un adecuado registro horario (artículo 14 RD-Ley 28/2020 en relación con artículo 34.9 ET), plenamente aplicable al trabajo a distancia²⁷, que permita concretar los perfiles del derecho a la desconexión digital, el cual cobra un especial protagonismo en este ámbito, particularmente en el teletrabajo (artículo 18 RD-Ley 28/2020 y, con

²² EUROFOUND, *Living, working and COVID-19*, COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20059en.pdf [Acceso: 26-2-2021], p. 22.

²³ Según datos de Eurofound el 22% de las personas que conviven con niños menores de doce años y que trabajaron desde casa encontraron dificultades para concentrarse en su trabajo toda o la mayor parte del tiempo, frente al 8% de quienes trabajaron en otros lugares y el 5% de los hogares sin hijos que teletrabajaron. Vid. EUROFOUND, *Living, working...*, op. cit. p. 22.

²⁴ Los resultados preliminares de un estudio sobre teletrabajo y conciliación reflejan, entre otras cuestiones, que las mujeres asumieron mayoritariamente el seguimiento escolar de los menores o que, en ocasiones, se vieron obligadas a teletrabajar durante la madrugada. Si bien, en algunas parejas también se observó una mayor disposición de los hombres a asumir tareas que antes no realizaban. Vid. BENLLOCH, Cristina, AGUADO, Empar, “Teletrabajo y conciliación: el estrés se ceba con las mujeres”, *The Conversation*, 29 de abril de 2020, disponible en <https://theconversation.com/teletrabajo-y-conciliacion-el-estres-se-ceba-con-las-mujeres-137023> [Acceso: 17-2-2021].

²⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación...*, op. cit. p. 83.

²⁶ FERNÁNDEZ PROL, Francisca, “Relaciones de trabajo...”, op. cit. p. 115.

²⁷ En este sentido, en la Guía del Ministerio de Trabajo sobre el registro de jornada, se señala que en aquellas formas de organización del trabajo basadas en la flexibilidad del tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada, como pueden ser el trabajo a distancia y el teletrabajo, el registro diario de la jornada no obsta a su continuidad o ampliación. Esta guía está disponible en <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf> [Acceso: 15-3-2021]. Con todo, como apunta THIBAUT ARANDA, Xavier, “Toda crisis trae una oportunidad...”, op. cit. p. 13, no pueden desconocerse las dificultades que puede entrañar el registro en estos casos, de ahí que proponga el establecimiento de mecanismos de medición y limitación de la carga de trabajo que pudieran evitar la sobrecarga y el exceso de jornada.

carácter general, artículo 88 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales)²⁸.

Asimismo, podría ser conveniente acordar que la prestación de servicios a distancia sea parcial, de tal manera que una parte de la jornada se desarrolle en los locales de la empresa²⁹. Por último, tal y como se analizará posteriormente, debe garantizarse que las personas trabajadoras a distancia gozan de los mismos derechos de conciliación que quienes prestan servicios presencialmente y, en particular, resulta clave el fomento de la corresponsabilidad, con la finalidad de incentivar su utilización tanto por hombres como por mujeres³⁰.

3.2. *El trabajo a distancia por la vía del artículo 34.8 ET*

En la actualidad, el trabajo a distancia como medida de conciliación de la vida familiar y laboral se canaliza a través del artículo 34.8 ET, en la redacción dada por el RD-Ley 6/2019. Como es sabido, este precepto fue introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para reconocer a las personas trabajadoras el derecho a “*adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, siendo modificado posteriormente por la Ley 3/2012 con la finalidad de enumerar ejemplos de medidas de adaptación y advertir que la medida en cuestión debía permitir la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad de las empresas.

²⁸ En cuanto a este derecho, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “El derecho a la desconexión digital (Ponencia)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 20 de noviembre de 2019, disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/11/20/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ponencia/> [Acceso: 15-3-2021], señala que, aparte de las dos dimensiones principales, es decir, el deber de abstención de la empresa de comunicarse con la persona trabajadora fuera de su jornada y el correlativo derecho de ésta de no responder a las comunicaciones empresariales, debería tenerse en consideración la necesidad de asignar un volumen de trabajo adecuado para evitar que deba asumir una carga excesiva que conlleve a una prolongación de la jornada.

²⁹ De hecho, se aduce que el mantenimiento de una cierta actividad presencial resulta beneficioso para evitar el aislamiento del trabajador. En este sentido, MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Capítulo I. Configuración general del trabajo a distancia en el Derecho español” en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Madrid, Wolters Kluwer, 2017, p. 29-30; ROMERO BURILLO, Ana M^a, “Trabajo, género y nuevas tecnologías: algunas consideraciones”, *IUSLabor*, n^o 1, 2019, p. 226; o IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada *ex art.* 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n^o 53, 2019, p. 73.

³⁰ QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, “Teletrabajo y conciliación...”, *op. cit.* p. 361; FERNÁNDEZ PROL, Francisca, “Relaciones de trabajo...”, *op. cit.* p. 116.

Sin embargo, los términos y condiciones en los que había de llevarse a cabo la adaptación eran los previstos en el convenio colectivo o en el acuerdo al que se llegara con el empresario, respetando, en su caso, lo establecido en aquél, lo cual fue interpretado por los tribunales en el sentido de considerar que, en defecto de previsión convencional, resultaba imprescindible que persona trabajadora y empresa alcanzaran un acuerdo, sin cuya existencia el derecho devenía inexigible³¹. El derecho se configuraba así como una mera expectativa de derecho supeditado a la existencia de regulación convencional o pacto individual.

En lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, la STC 3/2007, de 15 de enero, afirmó la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección de la familia y de la infancia (artículo 39 CE), que deberá “*prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa*”, doctrina que podría haber servido de fundamento para una interpretación más amplia del artículo 34.8 ET. Sin embargo, esta cuestión tampoco fue resuelta por el Tribunal Constitucional cuando tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance del precepto desde una perspectiva constitucional en sus sentencias 24/2011 y 26/2011, ambas dictadas el 14 de marzo de 2011, las cuales, pese a referirse a supuestos sustancialmente idénticos, llegan a soluciones opuestas. Así, en el primer caso se trata de una trabajadora que solicita que le sea asignado un turno fijo de mañana, sin reducción de jornada, y en el segundo el solicitante es un trabajador que pretende igualmente su adscripción a un turno fijo, en este supuesto de noche, sin comportar tampoco una reducción de su jornada. En ambos casos, las solicitudes son denegadas por los empleadores y posteriormente desestimadas por los órganos judiciales

³¹ SSTS de 13 de junio de 2008 (Recurso núm. 897/2007), 18 de junio de 2008 (Recurso núm. 1625/2007), 19 de octubre de 2009 (Recurso núm. 3910/2008), 20 de mayo de 2009 (Recurso núm. 2286/2008), 20 de octubre de 2010 (Recurso núm. 3501/2009). Esta interpretación fue sostenida mayoritariamente por la doctrina judicial. Vid. STSJ de Castilla La Mancha de 3 de diciembre de 2008 (Recurso núm. 32/2008), SSTSJ de Madrid de 27 de febrero de 2009 (Recurso núm. 4739/2008), 2 de marzo de 2010 (Recurso núm. 5855/2009), 16 de enero de 2012 (Recurso núm. 1187/2011), 10 de mayo de 2012 (Recurso núm. 2426/2011), 16 de mayo de 2012 (Recurso núm. 2946/2011) y 16 de diciembre de 2013 (Recurso núm. 1538/2013), STSJ de Galicia de 23 de julio de 2009 (Recurso núm. 1229/2009) y 23 de mayo de 2014 (Recurso núm. 50/2014), SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009 (Recurso núm. 390/2009) y 29 de abril de 2010 (Recurso núm. 221/2010), STSJ de Aragón de 5 de noviembre de 2008 (Recurso núm. 792/2008), STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de mayo de 2010 (Recurso núm. 2497/2009), STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2012 (Recurso núm. 1745/2011). En sentido contrario, por considerar que en estos supuestos deben ponderarse los intereses en juego, pero dando prevalencia al derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, cabe destacar las SSTSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 18 de marzo de 2013 (Recurso núm. 244/2011) y 25 de septiembre de 2019 (Recurso núm. 765/2019) o las SSTSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2011 (Recurso núm. 1388/2010) y 9 de octubre de 2012 (Recurso núm. 3057/2009).

con el argumento de que el artículo 34.8 ET carecía de eficacia directa. Sin embargo, en la sentencia 24/2011 el Tribunal Constitucional aduce que los razonamientos contenidos en la STC 3/2007 no pueden ser trasladados al supuesto que enjuicia pues en esta última la trabajadora había solicitado una reducción de jornada, que constituye un derecho exigible al amparo del artículo 37.5 ET, a diferencia del regulado en el artículo 34.8 ET que está condicionado a la existencia de pacto colectivo o individual. En cambio, en la sentencia 26/2011 entiende que los órganos judiciales que desestimaron la pretensión de trabajador con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, esto es, argumentando que la misma carecía de amparo legal, no ponderaron de manera adecuada si la negativa de la empresa a la pretensión del trabajador de prestar servicios en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la conciliación de su vida profesional y familiar, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y familiares y la organización del trabajo en la empresa, asumiendo la doctrina de la STC 3/2007.

El artículo 34.8 ET, en su redacción actual, difiere sustancialmente de la precedente en varios aspectos. De este modo, en su primer párrafo reconoce a las personas trabajadoras el “*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*”. De ello se desprende que el precepto tiene una formulación más amplia habida cuenta que las posibles medidas no se circunscriben al tiempo de trabajo —duración y distribución de la jornada y ordenación del tiempo de trabajo—, sino que también permite solicitar adaptaciones en la forma de prestación, entre las cuales menciona expresamente el trabajo a distancia. Como se señaló³², el trabajo a distancia se incluye de manera expresa entre las fórmulas de trabajo flexible a las que se refiere el artículo 9 de la Directiva 2019/1158, de tal manera que el precepto estatutario vendría a dar cumplimiento a lo dispuesto en la normativa comunitaria³³.

En consecuencia, con fundamento en este precepto, es posible solicitar el paso del trabajo presencial al trabajo a distancia con fines de conciliación, reconociendo la virtualidad de esta forma de prestación de servicios para el logro de dicha finalidad. En la práctica, ello implicará que, cuando el motivo de la solicitud del trabajo a distancia esté relacionado con la conciliación de la vida familiar y laboral de la persona trabajadora, el procedimiento a seguir será el reglamentado en el artículo 34.8 ET con las repercusiones que veremos posteriormente.

³² Vid. *supra* apartado 1.

³³ BALLESTER PASTOR, M^a Amparo, “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las relaciones laborales*, n^o 11, 2019, p. 1127-1128.

En cualquier caso, la solicitud debe tener por objeto hacer efectivo el derecho de las personas trabajadoras a la conciliación de la vida familiar y laboral, precisando únicamente en cuanto a su ámbito subjetivo que, si tienen hijos o hijas, podrá formularse hasta que cumplan doce años de edad. Por ello, se plantea el interrogante de qué sujetos, aparte de los mencionados, legitimarían el trabajo a distancia en estas circunstancias.

En este sentido, a diferencia del artículo 37.6 ET, relativo a la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, que especifica y acota los sujetos causantes del derecho, cabe entender que en el artículo 34.8 se ha optado por una delimitación más extensa, que no exigiría acreditar un grado de parentesco. Consecuentemente, podría tratarse de hijos o hijas menores de doce años e incluso mayores de dicha edad cuando se trate de personas con discapacidad o cuando concurren condiciones objetivas que justificaran la necesidad de conciliación más allá de este límite etario³⁴. Respecto a otros familiares, ante el silencio legal, sería posible abogar por una interpretación amplia la cual, además, estaría en consonancia con la Directiva 2019/1158 pues, al referirse a las fórmulas de trabajo flexible, menciona, de un lado, a las personas trabajadoras con hijos de hasta una edad determinada que, como mínimo deberá ser de ocho años, de tal manera que la normativa interna mejoraría esta previsión y, de otro lado, a los cuidadores. Y, en cuanto a este último término, el artículo 3.1.d) lo define como “*trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro*”, por lo que requeriría convivencia, pero no vínculo de parentesco³⁵. Si bien, podría interpretarse que la norma interna ha pretendido ir más allá para incluir también a los no convivientes³⁶.

Tratándose del trabajo a distancia, si se desarrolla en el domicilio de la persona trabajadora, parece lógico pensar que debiera tratarse fundamentalmente de convivientes; pero lo determinante no será tanto el vínculo de parentesco o incluso la convivencia que

³⁴ En estos términos se pronuncia LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Estudios financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 437-438, 2019, p. 101, para quien podría justificarse la adaptación para la atención de hijos con necesidades especiales, como en caso de TDAH. En el mismo sentido, BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2019 (versión electrónica), p. 16. Asimismo, la SJS núm. 1 de Valladolid de 22 de noviembre de 2020 (Sentencia núm. 426/2019) estima que debe concederse la adaptación de jornada solicitada por una trabajadora con hijos mayores de doce años, efectuando una interpretación amplia del precepto legal.

³⁵ BALLESTER PASTOR, M^a Amparo, “De los permisos parentales...”, op. cit. p. 1128.

³⁶ Piénsese en una persona que dispense cuidados a un familiar con el que no conviva, pero que resida en un lugar muy próximo a su domicilio.

pueda existir entre la persona trabajadora y la persona objeto de cuidado, sino la acreditación de las necesidades de conciliación que motivan la solicitud³⁷.

La solicitud de adaptación presentada por la persona trabajadora deberá indicar la adaptación pretendida, a los efectos de este estudio, la realización de su trabajo a distancia, exigiendo el precepto que sea razonable y proporcionada “*en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa*”, de tal manera que deberá justificar cuáles son sus necesidades de conciliación y que la adaptación solicitada es imprescindible para satisfacerlas, así como que la misma resulta posible atendiendo a las necesidades organizativas y productivas de la empresa (por ejemplo, obviamente no podrá solicitar el trabajo a distancia si sus funciones, por su naturaleza, deben desarrollarse de manera presencial)³⁸.

Respecto a la acreditación de las necesidades de conciliación por parte de la persona trabajadora, bien en el momento de formular la solicitud o bien en caso de verse obligada a acudir a la vía judicial, se plantea la cuestión de hasta qué punto resulta legítimo exigir una información concreta acerca de sus circunstancias personales y familiares (por ejemplo, asistencia de menores a escuelas infantiles, situación laboral del otro progenitor, su jornada y horario, etc.). Se trata de un tema complejo por cuanto la aportación de estos datos puede afectar el derecho a la intimidad personal y familiar de la persona trabajadora (artículo 18.1 CE)³⁹. Sin embargo, al mismo tiempo, el hecho de indagar en las circunstancias profesionales del cónyuge o pareja, usualmente varón, podría contribuir a la promoción de la corresponsabilidad y evitar que sean las mujeres quienes, mayoritariamente, ejerzan derechos de conciliación⁴⁰.

En este sentido, la STC 26/2011, anteriormente citada, señaló que, a la hora de valorar las circunstancias familiares y personales del trabajador que había solicitado la asignación a un turno fijo de noche, el órgano judicial debería haber tenido en cuenta “*el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos*”, admitiendo así la necesidad de recabar cierta información sobre el modo de organización familiar del demandante de amparo.

³⁷ Aboga por una interpretación amplia LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El derecho a la adaptación...”, op. cit. p. 101.

³⁸ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El derecho a la adaptación...”, op. cit. p. 108.

³⁹ CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 10, 2018, p. 1077.

⁴⁰ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “El derecho de adaptación de jornada ex. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Jurisdicción social, Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 199, 2019, p. 34.

De esta manera, a diferencia de otros derechos de conciliación, como la reducción de jornada o la excedencia por motivos familiares, en los que, en principio, bastaría con acreditar el supuesto de hecho establecido en la norma (por ejemplo, cuidado de hijos menores de doce años en el caso de la reducción de jornada), el legislador habría configurado el derecho a la adaptación como un derecho condicionado a la valoración tanto de las necesidades de conciliación de la persona trabajadora como a las necesidades organizativas y productivas de la empresa⁴¹. Por ello, a mi modo de ver, la respuesta a esta cuestión debería ser necesariamente casuística y, en consecuencia, cuanto mayor sea el perjuicio para la organización empresarial, estará más justificada la exigencia de aportación de datos de la vida personal y familiar de la persona trabajadora, mientras que, si las repercusiones en la empresa son mínimas o inexistentes, el esfuerzo exigible para acreditar las circunstancias familiares concurrentes debería ser menor⁴².

Los términos de ejercicio del derecho serán los previstos en la negociación colectiva y deberán acomodarse “a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo”. Ello implica que, de estar regulada esta cuestión en el convenio colectivo aplicable, la persona trabajadora y la empresa deberán ajustarse a lo establecido en el mismo respecto al derecho a la adaptación⁴³.

En defecto de previsión convencional, el artículo 34.8 ET diseña un procedimiento de negociación entre la persona trabajadora y la empresa con una duración máxima de treinta días, plazo que podría considerarse excesivamente prolongado, sobre todo si las necesidades de conciliación de la persona trabajadora se alteran de manera sobrevenida⁴⁴.

⁴¹ BALLESTER PASTOR, M^a Amparo, “De los permisos parentales...”, op. cit. p. 1129.

⁴² BALLESTER PASTOR, M^a Amparo, “De los permisos parentales...”, op. cit. p. 1129. Por su parte, AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “El derecho de adaptación de jornada...”, op. cit. p. 35, defiende que el órgano judicial pueda atender al principio de corresponsabilidad, para lo cual puede ser necesario recabar información acerca de la pareja masculina de la persona solicitante de la adaptación, si bien matiza que este criterio debe aplicarse de manera prudente y casuística. Por el contrario, CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, “Conciliación de la vida familiar...”, op. cit. p. 1075, refiriéndose a los derechos de conciliación en general, considera que no debería exigirse más acreditación que la del supuesto de hecho configurado por la norma en cada caso, sin que deba tenerse en cuenta la situación laboral del otro progenitor.

⁴³ Aun cuando referida a la redacción del art. 34.8 ET anterior al RD-Ley 6/2019, la STS de 24 de julio de 2017 (Recurso núm. 245/2016) considera ajustada a Derecho la cláusula convencional que condiciona la conversión de la jornada partida en continuada por razones de conciliación a las necesidades de servicio de la empresa, que en todo caso habrán de acreditarse. En cualquier caso, como señala IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Conciliación y ordenación flexible...”, op. cit. p. 96, deberá respetarse el equilibrio de intereses entre la persona trabajadora y la empresa.

⁴⁴ Como señala NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del*

De hecho, podría plantear dudas sobre su adecuación a lo dispuesto en la Directiva 2019/1158, cuyo artículo 9.2 exige que las empresas estudien y atiendan las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible en un plazo razonable de tiempo, por lo que habría que dilucidar si un plazo de treinta días cumpliría este requisito⁴⁵.

Aunque la norma no lo especifique, parece lógico exigir que las partes deban negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo⁴⁶. En particular, ello implicará que la empresa no podrá negarse sin más u oponer genéricas circunstancias organizativas o productivas para rechazar la petición de la persona trabajadora⁴⁷. Concretamente, una vez finalizado el procedimiento de negociación, la empresa dispone tres opciones que, en todo caso, deberá formalizar por escrito: aceptar la petición, plantear una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o manifestar la negativa a su ejercicio, debiendo, en este último caso, motivar su decisión, aportando las razones objetivas en las que se sustente.

Tratándose del trabajo a distancia, cabe plantear si la empresa podría aducir, para rechazar la solicitud, que esta modalidad de prestación de servicios carece de implantación en la misma. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales que, por el momento, se han ocupado de esta cuestión han entendido que ello no es óbice para aceptar la solicitud, siempre que el trabajo a distancia sea materialmente posible atendiendo a la naturaleza de las funciones desempeñadas por la persona trabajadora⁴⁸.

Por otro lado, la norma no resuelve los supuestos en los que la empresa se negara a negociar o, simplemente, no contestara expresamente a la solicitud de adaptación de la persona trabajadora. En tal caso, algunas sentencias han considerado que ello supone que la empresa acepta la propuesta en sus propios términos, por lo que el órgano judicial debe

Trabajo y de la Seguridad Social, nº 55, 2020, p. 124, ante necesidades de conciliación de carácter perentorio, el agotamiento del plazo por parte de la empresa podría ser considerado contrario a la buena fe.

⁴⁵ BALLESTER PASTOR, M^a Amparo, “De los permisos parentales...”, op. cit. p. 1128.

⁴⁶ IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Conciliación y ordenación flexible...”, op. cit. p. 89.

⁴⁷ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El derecho a la adaptación...”, op. cit. p. 115.

⁴⁸ Así, la SJS núm. 3 de Burgos de 24 de julio de 2020 (Sentencia núm. 119/2020) estima parcialmente la pretensión de la trabajadora de prestar servicios parte de su jornada en régimen de teletrabajo, pese a que la empresa no tenía implantado un sistema de teletrabajo, analizando si las funciones que le correspondía desempeñar podían desarrollarse a distancia. También la SJS núm. 24 de Barcelona de 29 de enero de 2020 (Sentencia núm. 28/2020) considera que la negativa de la empresa, sin seguir el procedimiento de negociación, no se ajusta a Derecho pues, aun cuando no estaba implantada ni expresamente prevista en convenio colectivo esa modalidad de prestación de servicios (el convenio regula las adaptaciones por conciliación, pero sin mencionar el trabajo a distancia), debería haber negociado con la trabajadora, sin perjuicio de la negociación que se inició poco después a nivel colectivo.

estimar la pretensión, siempre que no exceda de los límites del derecho⁴⁹. Aunque también se ha aportado una solución intermedia consistente en la estimación provisional de la pretensión hasta que se cumplan los requisitos procedimentales por parte de la empresa y se lleve a cabo la oportuna negociación y emisión de contraoferta razonada⁵⁰.

Las discrepancias entre la empresa y la persona trabajadora deberán ser 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. A este respecto, debe puntualizarse que, cuando la solicitud de adaptación se refiere a la prestación de servicios a distancia, la pretensión deberá canalizarse a través de este procedimiento y no por el regulado en el artículo 138 bis de la misma norma, introducido por la Disp. Final 2ª del RD-Ley 28/2020 para tramitar las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia.

Llegados a este punto, debe abordarse la cuestión de cuál sería la regulación aplicable al trabajo a distancia por motivos de conciliación que se hubiera solicitado por la vía del artículo 34.8 ET y, en concreto, si el RD-Ley 28/2020 resultaría de aplicación al mismo. A mi juicio, siempre que el trabajo a distancia pudiera recibir el calificativo de regular, en los términos del artículo 1 de esta última norma, no debería existir ningún impedimento para entenderla aplicable en estos supuestos, de un lado, porque no se excluye de manera expresa y, de otro lado, porque carecería de sentido desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación entre las personas trabajadoras a distancia y las personas trabajadoras presenciales⁵¹.

Es cierto que en estos supuestos no cabe hablar propiamente de voluntariedad del trabajo a distancia del lado empresarial desde el momento en que la empresa se ve compelida, en defecto de previsión en convenio, a iniciar un proceso de negociación y a justificar en razones objetivas su rechazo a la petición de trabajo a distancia formulada por la persona trabajadora, lo que no ocurriría si la solicitud se efectuara al margen de sus necesidades de conciliación⁵². Asimismo, el artículo 34.8 ET otorga a la persona trabajadora el

⁴⁹ STSJ de Galicia de 5 de diciembre de 2019 (Recurso núm. 5209/2019). En el mismo sentido, SJS núm. 1 de Avilés de 24 de septiembre de 2020 (Sentencia núm. 163/2020) y SJS núm. 3 de Valladolid de 19 de diciembre de 2019 (Sentencia núm. 436/2019).

⁵⁰ SJS núm. 2 de León de 17 de febrero de 2020 (Sentencia núm. 156/2020).

⁵¹ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia” en LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (Dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 103.

⁵² Como señala SALA FRANCO, Tomás, “El Real Decreto-Ley 28/2020...”, op. cit. p. 172, en el RD-Ley 28/2020 el trabajo a distancia no se configuraría ni como un derecho del trabajador exigible al empresario ni como un derecho del empresario exigible al trabajador. También THIBAUT ARANDA, Xavier, “Toda

“derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”, mientras que, con carácter general, el ejercicio de la reversibilidad del trabajo a distancia debe sujetarse a lo que hubiera establecido al respecto la negociación colectiva o, en su defecto, el acuerdo de trabajo a distancia. De esta manera, ello podría entrar en contradicción con el principio de voluntariedad del trabajo a distancia en torno al cual gira el RD-Ley 28/2020. Sin embargo, el artículo 5.1, tras enunciar su carácter voluntario, afirma que ello se entiende “sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva”, como sucede precisamente con el derecho reconocido en el artículo 34.8 ET⁵³.

Consecuentemente, si resulta de aplicación el RD-Ley 28/2020, también en estos supuestos las partes deberían suscribir un acuerdo de trabajo a distancia para establecer las condiciones en las que se desarrollará la prestación de servicios, con las modulaciones necesarias atendiendo a la finalidad de conciliación (por ejemplo, en cuanto al ejercicio de la reversibilidad). En particular, la empresa deberá proceder a la dotación y mantenimiento adecuado de todos los medios, equipos y herramientas necesarios (artículo 11.1), así como a abonar los gastos derivados del desarrollo de la actividad laboral (artículo 12.1), sin que pueda esgrimir, para denegar la solicitud de la persona trabajadora, los eventuales mayores gastos que le pueda suponer el desempeño de su trabajo a distancia, salvo que fueran desproporcionados⁵⁴.

3.3. *El trabajo a distancia por motivos de conciliación en el contexto de la pandemia provocada por la COVID-19*

Cuando en el mes de marzo de 2020, el Gobierno decretó el estado de alarma⁵⁵ y limitó la libertad de circulación de los ciudadanos, el trabajo a distancia y, fundamentalmente, el teletrabajo, se convirtió en una herramienta fundamental para la continuidad de la actividad en muchas empresas, pero permaneciendo los trabajadores en sus domicilios,

crisis trae una oportunidad...”, op. cit. p. 9, afirma que, con carácter general, la empresa no tiene que justificar su decisión ni está obligada a negociar con la persona trabajadora.

⁵³ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “Voluntariedad del trabajo...”, op. cit. p. 100.

⁵⁴ En este ámbito la justificación empresarial debería basarse en la imposibilidad técnica o material de prestar servicios a distancia. En todo caso, a falta de acuerdo entre las partes y planteada la oportuna demanda en vía judicial, el órgano judicial deberá resolver atendiendo a la doctrina sentada en la STC 3/2007 por lo que deberá ponderar los diferentes intereses en juego, las necesidades de conciliación alegadas por la persona trabajadora, de un lado, y las necesidades organizativas y productivas de la empresa, de otro lado, pero otorgando prevalencia a los derechos de conciliación.

⁵⁵ RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

como premisa necesaria para frenar la propagación de la enfermedad causada por el virus SARS-CoV-2. De este modo, el RD-Ley 8/2020 otorgó carácter preferente al trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello era “*técnica y razonablemente posible*” y si el esfuerzo de adaptación resultaba “*proporcionado*”, las cuales debían ser “*prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad*” (artículo 5). De ello se desprendía que, siendo el trabajo a distancia técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación por parte de la empresa era proporcionado, ésta no podía recurrir a un ERTE de suspensión o de reducción de jornada⁵⁶.

La preferencia por el trabajo a distancia proclamada en el artículo 5 RD-Ley 8/2020 se mantuvo en vigor durante los dos meses posteriores al cumplimiento de un mes desde la finalización del estado de alarma⁵⁷ (artículo 15 RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo) o, en términos más simples, durante los tres meses posteriores a la terminación del estado de alarma⁵⁸, de tal manera que esta previsión ya habría perdido su vigencia. A día de hoy, hemos de atender a lo dispuesto en el RD-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el cual, con una fórmula más laxa, y referida exclusivamente al teletrabajo, establece que se deberán “*Adoptar medidas para (...) la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible*” (artículo 7.1.e), lo que resultará aplicable “*hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*” (artículo 2.3)⁵⁹.

En consecuencia, el trabajo a distancia como herramienta de conciliación por circunstancias relacionadas con la pandemia provocada por la COVID-19 debe canalizarse a través de las medidas específicas que, en esta materia, se adoptaron en el RD-Ley 8/2020, cuyo artículo 6, rebautizado como Plan MECUIDA por el RD-Ley 15/2020, prevé adaptaciones y reducciones de la jornada de trabajo. En realidad, no se trata de derechos nuevos sino de especificidades respecto a dos derechos de conciliación ya contemplados en el ET, el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo y el derecho

⁵⁶ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El trabajo a distancia como medida preferente a aplicar en las empresas frente a la crisis del COVID-19”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12 bis, 2020, p. 671; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “Es suficiente este derecho laboral...”, op. cit. p. 12.

⁵⁷ El primer estado de alarma finalizó el 21 de junio de 2020.

⁵⁸ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El trabajo a distancia...”, op. cit. p. 674.

⁵⁹ Esta disposición que se ha mantenido inalterada tras la declaración del segundo estado de alarma por RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

a la reducción de jornada por motivos familiares, regulados en los arts. 34.8 y 37.6, respectivamente, de esta última norma.

La vigencia de ambas medidas finalizaba, en un principio, y al igual de lo que sucedía con el carácter preferente del trabajo a distancia, transcurridos tres meses desde la finalización del primer estado de alarma (artículo 15 RD-Ley 15/2020), pero han sido objeto de prórrogas adicionales: la primera hasta el 31 de enero de 2021 (Disp. Adicional 3ª RD-Ley 28/2020) y la segunda hasta el 31 de mayo de 2021 (Disp. Adicional 3ª RD-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo).

Por el objeto de este trabajo vamos a centrar nuestra atención en el derecho a la adaptación de la jornada, el cual, pese a la terminología empleada por la norma, no se limita a las adaptaciones relacionadas con el tiempo de trabajo, lo cual permite incluir, entre otros, el trabajo a distancia.

Para que proceda la adaptación, el artículo 6.1 del RD-Ley 8/2020 exige que se cumplan una serie de condiciones. De un lado, como primer presupuesto, deben acreditarse deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora. Así, a diferencia del artículo 34.8 ET, el cual, como se vio, no especifica los familiares que dan derecho a la solicitud de adaptación, salvo respecto a los hijos e hijas para señalar que podrá efectuarse hasta que cumplan doce años, la norma de urgencia sí los enumera de manera expresa. En relación con ello, debe resaltarse, en comparación con lo dispuesto en el ET respecto a otros derechos de conciliación como reducciones de jornada o excedencias, que no sólo se incluye al cónyuge, sino también a la pareja de hecho, y que únicamente se menciona a los familiares por consanguinidad de la persona trabajadora⁶⁰. En este sentido, el hecho de que no se aluda al parentesco por afinidad podría obedecer, bien a un olvido⁶¹, o bien a una finalidad de fomento de la corresponsabilidad, dado que son las mujeres quienes mayoritariamente ejercitan derechos de conciliación para el cuidado de familiares de su cónyuge y, de esta manera, se pretende que sean los hombres quienes asuman esta tarea. Ello me parece acertado; si bien es cierto que, al tratarse de una

⁶⁰ Por tanto, tratándose de familiares hasta el segundo grado, incluiría a abuelos/as, padres, madres, hijos/as, nietos/as y hermanos/as.

⁶¹ GALA DURÁN, Carolina, “Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del Coronavirus COVID-19”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, nº 5, 2020 (versión electrónica), p. 10.

situación del todo excepcional, cabe pensar que pudieran surgir necesidades de cuidado de estos familiares que no estarían amparadas por la norma⁶².

Asimismo, en caso de que los familiares objeto de cuidado sean menores, nótese que no se establece ningún límite de edad⁶³ y que, pese a hacer referencia expresa al parentesco por consanguinidad, deberían entenderse incluidos, por analogía, los supuestos de parentesco por adopción, así como las situaciones de guarda con fines de adopción y acogimiento⁶⁴.

De otro lado, como segundo presupuesto, deben concurrir “*circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19*”. La propia norma se encarga de concretar cuándo se entiende que concurren dichas circunstancias excepcionales afirmando que podrá suceder en tres supuestos:

- Cuando la persona trabajadora deba atender a su cónyuge, pareja de hecho o familiares por consanguinidad hasta el segundo grado si, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesitan de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19. No obstante, tratándose de personas que han contraído la enfermedad, si la persona trabajadora es considerada contacto estrecho deberá efectuar un aislamiento preventivo, aun cuando no hubiera resultado contagiada, y lo que procederá es una situación de incapacidad temporal (artículo 5 RD-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública). Ahora bien, sí que podría acceder a la adaptación en los supuestos, frecuentes en la práctica, en los que un menor a cargo debe guardar un periodo de cuarentena sanitaria por haber tenido contacto estrecho con un caso positivo, aun cuando el resultado de la prueba PCR del menor arroje un resultado negativo, por cuanto esta situación no está protegida con la prestación de incapacidad temporal⁶⁵.

⁶² Como afirma BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2020 (versión electrónica), p. 3-4, así ocurriría en los supuestos en que los familiares consanguíneos no pudieran hacerse cargo de ellos por circunstancias relacionadas con el COVID-19 (contagio, fallecimiento, etc.).

⁶³ Por el contrario, entienden aplicable el límite de doce años en el caso de los hijos/as BLASCO PELLICER, Ángel, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, ALEGRE NUENO, Manuel, RAMOS MORAGUES, Francisco, y TALÉNS VISCONTI, Eduardo, *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 59.

⁶⁴ NIETO ROJAS, Patricia, “Necesidades de cuidado derivadas del COVID-19: Programa “MECUIDA”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12 bis, 2020, p. 691.

⁶⁵ La posibilidad de extender la incapacidad temporal a los progenitores de niños/as que deban permanecer en aislamiento preventivo se planteó en el mes de septiembre de 2020 por el Gobierno, coincidiendo con el inicio del curso escolar, pero finalmente no fue aprobada ninguna medida en este sentido.

- Cuando las Autoridades gubernativas hayan adoptado decisiones relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros escolares o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos. Este supuesto será habitual en el caso de que los familiares necesitados de cuidado sean menores de edad, pero también incluiría el cierre de otro tipo de establecimientos como los destinados a personas con discapacidad o personas en situación de dependencia⁶⁶.
- Cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos del cónyuge o familiar no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19. Aquí cabe entender que la persona que se encargaba de proporcionar los cuidados puede ser tanto una persona empleada de hogar como un familiar⁶⁷.

En cualquier caso, no es necesario que las circunstancias señaladas ocurran de manera simultánea, por lo que bastaría con la existencia de una de ellas⁶⁸.

Concurriendo los presupuestos señalados, la doctrina ha afirmado que nos encontraríamos ante un derecho subjetivo perfecto al cual, en consecuencia, no podría negarse la empresa, a diferencia del contemplado en el artículo 34.8 ET el cual reconoce el derecho “*a solicitar*” la adaptación⁶⁹. Se configura, además, como un derecho individual de cada progenitor o cuidador, de tal manera que sería posible que más de una persona accediera a la adaptación, para el cuidado de la misma persona, aunque debe “*ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa*”, sobre todo cuando varias personas de la misma empresa se acojan al mismo. En cualquier caso, el derecho deberá tener como presupuesto la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de obligaciones de cuidado para evitar la perpetuación de roles, lo cual podría interpretarse en el sentido de que habría de acreditarse que la adaptación solicitada toma en consideración las labores de atención que desarrolla el otro progenitor o cuidador⁷⁰.

⁶⁶ GALA DURÁN, Carolina, “Las medidas adoptadas...”, op. cit. p. 10.

⁶⁷ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptaciones y/o reducciones especiales...”, op. cit. p. 5.

⁶⁸ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptaciones y/o reducciones especiales...”, op. cit. p. 5.

⁶⁹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptaciones y/o reducciones especiales...”, op. cit. p. 5; GALA DURÁN, Carolina, “Las medidas adoptadas...”, op. cit. p. 12; NIETO ROJAS, Patricia, “Necesidades de cuidado...”, op. cit. p. 693.

⁷⁰ BLASCO PELLICER, Ángel, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, ALEGRE NUENO, Manuel, RAMOS MORAGUES, Francisco, y TALÉNS VISCONTI, Eduardo, *Análisis normativo...*, op. cit. p. 57. Si bien, como señala NIETO ROJAS, Patricia, “Necesidades de cuidado...”, op. cit. p. 691, ello podría colisionar contra el derecho a no revelar datos íntimos pertenecientes a la esfera personal de los trabajadores. Vid. *supra* apartado 3.2.

De conformidad con el artículo 6.2 del RD-Ley 8/2020, la concreción inicial del derecho a la adaptación corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, y deberá estar justificada, ser razonable y proporcionada. Para su valoración deberán tenerse en cuenta las necesidades de cuidado que deban dispensarse, las cuales habrán de ser acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa. Ello implica que, aunque la empresa no podrá oponerse a la adaptación, sí podrá entrar a discutir los términos de ejercicio del derecho, pudiendo formular propuestas alternativas⁷¹. Las partes deberán hacer todo lo posible por llegar a un acuerdo, sin más especificaciones sobre el proceso de negociación, si bien cabe entender que, en atención a las circunstancias, debe ser necesariamente más breve que el previsto en el artículo 34.8 ET.

Los conflictos que pudieran plantearse serán resueltos por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011.

Por lo que respecta a las posibles medidas a adoptar, el propio precepto contiene una enumeración no exhaustiva y además en términos muy amplios pues la adaptación puede referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo. De este modo, se incluyen de manera expresa los cambios “*en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia*”, si está disponible en la empresa o puede implantarse de manera razonable y proporcionada, debiendo tener en cuenta el carácter temporal y excepcional de la medida. En consecuencia, por lo que respecta al trabajo a distancia, en el supuesto de que la empresa no lo hubiera implantado, pese a ser factible, podría resultar aplicable a aquellas personas trabajadoras que acrediten las circunstancias señaladas en el artículo 6.1 del RD-Ley 8/2020.

Si la persona trabajadora se encontrara ya disfrutando de una adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación, de una reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares o de alguno de los derechos de conciliación previstos en la legislación, dispone de dos opciones: bien puede renunciar temporalmente a él o bien puede solicitar que se modifiquen los términos de su disfrute, siempre y cuando concurren las circunstancias excepcionales reseñadas anteriormente. La solicitud debe limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y ajustarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa. Aunque aquí se añade una presunción *iuris tantum* de justificación, razonabilidad y proporcionalidad de la medida que, consecuentemente, admite prueba en contrario.

⁷¹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptaciones y/o reducciones especiales...”, op. cit. p. 11.

Afirmada la posibilidad de prestar servicios a distancia con las condiciones apuntadas, queda por dilucidar cuál sería el régimen jurídico aplicable y, en concreto, si puede entenderse que el RD-Ley 28/2020 resulta también de aplicación en estos supuestos, tal y como se sostuvo respecto al trabajo a distancia por motivos de conciliación familiar en virtud del artículo 34.8 ET. No obstante, a diferencia de este último, la respuesta debe ser negativa habida cuenta que la Disp. Transitoria 3ª del RD-Ley 28/2020 excluye de su ámbito de aplicación el “trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan”, el cual seguirá rigiéndose por la normativa laboral ordinaria, con las precisiones que establece la propia disposición relativas a la obligación empresarial de dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles necesarios, así como a la llamada a la negociación colectiva para fijar las reglas de compensación de gastos, si los hubiera. En efecto, a pesar de que la norma se refiere al trabajo a distancia implantado de conformidad con el artículo 5 del RD-Ley 8/2020 y no al que pudiera derivarse de lo dispuesto en el artículo 6 de la misma norma, cabría entender por analogía que, también en este último caso, sería de aplicación la legislación ordinaria, sin perjuicio del deber empresarial de dotar de los equipos, herramientas, etc., para el desarrollo de la actividad y de la posible compensación de gastos que acordara la negociación colectiva⁷². En cualquier caso, esta remisión a la normativa laboral ordinaria no puede entenderse referida al artículo 13 ET, el cual ha quedado vacío de contenido tras su modificación por el RD-Ley 28/2020, limitándose a remitirse a la regulación contenida en esta última norma, sino a las condiciones de trabajo vigentes cuando la prestación de servicios se desarrollaba en régimen presencial, salvo el lugar de trabajo, y con las precisiones apuntadas⁷³.

4. Los derechos de conciliación de las personas trabajadoras a distancia

Como vimos anteriormente, el trabajo a distancia puede constituir una herramienta idónea para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, trabajo a distancia y conciliación no son necesariamente sinónimos, por lo que resulta innegable que las personas trabajadoras a distancia deben tener reconocidos los mismos derechos de conciliación que si prestaran servicios en un centro de trabajo de la empresa.

Así lo reconoce el artículo 4.1 del RD-Ley 28/2020 que parte del principio de igualdad de derechos entre personas trabajadoras a distancia y aquéllas que presten servicios de manera presencial, principio que se concreta en el apartado 5 del mismo precepto, en

⁷² LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, y ALEGRE NUENO, Manuel, “Trabajo a distancia y crisis del Covid-19” en LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (Dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 379.

⁷³ LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, y ALEGRE NUENO, Manuel, “Trabajo a distancia...”, op. cit. p. 376.

materia de conciliación y corresponsabilidad, con la finalidad de que el trabajo no interfiera con su vida personal y familiar. Ello implica que las personas trabajadoras a distancia podrán disfrutar de cualesquiera derechos de conciliación reconocidos en nuestra legislación, sin ninguna especialidad. Con todo, se menciona expresamente el artículo 34.8 ET, precisión que resulta innecesaria pues no cabe albergar ninguna duda sobre su aplicación en este ámbito. Por consiguiente, tendrán derecho a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo o en la forma de prestación para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Únicamente cabe puntualizar que, lógicamente, no sería posible solicitar trabajar a distancia, pero sí modificaciones en las condiciones inicialmente pactadas como, por ejemplo, prestar servicios fuera de los locales de la empresa de manera exclusiva o un mayor porcentaje de la jornada⁷⁴.

Igualmente, otras referencias vinculadas a la conciliación y la corresponsabilidad pueden encontrarse en el artículo 8.3 del RD-Ley 28/2020, relativo a los mecanismos, criterios y preferencias que pueden establecer los convenios o acuerdos colectivos para que una persona que presta servicios de manera presencial pueda pasar a trabajo a distancia o viceversa. A este respecto cabe destacar dos cuestiones. De un lado, en cuanto a las preferencias se menciona la concurrencia de circunstancias personales o familiares, lo cual significa que la negociación colectiva podría conceder preferencia para acceder al trabajo a distancia a las personas con responsabilidades familiares y fijar un orden de prelación teniendo en cuenta éstas y otras circunstancias. De otro lado, se señala que, al diseñar 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”*⁷⁵, a fin de garantizar que el trabajo a distancia vinculado a la conciliación no acabe siendo una opción escogida mayoritariamente por mujeres. En este sentido, los convenios o acuerdos colectivos y, específicamente, los planes de igualdad están llamados a desempeñar un importante papel en el fomento de la corresponsabilidad.

5. Conclusiones

El auge del trabajo a distancia, particularmente del teletrabajo, durante la pandemia provocada por la COVID-19 ha motivado la aprobación de una nueva norma, el RD-Ley

⁷⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación...*, op. cit. p. 39.

⁷⁵ Esta referencia a la inclusión del trabajo a distancia en el diagnóstico de situación del plan de igualdad también aparece en el art. 7.2 del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

28/2020, con la finalidad de dotar a esta forma de prestación de servicios de un régimen jurídico unitario, más adecuado que el escueto artículo 13 ET. Ello nos ha llevado a plantear su virtualidad como mecanismo favorecedor de la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras e, igualmente, a abordar los derechos de conciliación de las personas trabajadoras a distancia.

Como se ha señalado, en la actualidad, las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar la realización de su trabajo a distancia por la vía del artículo 34.8 ET, el cual, tras la modificación operada por el RD-Ley 6/2019 presenta una regulación más adecuada para atender a las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. Además, en estos supuestos, salvo en lo que respecta a la voluntariedad del trabajo a distancia del lado empresarial, debe entenderse aplicable el RD-Ley 28/2020, con las repercusiones que ello tiene en lo que se refiere a la dotación de equipos y herramientas o la compensación de gastos derivados de la actividad laboral que corresponderá a la empresa.

Asimismo, en el contexto de la pandemia en la que todavía nos encontramos, las personas trabajadoras tienen derecho a adaptaciones en la forma de prestación del trabajo, incluyendo el trabajo a distancia, concurriendo una serie de circunstancias vinculadas con la atención a responsabilidades familiares. No obstante, a diferencia del supuesto anterior, cabe interpretar que el RD-Ley 28/2020 no resultaría de aplicación en estos casos, los cuales se regirían por la normativa laboral común.

Ahora bien, aunque resulta innegable que el trabajo a distancia puede constituir un mecanismo muy relevante para posibilitar la conciliación de la vida familiar y la profesional, también se han señalado algunas desventajas de esta forma de trabajo desde la perspectiva conciliatoria. Junto a ello, si la expansión del trabajo a distancia se acaba consolidando, se corre el riesgo de que, como sucede con los derechos de conciliación en general, sean las mujeres quienes mayoritariamente se acojan al mismo, contribuyendo así a la perpetuación de los estereotipos de género que atribuyen el rol principal de cuidadora a la mujer.

Por esta razón, resulta fundamental que el trabajo a distancia se implante de manera adecuada en las empresas y, en esta labor, la negociación colectiva debería adquirir un protagonismo esencial. A tales efectos, los aspectos que, a mi juicio, contribuirían a paliar en mayor medida los inconvenientes apuntados serían la flexibilidad horaria, de tal forma que la persona trabajadora pudiera organizar, dentro de unos límites, el tiempo de prestación de servicios, así como la efectividad del derecho a la desconexión digital, para evitar que esa flexibilidad acabe traduciéndose en jornadas excesivamente prolongadas⁷⁶.

⁷⁶ Sobre la relevancia del derecho a la desconexión digital vid. EUROFOUND, *Regulations to address work-life balance in digital flexible working arrangements*, New forms of employment series, Publications

Asimismo, debe garantizarse que las personas trabajadoras a distancia gozan de los mismos derechos que las que prestan servicios de manera presencial, tal y como declara la normativa, con la finalidad de que el hecho de trabajar a distancia no acabe suponiendo un perjuicio en términos de retribución, promoción profesional, formación, entre otros. Y, obviamente, debe fomentarse la corresponsabilidad en la asunción de tareas domésticas y de cuidado.

Con estas premisas, el trabajo a distancia puede configurarse como una herramienta idónea para posibilitar un mejor equilibrio entre vida familiar y laboral, con la ventaja añadida de que no implica una ausencia, siquiera parcial, de la actividad profesional y, por ende, no comporta una merma retributiva, como ocurre con las reducciones de jornada o las excedencias. Con todo, el trabajo a distancia, aunque puede facilitarla, no es sinónimo de conciliación, de tal modo que las personas trabajadoras a distancia siguen siendo titulares de los derechos que reconoce nuestra legislación para la compatibilización de ambas facetas de la vida.

6. Bibliografía

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “El derecho de adaptación de jornada ex. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Jurisdicción social, Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 199, 2019.

BALLESTER PASTOR, M^a Amparo, “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 11, 2019.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2019 (versión electrónica).

BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: Plan MECUIDA”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2020 (versión electrónica).

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “El derecho a la desconexión digital (Ponencia)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 20 de noviembre de 2019, disponible

Office of the European Union, Luxembourg, 2020, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19046en.pdf [Acceso: 26-2-2021], p. 35-36.

en <https://ignasibeltran.com/2019/11/20/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ponencia/> [Acceso: 15-3-2021].

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “RD Ley 28/2020: comentario de urgencia al trabajo a distancia”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 23 de septiembre de 2020, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/09/23/rdley-28-2020-comentario-de-urgencia-al-trabajo-a-distancia/#282> [Acceso: 15-3-2021].

BENLLOCH, Cristina, AGUADO, Empar, “Teletrabajo y conciliación: el estrés se ceba con las mujeres”, *The Conversation*, 29 de abril de 2020, disponible en <https://theconversation.com/teletrabajo-y-conciliacion-el-estres-se-ceba-con-las-mujeres-137023> [Acceso: 17-2-2021].

BLASCO PELLICER, Ángel, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, ALEGRE NUENO, Manuel, RAMOS MORAGUES, Francisco, y TALÉNS VISCONTI, Eduardo, *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 10, 2018.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2020.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, nº 3, 2020.

EUROFOUND, *Living, working and COVID-19*, COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20059en.pdf [Acceso: 26-2-2021].

EUROFOUND, *Regulations to address work–life balance in digital flexible working arrangements*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19046en.pdf [Acceso: 26-2-2021].

FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 445, 2020.

FERNÁNDEZ PROL, Francisca, “Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020.

GALA DURÁN, Carolina, “Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del Coronavirus COVID-19”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, nº 5, 2020 (versión electrónica).

GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, “La nueva regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso”, *Trabajo y Derecho*, nº 72, 2020 (versión electrónica).

GARCÍA RUBIO, M^a Amparo, “El trabajo a distancia en el RDL 28/2020: concepto y fuentes reguladoras” en LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (Dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada *ex* artículo 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes y ALEGRE NUENO, Manuel, “Trabajo a distancia y crisis del Covid-19” en LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (Dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019”, *Estudios financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 437-438, 2019.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “El trabajo a distancia como medida preferente a aplicar en las empresas frente a la crisis del COVID-19”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12 bis, 2020.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, “Voluntariedad del trabajo a distancia: el acuerdo de trabajo a distancia” en LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (Dir.), *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “Capítulo I. Configuración general del trabajo a distancia en el Derecho español” en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Madrid, Wolters Kluwer, 2017.

NIETO ROJAS, Patricia, “Necesidades de cuidado derivadas del COVID-19: Programa “MECUIDA”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12 bis, 2020.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020.

QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, “Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 133, 2017.

ROMERO BURILLO, Ana M^a, “Trabajo, género y nuevas tecnologías: algunas consideraciones”, *IUSLabor*, nº 1, 2019.

SALA FRANCO, Tomás, “El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre trabajo a distancia” en SALA FRANCO, Tomás (Coord.), *El teletrabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, “Valoración crítica y propuesta de mejora de la regulación del trabajo a distancia en la normativa estatal y autonómica”, *Trabajo y Derecho*, nº 29, 2017 (versión electrónica).

TATAY PUCHADES, Carmen, “Teletrabajo, conciliación y género” en MONREAL BRINGSVAERD, Erik, THIBAUT ARANDA, Javier, y JURADO SEGOVIA, Ángel (Coord.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

THIBAUT ARANDA, Xavier, “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”, *Trabajo y Derecho*, nº 12, 2020 (versión electrónica).