

EL TRABAJO A DISTANCIA COMO MEDIDA PREFERENTE
A APLICAR EN LAS EMPRESAS FRENTE A LA CRISIS DEL
COVID-19

*REMOTE WORK AS A PREFERRED MEASURE TO APPLY IN
COMPANIES IN THE COVID-19 CRISIS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 668-677



Mercedes
LÓPEZ
BALAGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: El artículo analiza la medida del trabajo a distancia regulada en la normativa especial del COVID-19 como recurso de adaptación preferente a implementar en las empresas con el objetivo de reducir los contagios.

PALABRAS CLAVE: Trabajo a distancia; COVID-19.

ABSTRACT: *The article analyzes the measure of remote work regulated in the special regulation of COVID-19 as a preferential adaptation resource to implement in companies with the aim of reducing infection.*

KEY WORDS: *Remote work; COVID-19.*

1. Una respuesta laboral efectiva a la crisis del COVID-19 puede ser sin duda el trabajo a distancia llevado a cabo en el domicilio, teniendo en cuenta la orden generalizada de confinamiento en los domicilios y el objetivo general de evitar contactos y movilidad para reducir y erradicar el contagio del virus. Desde instancias gubernamentales de todos los ámbitos territoriales se ha recomendado desde el inicio de la crisis, antes incluso de la declaración del estado de alarma, el recurso al trabajo a distancia cuando este sea una opción viable en relación con la actividad de la empresa. Y es que, desde luego, resulta una alternativa al trabajo presencial que puede ser la solución más eficiente para el mantenimiento de la prestación laboral en el domicilio de las personas trabajadoras. De hecho, el recurso al trabajo a distancia se ha considerado como la primera medida a adoptar cuando sea factible; y, de este modo, se repite en todos los RDL aprobados para implementar medidas laborales frente al COVID-19. Es decir, se ha decretado que el trabajo a distancia deberá ser la medida prioritaria a adoptar en todas las empresas, tanto en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, en relación con la cesación temporal o reducción de la actividad, como en el RDL 10/2020, de 29 de marzo, en relación con la aplicación del permiso retribuido recuperable.

2. Por una parte, en el RDL 8/2020, el art. 5 viene a señalar que se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad. Por otra parte, en el RDL 10/2020, el art. 1.2.e) viene a señalar, respecto de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, que quedan excluidas del permiso retribuido recuperable las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.

3. Con ello, se viene a configurar la medida del trabajo a distancia como respuesta a la crisis del COVID-19, teniendo en cuenta que:

• Mercedes López Balaguer

Profa. TU Derecho del Trabajo y SS, Universitat de València. Correo electrónico: Mercedes.lopez@uv.es

a) No se trata de una medida obligatoria en todo caso sino para las empresas que puedan adaptar la prestación laboral en términos de proporcionalidad, esto es, sin que su implementación pueda suponer la exigencia, por ejemplo, de una inversión económica extraordinaria.

b) Si el trabajo a distancia es una opción posible, razonable y proporcionada debe considerarse como una obligación para empresas y trabajadores, esto es, no podrá procederse a la tramitación de un ERTE de suspensión o, en su caso, de reducción en las empresas en las que el trabajo a distancia sea una opción posible respecto de los trabajadores que puedan desempeñarlo.

En este sentido, aquellas personas trabajadoras que puedan seguir teletrabajando o trabajando a distancia deberán hacerlo en su domicilio. De este modo, es importante matizar que, por un lado, el art. 1.2.e) RDL 10/2020 excluye del permiso retribuido a las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con “normalidad” mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios; y, por otro, el art. 5 RDL 8/2020, viene a señalar que las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en esta norma tienen como “objetivo prioritario” garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se “reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria”, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas “si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”. A partir de lo dispuesto en ambos preceptos es posible interpretar que la “normalidad” que se requiere para excluir a las personas trabajadoras a distancia de los ERTE o del permiso retribuido recuperable puede consistir:

- En la continuación de la actividad porque esta puede mantenerse sin grandes cambios en relación con la que se desempeñaba. En este sentido hay que entender que si la continuación de la actividad de la empresa, no es posible a distancia en la práctica (aunque lo sea teóricamente) porque el cierre de todas las actividades no esenciales impide que la misma pueda mantenerse –inexistencia de clientes, imposibilidad de comunicación con otras empresas cerradas, etc.-, no concurrirá el requisito de normalidad al que se refiere el Real Decreto-Ley.

- En la continuación de la actividad como herramienta para la “reanudación” de la misma tras la crisis.

En todo caso, siempre será condición exigible que la adopción de la medida de implantar el teletrabajo o el trabajo a distancia implique un esfuerzo que sea proporcionado económica y funcionalmente para la empresa. Si es así, el teletrabajo o el trabajo a distancia es la opción a seguir tanto frente al ERTE como frente al permiso retribuido recuperable. De lo contrario, la empresa, justificando

la imposibilidad del mismo por las razones señaladas, podrá aplicar una u otra medida en los términos que prevén los RDL.

4. Para analizar brevemente el régimen jurídico del trabajo a distancia, apuntando las particularidades que se pueden presentar en la situación de crisis provocada por el COVID-19, lo primero que hemos de puntualizar es que no solo el teletrabajo *stricto sensu* puede ser una opción a habilitar en las empresas, sino que también puede serlo el trabajo a distancia ordinario –antiguo trabajo a domicilio (y es importante recordarlo porque la recomendación actual es la permanencia de la ciudadanía en su domicilio)-. La diferencia entre ambas formas de prestación de servicios radica en el elemento tecnológico que resulta esencial en el teletrabajo (herramienta informática y tecnología de comunicación e información) y, sin embargo, no es necesario en el trabajo a distancia que podríamos denominar ordinario. De este modo, debe valorarse también que las empresas en las que algunas tareas o funciones no requieran de elementos de producción y transporte complejos –o, en su caso, al menos en aquellas fases de la producción en las que sea posible-, puedan facilitar a sus trabajadores la continuidad del trabajo en sus domicilios mediante el traslado a los mismos de las herramientas y materiales necesarios –talleres de costura, montaje manual de piezas medianas o pequeñas, tareas de pintura o decoración de piezas medianas o pequeñas, etc.-. En todo caso, lo cierto es que ni el teletrabajo ni el trabajo a distancia son formas de prestación de servicios asentadas en España, por lo que su implantación como fórmula de adaptación a la situación del estado de crisis, deberá partir del régimen jurídico con el que contamos y que no es otro que el previsto en el art. 13 ET, que configura hoy el trabajo a distancia como un «nuevo» contrato a domicilio que en muchas ocasiones viene vinculado a las nuevas tecnologías frente al «viejo» contrato a domicilio (STS de 11-4-2005, Rec. 143/2004).

5. Se considera en nuestra norma estatutaria que es trabajo a distancia aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. Respecto de este elemento locativo es evidente que, actualmente, la implantación del trabajo a distancia como solución a la crisis pasa por delimitar únicamente el domicilio del trabajador como lugar de trabajo. De este modo, nos podemos encontrar con dos escenarios posibles:

a) Empresas que ya tuvieran implementado el teletrabajo en el domicilio en determinados períodos de tiempo –algunos días de la semana, períodos de verano, etc.-.

b) Empresas en las que no estuviera implementado el teletrabajo en el domicilio.

Para las primeras, no debe haber problema alguno en la adopción de la decisión de que, durante el tiempo en que se mantenga el estado de alarma, sea el teletrabajo la fórmula ordinaria de prestación del servicio. Los trabajadores deberán contar con los equipos informáticos, la tecnología de la información y la provisión del servicio de internet que la empresa deberá poner a su disposición ahora a tiempo completo.

Para las segundas, dada la celeridad e inmediatez con la que se quiere implementar esta medida para evitar los contactos sociales y el contagio del virus, sí que resultará necesario entender que, de manera excepcional, para el desarrollo del teletrabajo el trabajador podrá aportar sus propios medios de teletrabajo, esto es, su equipo informático y su proveedor de servicios de internet. Sin perjuicio de que la empresa se haga cargo de los gastos que genere al trabajador el teletrabajo en la parte proporcional correspondiente al tiempo de la prestación laboral. Esta es una interpretación que se ajusta precisamente a lo previsto en el art. 5.2 RDL 8/2020 cuando se refiere a la implementación del teletrabajo con la adopción de las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

6. Por otra parte, actualmente, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2018-2020 prorroga el Acuerdo vigente hasta 2017 y mantiene la previsión referida al teletrabajo en idénticos términos:

-El carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa.

-La igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa.

-La conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.

El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Este elemento referido al necesario acuerdo de voluntades, no deberá entenderse aplicable respecto de las decisiones de teletrabajo que la empresa adopte a la luz de las normas específicas del COVID-19, puesto que deriva de las obligaciones que el Gobierno está imponiendo para adaptar la prestación laboral a la realidad de la crisis sanitaria que nos afecta. Por ello, en la excepcional situación en que nos encontramos, si la empresa decide la transformación del modo de prestación del servicio presencial al servicio a distancia, los trabajadores deberán asumir esta modificación que, por supuesto, tendrá carácter extraordinario y limitado en el tiempo.

Precisamente en relación con la aplicación temporal del trabajo a distancia como forma de prestación preferente frente a la crisis del COVID-19, es importante señalar que el art. 15 RDL 15/2020, de 21 de abril, proroga la vigencia del art. 5 RDL 8/2020 “durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la disposición final I.17 RDL 11/2020, de 31 de marzo. En atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto”. De este modo, con bastante falta de claridad, el legislador ha considerado que la aplicación temporal del trabajo a distancia regulado como medida excepcional por el RDL 8/2020, esto es, como medida obligatoria y prioritaria, será de tres meses a contar desde la finalización del estado del alarma. Este es el plazo que resulta de aplicar la ampliación de dos meses prevista en el RDL 15/2020 a la de un mes prevista en la disposición final I.17 RDL 11/2020.

7. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. Así pues, la modificación en el modo de llevar a cabo la prestación no podrá implicar cambios ni en materia retributiva, ni en relación con el tiempo de trabajo, ni tampoco en relación con la productividad media exigida. Estas condiciones laborales se mantendrán inalteradas para los trabajadores que, a causa de la crisis del COVID-19, pasen o a trabajar a distancia. Únicamente deberá considerarse que el cambio en el modo de trabajo afectará a los conceptos retributivos que queden vinculados a la presencia, por ejemplo, pluses de transporte, dietas, etc. Desde mi punto de vista, en todo caso, dada la aplicación temporal amplia de esta medida de preferencia del trabajo a distancia que hemos analizado antes, hay que

puntualizar que si el fin del estado de alarma implica la vuelta a la actividad de la empresa en la que la persona trabajadora prestaba servicios presenciales, deberá considerarse que resulta necesaria la implicación de aquella en la prestación de servicios a distancia en todo lo referente a medios, herramientas, provisión de servicios de internet, cumplimiento de las medidas de PRL en el domicilio, etc. En este sentido, aunque la persona trabajadora seguirá viniendo obligada, de acuerdo con el art. 15 RDL 15/2020, a trabajar a distancia, lo que entiendo que no resultará posible es sostener la “excepcionalidad” de la situación para justificar que este se siga desempeñando a través de medios y servicios que son propiedad del trabajador y sin que se cumplan todas las necesarias medidas de prevención de riesgos.

8. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido la LPRL. Lo cierto es que la previsión no tiene en modo alguno alcance práctico adaptado a las peculiaridades del trabajo a distancia, como son, los problemas relacionados con la invasión de la intimidad y del domicilio del trabajador que se plantean en los casos de trabajo a distancia y la necesidad de medidas de adaptación a las características de una prestación de servicios que no se desempeña en el centro de trabajo de la empresa y, por tanto, no cuenta con los medios de prevención que en el mismo se utilizan y que, por otro lado, puede requerir de medidas de protección específica en función de los requerimientos que en cada caso se presenten. En relación con la prevención de riesgos laborales, específicamente el art. 5.2 RDL 8/2020 viene a señalar que con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el art. 16 LPRL, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

En esta materia es importante destacar que la medida de cambio del modo de prestación que nos ocupa es precisamente, entre otras cosas, una medida de prevención del contagio en el centro de trabajo. Por ello, en relación con el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales, se ha de indicar, respecto de la adopción extraordinaria del cambio al trabajo a distancia, que si el trabajador presencialmente cuenta en la empresa con algún medio individual de prevención que pueda ser enviado con facilidad al domicilio –sillas ergonómicas, flexos, teclados o pantallas especiales, etc.- deberá facilitarse su traslado para cumplir con la obligación de prevención que la empresa mantiene para con los trabajadores a distancia.

9. En materia de derechos colectivos, los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva al igual que el resto de trabajadores. De hecho, los trabajadores a distancia deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa. Es importante en este punto relativo a los derechos colectivos destacar que, aunque nos encontremos en una situación absolutamente excepcional, la información de la empresa a los representantes de los trabajadores en este momento resulta esencial. Así pues, conforme a lo que prevé el art. 64.2.c) ET debe considerarse que las empresas que, atendiendo a la recomendación de las autoridades gubernativas, hayan decidido implantar el trabajo a distancia para todos o para parte de sus trabajadores, deberán informar a los representantes de la adopción de la medida concretando qué trabajadores se verán afectados por la misma.

10. Finalmente, conviene apuntar que, dada la generalizada situación de confinamiento de todos los miembros de la familia, el trabajo desempeñado en el domicilio de las personas trabajadoras va a requerir seguramente en muchos casos del uso por parte de las mismas de las adaptaciones de tiempo de trabajo necesarias para la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, estos podrán acogerse en su caso a las medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo por conciliación previstas en el art. 6 RDL 8/2020, esto es, a la adaptación de jornada o a la reducción de jornada en los términos especiales regulados en esta norma, solicitando esa adaptación o reducción plenamente justificada por la necesidad mucho más intensa de atención a menores y mayores.

