

Efectos laborales del coronavirus (II)

Antes inviable, ahora imprescindible: el teletrabajo como medida de «distanciamiento físico»

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

En las actividades en que ha sido posible su establecimiento, el teletrabajo se ha convertido en el aliado empresarial, laboral y sanitario para evitar la propagación del contagio vírico. Sin embargo, algunas empresas han improvisado esta transformación del trabajo presencial en trabajo a distancia y otras, con protocolos de teletrabajo existentes en su organización, han ensayado ahora su implantación generalizada.

1. El teletrabajo y el trabajo a distancia

- 1.1. La necesidad de no propagar el contagio ha llevado a las autoridades sanitarias, primero, a recomendar y al Gobierno de España, ahora, ante la declaración de un estado de alarma, a imponer el teletrabajo siempre y en la medida en que sea posible. Se trata de una forma de trabajar que no es nueva, pero que sí parece novedosa pese a la rápida y generalizada adaptación que la empresa española ha demostrado —salvo en las actividades necesariamente presenciales— y porque, de repente, existe una plantilla de «teletrabajadores» que, posiblemente, no hayan sido formados ni informados para ello antes de que esta situación de emergencia sobreviniera.

Desde que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores en 1980, existe el *trabajo a domicilio* que, con la reforma del 2012, pasó a denominarse *trabajo a distancia* y que aparece definido en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (LET) como aquel que se realiza «preponderantemente en el domicilio u otro lugar distinto elegido por el trabajador

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

de forma alternativa al trabajo presencial en el centro de trabajo». Cuando se aprobó esta redefinición —más moderna— de aquel clásico trabajo a domicilio, el legislador apeló a la necesidad de flexibilizar la organización productiva, a la capacidad para incrementar oportunidades de empleabilidad y a la conveniencia de optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar. Y, si bien es cierto que el teletrabajo puede ser desde el domicilio o desde otro tipo de oficina móvil o itinerante, ante una falta de regulación específica, esta norma sobre el trabajo a distancia es su principal referencia laboral.

Las definiciones, sin embargo, no coinciden. El teletrabajo fue considerado de forma más precisa en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado en el 2002 por los agentes sociales, donde se definía como aquella «forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular». Del mismo modo, la Organización Internacional del Trabajo, en su informe «Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral», del 2017, señala que el teletrabajo constituye una forma de trabajo efectuada en un lugar alejado de la oficina central o del centro de producción que implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación. A tal efecto, distingue entre las personas que trabajan regularmente desde su casa con las tecnologías de la información y la comunicación; los trabajadores ocasionales, con una movilidad y frecuencia de trabajo fuera de las instalaciones de la empresa de nivel medio o bajo y, en fin, los trabajadores con alta frecuencia de trabajo desde distintas ubicaciones, incluso desde casa. Por último, la Real Academia Española define el teletrabajo como el «trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las cargas laborales asignadas».

- 1.2. Con todo, el legislador laboral español no pensaba, lógicamente, cuando modernizó la dicción del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, en una situación de crisis como la actual para regular esta modalidad de trabajo. Bien al contrario, se trataba de incentivar, básicamente por motivos de conciliación personal y laboral, el teletrabajo —quizá más parcial que total— en las empresas españolas. Antes del coronavirus, aproximadamente un 5 % de la plantilla española utilizaba este mecanismo de prestación de servicios —en el 2019 se incrementó hasta aproximadamente un 10 %—, frente al casi 30 % de otros países europeos. Las situaciones son bien dispares, pues habría que distinguir el teletrabajo habitual del ocasional, el que responde a una prestación autónoma y el que se rige por una prestación por cuenta ajena, el que se desarrolla en una gran empresa respecto del que se gestiona en una pequeña o mediana empresa y, en fin, el implantado desde hace tiempo en el sector público de aquel más minoritariamente empleado —hasta ahora— en el ámbito privado.

2. La transformación del trabajo presencial en trabajo a distancia y la negativa a teletrabajar

- 2.1. La situación laboral derivada del estado de alarma es excepcional —por emergencia—, pero generalizada —en cuanto obligatoria—, y habría que considerar hasta qué punto la normativa reguladora de esta «nueva» modalidad de prestación de servicios para muchos trabajadores y empresas introduce o no cambios en el contrato de trabajo, salvo que se decida adoptar medidas asimismo extraordinarias (laborales) al respecto.

Tanto la norma nacional como el acuerdo europeo subrayan que el cambio de modalidad de prestación de servicios (de presencial a trabajo a distancia) deberá ser voluntario para el trabajador y para el empresario, por lo que, ante la oferta de uno u otro, cualquiera de ellos puede rechazarla. Eso sí, «el paso al teletrabajo en tanto que tal, puesto que modifica únicamente la manera en que se efectúa el trabajo, no afecta al estatus laboral del trabajador», señala el acuerdo marco europeo. Al margen de esta precisión quedan, lógicamente, aquellos trabajadores que han sido contratados *ab initio* con un contrato de trabajo a distancia, a quienes no afectarían estas vicisitudes. En todo caso, la decisión de pasar a teletrabajar es reversible tanto por acuerdo individual como colectivo.

- 2.2. Pero aludir a una situación de voluntariedad en situaciones de emergencia como la actual no resultaría adecuado, por lo que cabe plantearse si la imposición por parte del empresario de esta transformación, al menos en cuanto al lugar de trabajo —que no del contrato—, debería regirse por lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. No en vano, se trata de la norma laboral que permite modificar sustancialmente el contrato de trabajo, además de otras medidas (o en lugar de ellas) de alcance colectivo —consensuado o unilateral— que pueda adoptar la empresa en esta situación excepcional. Porque el empresario dispone de la capacidad de organizar su empresa y con plena libertad puede reorganizar su capacidad productiva. Mas, si decide modificar sustancialmente el contrato del trabajador —y la imposición del teletrabajo lo parece—, ha de recurrir al procedimiento previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, aun cuando, en puridad, la transformación de un contrato «presencial» en otro de modalidad «a distancia» no se encuentre tipificada entre las condiciones que obligarían a aplicar dicho procedimiento. No obstante, si la nueva modalidad va a conllevar otro tipo de modificaciones (de salario, con pluses que quizá ya no se perciban; o de jornada u horario, con nuevas medidas de control sobre éstos), se impone recurrir al procedimiento recogido en dicho precepto. En él, la causa parecería justificada (incluso con posible referencia a la fuerza mayor, con todos los matices que en su empleo subyace —*vide*, en este sentido, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de los contratos*, Pamplona, Aranzadi, 2017, págs. 929 y ss.—) y la consulta a los representantes de los trabajadores indicada. ¿Por qué «indicada» y no «obligatoria»? Pues porque, ante un estado de cierre generalizado y obligado de empresas, la negativa de los representantes de los trabajadores devendría injustificada, salvo en los supuestos en que, siendo posible la actividad laboral, aquéllos propusieran otro tipo de medidas alternativas, distintas del teletrabajo.

- 2.3. Cabría considerar, no obstante, qué solución debería adoptar la empresa ante la negativa de un trabajador o de varios trabajadores a prestar servicios a distancia. En tal caso, sería conveniente alcanzar un acuerdo con los trabajadores afectados, pues, de lo contrario, procedería la suspensión unilateral —no sin dificultades— o el despido. No se ajustaría la actuación de la empresa, en este caso, a la calificación de un despido disciplinario —aunque cabría valorar la gravedad y la culpabilidad del trabajador, previa prueba de ellas— ni procedería atender a un despido colectivo —salvo que masivamente los trabajadores se negaran a aceptar el teletrabajo—, por lo que cabría acudir a la figura del despido objetivo.

A priori, el artículo 52c del Estatuto de los Trabajadores permitiría que, si el centro se cierra y toda la plantilla pasa a efectuar un trabajo a distancia, no existiera justificación posible para la negativa del trabajador, salvo que se demostrara que la empresa dispone de otra alternativa organizativa y que su decisión unilateral no pondera todos los intereses en conflicto. Es cierto que el trabajador podría alegar que tiene derecho a la ocupación efectiva (art. 4.2a LET) e intentar un «despido indirecto» (art. 50 LET) para obtener, en su caso, una mayor indemnización. Mas sería difícil admitirlo como tal, puesto que el empleador le está ofreciendo una ocupación efectiva «posible»: la de teletrabajar. Con todo, disponer de este tipo de despido contenido en el artículo 52c del Estatuto de los Trabajadores no está exento de riesgos, toda vez que los tribunales del orden social podrían oponerse a aceptar una medida de carácter definitivo para una situación coyuntural.

3. La adaptación de las principales condiciones laborales del trabajador presencial, ahora teletrabajador

- 3.1. En cuanto al nuevo «estatus» del trabajador, cabe partir de una premisa inicial: aun cuando el teletrabajador deberá seguir gozando de los mismos derechos y atendiendo a los mismos deberes que antes —y que el resto de los trabajadores, si es que en la empresa aún prestaran servicios trabajadores presenciales comparables—, las peculiaridades propias del teletrabajo pueden aconsejar acuerdos necesarios específicos complementarios, ya individuales, ya colectivos. *A priori*, el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo, salvo que existan otras instrucciones de la empresa. Sin embargo, la carga de trabajo y los resultados deberán ser equivalentes a los que realizaba con anterioridad —y, en su caso, a los de los trabajadores presenciales—.

Dicha premisa, no obstante, puede plantear problemas aplicativos en instituciones laborales de interés. Tal es el caso de la jornada del teletrabajador. Por una parte, porque surgen dudas sobre si las normas laborales en materia de jornada (arts. 34 y ss. LET) resultan asimismo aplicables al teletrabajo. No en vano, los tribunales del orden social han considerado que el «trabajo a domicilio» no puede estar sujeto ni a jornada ni a horario por las dificultades intrínsecas de control que supone para el empresario. Por otro lado, porque dichas dudas podrían resolverse si esta última tesis se considerara únicamente

aplicable al trabajo a domicilio tradicional en el que, por regla general, no existían mecanismos de control telemático, no así en los supuestos de teletrabajo actual. No en vano, las reglas sobre jornada se aplican a «todos» los trabajadores y las normas sobre trabajo a distancia no exceptúan la aplicación de la normativa general sobre jornada, manteniendo idénticos derechos y obligaciones para el teletrabajador, salvo aquellos derechos que «sean inherentes a la realización de la prestación laboral» de manera presencial (art. 13.3 LET).

- 3.2. La cuestión del control supone, no obstante, una dificultad añadida. No todo teletrabajo es igual. Dejando al margen el que se realice sin medios informáticos o telemáticos, en los que el control de la empresa sólo podrá efectuarse por indicios, resultados o por mecanismos indirectos de evaluación de la actividad, lo normal es que el teletrabajo se efectúe a través de las tecnologías de la información y de la comunicación. Y, así, en los informes internacionales sobre teletrabajo, se distingue entre el teletrabajador desconectado u *off line* (se conecta sólo en determinados momentos a la empresa, normalmente al inicio y al final de la jornada, pero opera con total independencia), el teletrabajador unidireccional u *on way line* (que permite que el trabajador se comunique con la empresa en todo momento dentro de su jornada, pero no a la inversa) y el teletrabajador conectado u *on line* (con una comunicación posible en ambas direcciones, de la empresa al trabajador y viceversa, y en cualquier momento, dentro de la jornada laboral). Por supuesto, este último permitirá un mayor control de la jornada por parte de la empresa —incluso, quizá, de manera más exhaustiva e incisiva que en etapas presenciales—. La empresa, no se olvide, se halla ahora obligada a registrar la jornada diaria del trabajador, salvo que la situación de emergencia permita asimismo relajar esta obligación, como sería deseable.

En cualquier caso, dependerá asimismo de las indicaciones de la empresa, según opere otorgando plena autonomía al trabajador en su organización productiva o no. Bajo la responsabilidad del trabajador queda el que ese mayor espacio de autonomía no invada su vida privada y termine empleando más tiempo del debido —y del retribuido— a su trabajo para la empresa. Y será importante, a estos efectos, establecer límites al respecto para evitar la «teledisponibilidad» —esto es, la plena disponibilidad para la empresa fuera de la jornada laboral— sin compensación económica al respecto. Para evitar conflictos, deberán especificarse los deberes laborales y la distribución de la jornada en la nueva modalidad de prestación de servicios a distancia.

- 3.3. Porque, en principio, el teletrabajo no significa el «no trabajo». Salvo que se establezcan disposiciones laborales *ad hoc* para el cierre empresarial por la declaración del estado de alarma o que la empresa opte por otras medidas que supongan la suspensión o extinción de la relación laboral, el teletrabajo implica el «mismo» trabajo, pero a distancia, o, en su caso, el trabajo que indique la empresa y que, por razones organizativas, quizá pueda ser inferior al habitual. Si esto fuera así, si la empresa tuviera menos actividad o una nula actividad, podrá acogerse a las medidas que, de forma excepcional también, prevé la

legislación laboral —y a otras que, a buen seguro, preverá—. Pero el trabajo, adaptado a la situación de excepcionalidad, deberá ser el que indique la empresa.

De ser así, o de disponerlo así la empresa, el salario debería mantenerse en los mismos términos. Ciertamente, puede ocurrir que, aun cuando el teletrabajador tiene los mismos derechos que los trabajadores que llevan a cabo su misma actividad de forma presencial, no obtenga otros derechos que se deriven precisamente de esta forma de prestación; por ejemplo, todos aquellos pluses retributivos que valoren desplazamientos o características propias del puesto de trabajo que ya no se desarrollan al no estar en el centro de trabajo (penosidad, peligrosidad, etc.). Mas nada impide mantener la retribución íntegra del trabajador como si se hallara en su puesto de trabajo de forma presencial. Pues —se insiste—, si la empresa decide modificar el salario como consecuencia de la situación excepcional, deberá acudir a otras medidas en lugar del teletrabajo o además del teletrabajo (valórese la posibilidad de reducir la jornada y, además, implantar el teletrabajo para la que queda vigente).

- 3.4. Y existe otra cuestión que deberá ser considerada: el teletrabajo se realizará normalmente en el domicilio del trabajador. Esto obligará a ponderar cualquier medida de vigilancia o control del trabajador, en caso de que se adopte. Adquieren aquí especial interés los mecanismos de vigilancia que se encontrarían a caballo entre el poder de dirección del empresario —que puede estar visualizando la pantalla del ordenador para comprobar la duración y el contenido del trabajo en un teletrabajo interactivo— y la intimidad del trabajador —que puede hallarse en su domicilio con personas ajenas al ámbito laboral—. La razonabilidad y la proporcionalidad de los medios empleados para el fin perseguido son dos criterios adecuados para esta situación. Es más, si se necesitara efectuar cualquier tipo de registro o inspección, no podrá llevarse a cabo, salvo notificación previa y consentimiento expreso del trabajador.

En principio, será la empresa la que deba asumir todos los costes de provisión, instalación, mantenimiento y funcionamiento del equipamiento necesario para prestar servicios a distancia. Pero si el trabajo se realiza con un instrumento de propiedad privada del trabajador, deberá ser éste el que asuma dichos gastos, salvo pacto en contrario. A tal efecto, la empresa deberá fiscalizar que la utilización tanto del medio como de los datos en un entorno privado como es el domicilio —o cualquier otro lugar que emplee el teletrabajador distinto al centro de trabajo— puedan ser controlados por la empresa.

La Administración, más avanzada normativa y materialmente en la implantación y en la implementación del teletrabajo, exige, para que sea factible el teletrabajo, que el teletrabajador vea reproducido el escritorio del ordenador de su puesto de trabajo en el ordenador —propio o de la empresa— que funcione en su domicilio. A tal fin, se necesita un ordenador, una línea ADSL, una cuenta de correo electrónico y las aplicaciones informáticas compatibles para conectar con el servidor de la empresa. Comoquiera que la

base del trabajo será la utilización de aplicaciones o programas informáticos propios de la empresa, los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales deberán estar guiados por indicaciones claras y precisas del empresario que el teletrabajador habrá de cumplir íntegramente, por ejemplo, la limitación en la utilización de equipos, herramientas, plataformas, datos profesionales, sean o no confidenciales de la empresa, etcétera, con la indicación de las sanciones establecidas al respecto.

Del mismo modo, el empresario es responsable de la salud y seguridad profesionales del teletrabajador, conforme a la normativa nacional y europea sobre salud laboral. Habrá de informarlo convenientemente sobre las medidas de protección de la salud, con especial hincapié en aquellas que supongan la utilización de las pantallas de visualización (Directiva 90/270, de 29 de mayo, DOCE de 21 de junio). En este sentido, la empresa deberá comprobar que las medidas de seguridad y salud exigidas están también presentes en el teletrabajo, pues el empresario no deja de ser responsable de los accidentes que sufra el trabajador como consecuencia o con ocasión del trabajo, también fuera del centro de trabajo.

4. El teletrabajo: la irreversibilidad de lo coyuntural

- 4.1. Como siempre suele ocurrir, ante una necesidad, se observa una virtud. Ahora hemos descubierto que un mecanismo para mantener —de forma básica y en aquellos supuestos en que sea posible— la actividad profesional, comercial, laboral o productiva es el teletrabajo.

En muy pocas fechas, el teletrabajo ha pasado de ser una modalidad de inserción laboral de determinados colectivos (discapacitados con problemas de movilidad, personas —principalmente mujeres— con necesidades familiares, jóvenes con intereses formativos, desempleados a tiempo parcial o habitantes de la famosa «España vaciada» que, desde las zonas rurales y siempre que existiera conexión, podían desempeñar un trabajo, incluso allende las fronteras) a la única —o casi única— forma de prestar servicios en un estado de alarma (otra forma de «España vaciada»).

- 4.2. Mas, pese a que ahora la situación de emergencia —con medidas de distanciamiento físico preventivo y curativo— proyecte las excepcionales ventajas del teletrabajo —ocasional—, lo cierto es que también plantea inconvenientes. El aislamiento laboral, una comunicación menos continuada con los compañeros de trabajo en el desarrollo de la prestación, la existencia de dudas e inquietudes sin resolver por la falta de contacto permanente en el entorno laboral, la dificultad para generar una sensación de común unidad en las reivindicaciones propias del trabajo, la posible sobreexposición al trabajo si no existe un control del horario al postponer para horas de mayor tranquilidad —sueño— las responsabilidades laborales, hábitos que se generan en el entorno personal y no en el laboral —comida, café, tabaco— o costes que antes el trabajador no soportaba —incremento del consumo eléctrico, telefónico, etcétera—, constituyen algunas desventajas. Valorados en el ámbito

laboral, ahora, algunos de estos inconvenientes del aislamiento profesional se perciben más directamente en el confinamiento vital.

Pero, retomando las consecuencias laborales, la empresa, amén de la ventaja que puede suponer que se siga realizando el trabajo de forma no presencial, también asume inconvenientes. No en vano, la adaptación de la organización del trabajo a distancia puede implicar una infraestructura no exenta de costes, la información confidencial de la empresa sale del propio entorno, la falta de contacto entre los trabajadores puede hacer perder su arraigo en la empresa y, por supuesto, y aunque se desarrollen mecanismos de control en línea, la vigilancia a distancia merma el control en la ejecución de la producción, salvo que se impongan rendimientos por resultados, no siempre posible.

- 4.3. En todo caso, parece indudable que esta pandemia supondrá, entre otras consecuencias y al menos a nivel laboral, un antes y un después en el empleo del teletrabajo. Por varias razones. La primera, porque ahora será más difícil encontrar justificación para oponerse al empleo del teletrabajo como medida de conciliación de la vida laboral y personal. Podrá advertirse que ésta es una situación excepcional y generalizada que ha obligado a las empresas a adoptar una medida también excepcional y general. Pero, cuando la situación ya no sea global, sino individual o plural, y uno o varios trabajadores (o trabajadoras) soliciten la adaptación de su jornada, habrán comprobado previamente que el teletrabajo en su empresa sí es posible. La segunda, porque quizá la empresa comience a ponderar los beneficios del teletrabajo. Ahorra costes, eleva productividad neta del trabajador, potencia su responsabilidad corporativa y contribuye a la evolución social mediante la conciliación. Quizá la fórmula más inmediata no pase por convertir el trabajo presencial en teletrabajo, sino en adoptar mecanismos de teletrabajo parcial y rotatorio: parte de la jornada y parte de la plantilla, según se organice el *timing* empresarial. Pero este cambio debería verse acompañado por tres vectores: una normativa específica para esta modalidad de prestación de servicios, una negociación colectiva potenciadora de la evolución tecnológica en el empleo y una colaboración público-privada comprometida con la evolución social.

En un estado de alarma, con un cierre empresarial casi total, empresas, autónomos y trabajadores esperan medidas excepcionales que palien su situación. Incluso se apela a una cierta flexibilidad en la aplicación de la normativa laboral en una situación de crisis generalizada. También en el teletrabajo, no resultando íntegramente aplicables todas las reglas concebidas para un desarrollo normalizado de aquél. Pero, cuando la situación de emergencia sanitaria y social pase —y pasará—, la experiencia acumulada deberá servir de acicate para reconsiderar el teletrabajo como una modalidad no residual de trabajar.