

Claves jurídicas para una reconstrucción posible de nuestro mercado laboral

Por María Jesús Herrera Duque. Doctora en Derecho. Socia Sagardoy Abogados.

Seguimos en situación de crisis sanitaria, con una vuelta a la normalidad que no ha sido posible, ni siquiera desde la definición de “nueva normalidad” en la que nos ha introducido esta excepcional situación de pandemia mundial, que viene a ser como “el rayo que no cesa”, azotando de manera permanente la sociedad y nuestras vidas en todas las esferas, personal, laboral, económica, sanitaria, etc. Así, los continuos rebrotes y las terribles consecuencias de este virus letal nos están haciendo individuos diferentes, temerosos y aislados y, en definitiva, el COVID ha dado un vuelco total a nuestro Estado de bienestar, al mundo de las relaciones laborales y a la economía de nuestro país que en el momento actual vive una nueva declaración de estado de alarma efectuada por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y prorrogada mediante Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados hasta el 9 de marzo de 2021, fecha de evaluación de la continuidad del estado de alarma a la vista de la situación epidemiológica en ese momento.

Mientras dura la lucha contra el virus, y en espera de que llegue la anunciada y anhelada vacuna, nuestra sociedad está cambiando y el mercado laboral también, tratando de hacer frente a la tremenda caída en picado de todos los sectores de actividad y servicios y buscando compaginar la subsistencia del tejido empresarial con la necesaria adopción de medidas que protejan la salud de todos los ciudadanos y la salud de todas las personas trabajadoras en el desarrollo de su trabajo.

Este panorama hace necesario reflexionar sobre el momento actual y hablar de las posibles herramientas y medidas que nos permitan salvaguardar y recuperar nuestra economía y nuestro modelo productivo, en un intento de afrontar adecuadamente este presente oscuro y este futuro incierto buscando el impulso al crecimiento, la creación de empleo y la generación de recursos.

Y antes de abordar fórmulas y posibles respuestas, y detenernos más concretamente en el trabajo a distancia como una de ellas, creo necesario indicar que uno de los principales puntos de inflexión de esta situación tan crítica, en mi opinión, es la tasa de desempleo. El alto nivel de paro que padecemos y la falta de actividad, consecuencia del COVID, está incrementando más aún una tasa de desempleo que ya era elevada, primero de forma temporal por los ERTE y, previsiblemente después, como situación definitiva cuando empiecen a producirse los expedientes extintivos, los ERE, ya que el panorama a corto/medio plazo no parece halagüeño y la maquinaria de las extinciones colectivas ante situación de extrema necesidad para la supervivencia de las empresas está empezado a desempolvarse. Este va a ser el previsible escenario, unido a la imposibilidad de prestación de servicios por los rebrotes y a la nueva situación de estado alarma, aplicado esta vez a través de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, que de momento están impidiendo que la actividad productiva se desarrolle, en una situación sostenida y decreciente en el tiempo, en un corto/medio plazo, mientras no haya vacuna efectiva y mientras no logremos recuperar una normalidad distinta de la que ahora venimos denominando nueva, que no deja de ser anómala y disfuncional en todas las esferas de nuestra sociedad.

Y en este sentido, los ejes principales del debate sobre la reconstrucción que se ha venido produciendo en los diferentes ámbitos en los que se ha abordado, y concretamente en el seno de la propia Comisión de reconstrucción económica y social, como consecuencia de la crisis del COVID-19, constituida por el Congreso, se han centrado en cuatro cuestiones: 1) El refuerzo de la sanidad pública; 2) La reactivación de la economía y

la modernización del modelo productivo; 3) El fortalecimiento de los sistemas de protección social, de los cuidados y la mejora del sistema fiscal y 4) La posición de España ante la Unión Europea.

Y es en el segundo de esos ejes, el de reactivación de la economía y modernización de nuestro modelo productivo donde habitan las cuestiones que tienen que ver con el impulso del mercado laboral y la potenciación y el manejo de las herramientas que lo hagan posible. Sobre el mismo y según las diferentes opiniones que comparto (**Comparecencia de D. Iñigo Sagardoy, Presidente de Sagardoy Abogados, en la referida Comisión del Congreso*) se han propuesto, para su recuperación, entre otras, las siguientes medidas: (i) establecer medidas para la creación de nuevos puestos de trabajo que fomenten la contratación y reafirmen el empleo estable, buscando fórmulas que aligeren y simplifiquen el panorama de contratación y su tipología; (ii) facilitar el empleo y su mantenimiento a través de medidas de flexibilidad en los acuerdos colectivos y la normativa laboral estatal, la protección social para desempleados y el establecimiento de políticas de formación y reinserción laboral eficientes; (iii) utilizar herramientas de flexibilidad interna laboral (ERTE frente a la extinción de contratos) y protección social de los trabajadores (relajamiento de las condiciones para acceder al desempleo, prevención de riesgos laborales), que sirvieron en la crisis de 2008 y parece que están al menos dando cobertura en esta tremenda crisis sanitaria que estamos padeciendo, tratando de evitar que las suspensiones de empleo o las medidas adoptadas conduzcan a extinciones masivas de contratos o a quiebras empresariales; (iv) dar mayor protagonismo a la negociación colectiva en el establecimiento de medidas excepcionales de mantenimiento y creación de empleo; (v) seguir acudiendo a los ERTE especiales y prorrogar los mismos mientras dure la pandemia; (vi) intentar simplificar los trámites de los ERTE ordinarios por causas objetivas (ERTE por causas económicas, productivas, técnicas u organizativas) y liberar la exigencia de acuerdo colectivo e empresas de menor tamaño; (vii) permitir de una manera más fácil los sistemas de distribución irregular de la jornada y de reducción del tiempo de trabajo como alternativa al despido o a la extinción de contratos, vía negociación colectiva; (viii) adoptar medidas en el ámbito de la salud y seguridad de los trabajadores y una regulación flexible del teletrabajo, con mayores facilidades y con apoyo decidido por parte de las autoridades gubernativas. Estas son algunas de las medidas planteadas en la comisión de reconstrucción.

De entre las posibilidades jurídicas planteadas para dar solución al escenario postcovid, es la recogida en el punto octavo (viii), regulación del trabajo a distancia con flexibilidad y como herramienta de contención de los riesgos sanitarios, sobre la que va a girar esta reflexión, desde la perspectiva de si su regulación normativa, recientemente aprobada por el Gobierno, sirve o puede servir a esas finalidades; si puede, en definitiva, ser una herramienta que sirva al impulso del mercado laboral y cumpla también con la finalidad de prevenir la salud en tiempos de epidemia.

Trabajo a distancia

Debo indicar, en primer lugar, que el repentino impulso y la actual promoción legal del trabajo a distancia ciertamente ha tenido su origen en la grave situación de crisis sanitaria y pandemia padecidas a nivel mundial, especialmente virulenta en nuestro país, desde la inicial declaración del estado de alarma establecido al comienzo durante más de tres meses (del 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020) y en la urgente necesidad de prevenir los contagios por el virus de la COVID-19 (aunque finalmente esta situación de trabajo a distancia haya quedado exceptuada del ámbito de aplicación de esta nueva normativa) con la imposición de una batería de medidas de contención para frenar la epidemia, que determinaron que esta modalidad de prestación de servicios cobrase un protagonismo absolutamente relevante y se consolidase como una forma de prestación de servicios “normalizada”, útil y productiva. Así, tras estos meses de experiencia y uso prioritario, se clamó una regulación específica más desarrollada y concreta que la que se contenía en nuestro Estatuto de los Trabajadores y su artículo 13 anterior, por lo que se promovió el Real Decreto-ley 28/20, de 22 de septiembre, regulador del trabajo a distancia que entró en vigor el pasado 13 de octubre de 2020.

Por tanto, no cabe duda de que la crisis sanitaria mostró el trabajo a distancia como mecanismo eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio durante la misma, que no solo reforzó la tendencia a la normalización de esta modalidad, sino su utilización que a lo largo de este tiempo se ha llegado a establecer como preferente. Con ello, el objetivo, anunciado en el Preámbulo de la nueva norma, descrito al detalle en el mismo, es más bien el de “proporcionar una regulación suficiente que dé respuesta a diversas necesidades y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento”. Es decir, dotar a la modalidad de trabajo de una serie de contenidos, en derechos y desarrollo que estructuren su uso generalizado y no como herramienta de contención de la epidemia y prevención de la salud y seguridad de los trabajadores, aunque es claro, a estas alturas, que ha servido y sigue sirviendo a esta finalidad.

Desde esta perspectiva, en segundo término, el trabajo a distancia puede mantenerse en la actualidad, incluso impuesto por decisión de la empresa excepcionalmente al menos mientras sigan vigentes las medidas de contención o limitación vinculadas a la pandemia que, como hemos dicho al comienzo de este artículo, llegan hasta el 9 de marzo de 2021. Pero con independencia de ello, el trabajo a distancia se ha revelado como una herramienta productiva y útil a futuro, que tiene ya una regulación general muy concreta y detallada, desvinculada de la situación de crisis sanitaria, que ha dejado fuera de su ámbito de aplicación el propio trabajo a distancia prestado por consecuencia del COVID y la crisis sanitaria. Por tanto, sí podemos afirmar que sirve como herramienta para la recuperación económica en este contexto de crisis en el que nos encontramos, en la medida en que permite en muchos sectores de actividad, no a todos, la continuidad de la producción y la minimización del riesgo de contagio desde la perspectiva de la prestación de los servicios en un régimen en el que no hay contacto social y, por tanto, hay un menor riesgo para los trabajadores a distancia.

Sin embargo, el trabajo a distancia combina ventajas e inconvenientes respecto al trabajo presencial que debemos poner de manifiesto, tales como: (i) que erosiona la solidaridad entre los trabajadores respecto de sus intereses comunes, por el aislamiento en la realización de la labor (“autismo social”); (ii) que distorsiona el marco habitual de realización del trabajo por cuenta ajena, con la secuela de pérdida de los niveles de protección laboral y social; (iii) que posibilita una organización más flexible de la producción de ciertos bienes y servicios; (iv) que reduce sensiblemente los gastos de los empleadores y de los trabajadores, en buena medida; (v) que contribuye a la fijación de poblaciones en los territorios; (vi) que disminuye el efecto invernadero porque reduce los desplazamientos movidos por energías contaminantes; (vii) que normaliza la conectividad informática y puede generar inversión tecnológica, aunque puede dar lugar al incremento de los riesgos psicosociales; (viii) que influye en los alquileres de locales comerciales; (ix) que deteriora seriamente los negocios cercanos a los lugares de trabajo masivo y de oficinas, sobre todo los de restauración; y (ix) que, por un lado, favorece la conciliación de la vida personal, familiar y profesional al realizar el trabajador su actividad en su propio domicilio o en lugar próximo a éste, con amplia libertad de movimiento y de elección del horario, pero no pocas veces supone y es neutralizado este efecto por los inconvenientes de compartir el espacio dedicado al hogar con el espacio convertido en “centro de producción”.

Concluyo esta breve reflexión indicando que la nueva normativa del trabajo a distancia aporta un exceso regulatorio y una exhaustividad sin precedentes que, con un exceso de formalidad y costes, más que un impulso puede provocar la huida por parte de las empresas a la aplicación de esta modalidad de prestación de servicios. Porque no es discutible que el trabajo a distancia es una herramienta válida y útil como modo de organización del trabajo que sirve para el desarrollo de la actividad y la productividad de las organizaciones empresariales, a la vez que, en estos tiempos de crisis sanitaria, permite la contención de la epidemia y la preservación de la

salud de los trabajadores. Pero el trabajo a distancia no puede ser una modalidad única y exclusiva, sino complementaria del trabajo presencial, porque corremos el riesgo de convertir nuestro modelo productivo en un modelo autista de falta de involucración de los trabajadores, menor identificación de los mismos con la empresa y, en definitiva, quiebra y desequilibrio de la organización empresarial y su conjunto, lo que unido al encorsetamiento de la figura en un modelo de legislación en el que prima el exceso regulatorio, el incremento de los trámites formales y el encarecimiento de los costes puede hacer que el modelo resulte poco atractivo o poco útil a las finalidades para la que está previsto y que, a la postre, acabe haciéndolo inservible y aparcado en el olvido y el desuso.