

Claves del teletrabajo en la era post-COVID-19

Desde el 14 de marzo de 2020 que se declaró el estado de alarma por el COVID-19, y hasta el 21 de junio de 2020 que se levantó la alarma y nos adentramos en la llamada nueva normalidad, se ha producido una auténtica revolución respecto a la utilización del teletrabajo.

Lo evidencian las cifras estadísticas analizadas. Si antes de la pandemia —hablamos del año 2019—, solo un 4,9% de la población activa española trabajaba habitualmente en modo teletrabajo y un 3,5% solo lo hacía ocasionalmente[1], durante la pandemia prácticamente el 80% de las empresas de nuestro país ha afrontado la crisis mediante el teletrabajo (tanto industria como servicios)[2]. Por lo demás, el teletrabajo ha sido la estrategia principal del sector empresarial español para afrontar la crisis sanitaria y económica (muy por delante por ejemplo de los ERTE, de los ajustes en costes, de la reducción de inversiones y de la paralización de las contrataciones).

Se habla de que el teletrabajo ha venido para quedarse. En mi opinión, las empresas que tuvieron a partir del 14 de marzo que integrar el teletrabajo de un modo apresurado y forzoso, han descubierto cómo ha funcionado realmente, manteniendo la productividad en tiempos muy adversos para la economía y favoreciendo el bienestar de sus plantillas por las indudables ventajas para la conciliación familiar y personal que esta forma de trabajo conlleva.

Salvando obviamente las distancias, podríamos comparar la nueva moda del teletrabajo con fenómenos tales como internet. Es indudable que, **a raíz de la pandemia, estamos a las puertas de cambios** muy relevantes en el modo de organización de la actividad empresarial. En estos momentos, se cuestiona la verdadera necesidad de tener oficinas (con el impacto en el mercado inmobiliario que esto conlleva) y si se deben o no costear por el empresario gastos como el acceso a internet y la luz de los trabajadores en sus casas e incluso si se podrá tomar café en las zonas comunes de las oficinas (revolucionando el descanso clásico). El COVID-19 nos ha permitido como aspecto positivo aprender de la vulnerabilidad y aprovechar la oportunidad para emprender con la alternativa del teletrabajo.

Evolución normativa

Al hablar de la regulación de esta interesante figura, tenemos que partir de la normativa en vigor pre COVID-19 y de la regulación surgida a raíz de la emergencia sanitaria.

En general, el trabajo a distancia en España tiene una regulación muy parca y escasa.

Si lo abordamos desde el contexto pre COVID-19, y en el plano internacional, tenemos que partir del Convenio de la OIT nº 177 sobre el trabajo a domicilio de 1996 (no ratificado por España) y la Recomendación de la OIT nº 184 sobre trabajo a domicilio. Y en el nivel europeo, se parte del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo acordado por los interlocutores sociales europeos (16 julio de 2002).

En el plano nacional, identificamos la siguiente normativa:

Por un lado, el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) define el trabajo a distancia como el que se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en otro lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

Dicho artículo regula su contenido mínimo en términos muy básicos:

- 1) Debe ser voluntario. Se dice que el acuerdo por el que establezca el teletrabajo debe formalizarse por escrito (tanto si se acuerda en el contrato inicial como posteriormente).
- 2) Sacraliza el principio de igualdad de derechos y garantías. Establece que los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, excepto aquellos que son inherentes al desempeño del trabajo en el lugar de trabajo de la empresa. En particular, el trabajador a distancia tendrá derecho a recibir, como mínimo, la remuneración total establecida según su grupo profesional y sus funciones.
- 3) Derecho de formación. El empleador debe proporcionar los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo.
- 4) Seguridad y salud. Los teletrabajadores tienen derecho a una protección adecuada en materia de seguridad y salud.
- 5) Libertad sindical. Los teletrabajadores pueden ejercer derechos de representación colectiva (pueden votar en las elecciones de representantes de los trabajadores y ser votados como representantes de los trabajadores). A estos efectos, dichos trabajadores deben estar adscritos a un centro de trabajo específico de la empresa.

Por otro lado, el artículo 34.8 ET, cuando establece que "... Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa ...".

Y finalmente, el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, que en lo que aquí respecta expresamente reconoce a los trabajadores a distancia el derecho a la desconexión digital fuera de la jornada laboral.

Si abordamos en qué ha contribuido la regulación de emergencia por el COVID-19 en el teletrabajo, hay que destacar primeramente el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que estableció el carácter preferente del trabajo a distancia (artículo 5) con una finalidad doble. Por un lado, y según su Exposición de Motivos, atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública. Y por otro, garantizar la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales.

Dicho artículo 5, aparte de puntualizar que el trabajo a distancia deberá ser prioritario frente al recurso de la medida de un ERTE, establece las condiciones a las que se somete esta nueva obligación de implantar el teletrabajo: a) si es técnica y razonablemente posible; y b) si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

Parece de alguna manera evidente que, ante una solicitud por la parte trabajadora en este sentido, la negativa empresarial deberá estar más que justificada. La carga de la prueba de la imposibilidad del teletrabajo corresponderá al empresario.

La vigencia de la preferencia del teletrabajo ha sido extendida hasta en dos ocasiones. La redacción del texto original preveía una duración de las medidas de un mes desde su entrada en vigor (Disposición final décima).

Posteriormente, la disposición final 1.17 del Real Decreto- ley 11/2020, de 31 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, amplió la vigencia de todo el RDL 8/2020 hasta un mes después del fin del estado de alarma. Por último, el artículo 15 del Real Decreto-ley 15/2020, añadió dos meses adicionales a la prórroga ya establecida en el artículo. Así pues, nos encontramos con una vigencia real de tres meses desde la finalización del estado de alarma, lo cual ha ocurrido el 21 de junio.

Nada se dice en el Real Decreto-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 sobre estos artículos del RDL 8/2020, por lo que su vigencia sigue como estaba prevista. Sí se hace una referencia en el Real Decretoley al trabajo a distancia, señalando en el artículo 7 que el titular de la actividad económica o el director de los centros y entidades deberá “e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible”.

Merece detenerse en la literalidad de esta norma para darse cuenta de que está imponiendo un deber a las empresas, que consiste en comenzar con la reincorporación progresiva, concretamente el retomar la actividad si la misma se había paralizado. Y de otro lado, se impone un nuevo deber que es la potenciación del uso del teletrabajo siempre que sea posible.

En caso de desavenencia o denegación del ejercicio del derecho, el procedimiento aplicable sería el previsto en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, teniéndose en cuenta además lo previsto en el art. 7.1. d) y 7.2 del Real Decreto ley-16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que señala expresamente que estos procedimientos tendrán “carácter urgente a todos los efectos y serán preferentes respecto de todos los que se tramiten en el juzgado, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

En cuanto al futuro más inmediato de la regulación sobre el trabajo a distancia, en junio de 2020 el Ministerio de Trabajo y Economía social publicó una consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación y elaboración de las condiciones para prestar trabajo por cuenta ajena a distancia. Tras cerrar la consulta, se ha publicado el Anteproyecto de la norma, cuya finalidad es clara en la necesidad de que se aborde su regulación desde un marco jurídico de seguridad, certeza y transparencia.

Los objetivos de la norma son:

- Proporcionar una regulación que contemple principios sobre su carácter voluntaria y reversible.
- Principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución, incluida la compensación de gastos (partiendo del principio de compensación total de los gastos, directos e indirectos).
- 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 y garantía de la obligación de registro horario.
- Los aspectos preventivos (fatiga física y mental, uso de pantallas de visualización de datos y aislamiento).
- Derecho de conciliación.
- No suponga una desprotección en los derechos a la privacidad, sin perjuicio del control empresarial.

Son muchas las empresas e instituciones que están regulando la modalidad de trabajo a distancia, principalmente mediante acuerdos colectivos. Un referente en ello dentro del ámbito de las administraciones públicas es la Agencia Española de Protección de datos, que el pasado 5 de junio suscribió la “Declaración de Teletrabajo: 12 compromisos + 12 causas para la era post COVID- 19” de Women in a Legal World.

Para dar un cierre a este artículo, opino que es siempre bueno innovar en las relaciones laborales y ya toca en el siglo XXI comenzar a funcionar en un escenario normal de trabajo a distancia, moderno y adaptado a la realidad de nuestros días, que aporte plenas garantías para los trabajadores y seguridad jurídica para las empresas.

Por Ana Gómez Hernández Abogada, socia Ceca Magán. Presidenta de Asnala (Asociación Nacional de Laboralistas)

[1] Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (Encuesta de Población Activa, microdatos de la submuestra anual de 2019)

[2] Banco de España, “ESCENARIOS MACROECONÓMICOS DE REFERENCIA PARA LA ECONOMÍA ESPAÑOLA TRAS EL COVID- 19”