



HOJA DE RUTA DE LAS RELACIONES LABORALES
ENFRENTARSE A LA DESESCALADA
GUÍA POST EMERGENCIA **COVID-19**

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

Índice

MEDIDAS A APLICAR TRAS LA FINALIZACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO ("ERTE")
MEDIDAS ALTERNATIVAS AL ERTE
DESPIDOS

MANTENIMIENTO DEL EMPLEO

REINCORPORACIÓN AL TRABAJO TRAS EL ESTADO DE ALARMA

PRUEBA DEL COVID-19
TRATAMIENTO DE DATOS SENSIBLES
TOMA DE TEMPERATURA
ACTUACIÓN DE LA EMPRESA ANTE EL CONTAGIO DE UN TRABAJADOR

TELETRABAJO

GASTOS EN EL DESARROLLO DEL TELETRABAJO
REGISTRO DE JORNADA
AUTOEVALUACIÓN DE RIESGOS EN EL TELETRABAJO

DERECHO A LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL

PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE

VACACIONES

PAGAS EXTRAORDINARIAS

CONTRATOS TEMPORALES AFECTADOS POR UN ERTE

RÉGIMEN SANCIONADOR Y REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAS

ENDURECIMIENTO DE LAS SANCIONES



GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA



La presente guía pretende realizar un análisis del escenario laboral que deja la crisis sanitaria derivada del COVID-19. En este sentido, durante las últimas semanas hemos visto como se ha aprobado numerosa normativa con el fin de evitar la propagación del virus COVID-19 y proteger, en la medida de lo posible, los intereses de los trabajadores y de los empresarios, e intentando minimizar el impacto de la crisis en la economía. En este sentido es importante destacar hoy más que nunca que la fecha en que se emite esta guía es 4 de mayo de 2020.

Lo anterior ha generado gran preocupación e incertidumbre, por lo que la presente guía pretende analizar la hoja de ruta que en el escenario laboral nos deja la crisis sanitaria derivada del COVID-19 mientras nos enfrentamos a la desescalada y esperamos la tan ansiada finalización del estado de alarma.

Con referencia a la desescalada, una vez volvamos a establecer la actividad empresarial, un tema que deberemos abordar es en qué sentido la misma afecta a las relaciones laborales tal y cómo las teníamos concebidas y qué medidas laborales aprobadas durante el confinamiento continuarán aplicando tanto durante la desescalada con una vez finalice el estado de alarma

Con esta guía pretendemos orientar a las empresas en el área de las relaciones laborales que necesariamente habrán de incluir en sus Planes de Continuidad del negocio y sus planes de contingencias en cuanto restablezcan cierta normalidad en sus negocios.

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

MEDIDAS A APLICAR TRAS LA FINALIZACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Tras la declaración del estado de alarma, el Gobierno aprobó numerosa normativa con el fin de incentivar el mantenimiento y la salvaguarda del empleo. Por lo que es importante analizar qué medidas se seguirán aplicando y qué medidas se verán derogadas tras la finalización del estado de alarma para asegurar la viabilidad futura de las compañías.

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO

Conviene matizar que una vez finalizado el estado de alarma las empresas ya no podrán solicitar un ERTE por fuerza mayor o por causas objetivas derivadas del COVID-19, de conformidad con el artículo 28 del Real Decreto-ley 8/2020, que establece que las medidas recogidas (agilización de los ERTE por causas productivas, simplificación del ERTE por fuerza mayor, exoneración de cuotas a la seguridad social, etc.). Los ERTE por fuerza mayor estarán vigentes mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19.

De conformidad con lo anterior, una vez finalizado el estado de alarma, aquellas empresas que no hayan podido recuperarse de la crisis sanitaria, podrán presentar un expediente de regulación temporal de empleo por objetivas o un ERTE por fuerza mayor, siguiendo los cauces ordinarios y los requisitos previstos en la normativa laboral, sin que sean de aplicación las medidas adoptadas por el Gobierno durante el estado de alarma.

Respecto a la duración de los ERTE presentados durante el estado de alarma, es importante matizar que los ERTE por fuerza mayor finalizarán, en principio, tras el levantamiento del estado de alarma. Sin embargo, la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, tras su nueva redacción dada por la Disposición final primera, apartado diecisiete, del Real Decreto-Ley 11/2020, señala que, "con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma". Por lo que a tenor de lo anterior puede entenderse que los ERTE por fuerza mayor podrán ampliarse un mes más desde la finalización del estado de alarma.



Por otro lado, aquellos ERTE por causas objetivas, tramitados por las empresas durante la vigencia del estado de alarma, tendrán la duración inicialmente establecida, por lo que en caso de ser necesaria una prórroga, se deberá iniciar un nuevo ERTE. Por el contrario, si la empresa necesita la reincorporación de algún trabajador afectado como consecuencia de la reactivación o recuperación de su actividad, tendrá la posibilidad de proceder a la desafectación de trabajadores para que se incorporen de nuevo a su puesto de trabajo; la desafectación podrá realizarse de forma escalonada siempre que existan razones objetivas que lo justifiquen.

Respecto a los ERTE tanto los ordinarios como los de fuerza mayor ya se han pronunciado tanto el SEPE como el Ministerio de trabajo aceptado afectaciones y desafectaciones de los trabajadores en intervalos de tiempo con el fin de dar flexibilidad a las empresas que les permitan mantener el empleo.

MEDIDAS ALTERNATIVAS AL ERTE

Tras la finalización del estado de alarma y con la expiración de la vigencia de las medidas extraordinarias aprobadas desde la declaración del estado de alarma, entre las que se encuentran la agilización de los ERTE por causas objetivas, la simplificación del ERTE por fuerza mayor, así como medidas destinadas a reconocer la prestación por desempleo a los trabajadores afectados por el COVID-19, muchas empresas están buscando medidas

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

alternativas al ERTE que puedan paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria derivada por el COVID-19. Por ello, a continuación, indicamos tres alternativas que pueden ser adoptadas por las empresas que no pueden o no desean iniciar un Expediente de Regulación Temporal de Empleo:

- **Vacaciones:** La empresa puede proponer a los trabajadores la opción de disfrutar sus vacaciones devengadas y no disfrutadas. En este sentido, conviene poner de relieve que el empresario no puede imponer al trabajador de forma unilateral el disfrute de sus vacaciones, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que el periodo de disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador. En caso de desacuerdo, es la jurisdicción social la que debe fijar la fecha para su disfrute. Por tanto, deberá existir, en todo caso, acuerdo entre la empresa y el trabajador respecto a la fijación del calendario vacacional.
- **Bolsa de horas:** En segundo lugar, una de las medidas laborales que podrían aplicarse para paliar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria sería la implantación de una distribución irregular de la jornada laboral, permitiendo una mayor flexibilización y una mejor adaptación a la demanda resultante tras la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

Así bien, el sistema de la bolsa de horas permite computar las horas trabajadas a lo largo del año, creando un saldo positivo o negativo de horas por trabajador que se compensan en el transcurso del tiempo, respetando, en todo caso, el descanso mínimo diario y semanal, y los límites establecidos en el convenio colectivo aplicable.

Respecto a la implantación de este sistema, conviene matizar que la empresa debe alcanzar un acuerdo con el trabajador, si bien en defecto de pacto, la empresa podría distribuir a lo largo del año y de forma unilateral, un máximo del 10% de la jornada de trabajo, de conformidad con el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores.

- **Reducción de salario:** Finalmente, otra posibilidad es reducir el salario de los trabajadores, ya sea por el cauce de la modificación sustancial de las condiciones, siempre que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y

se siga el procedimiento establecido al efecto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, o bien mediante acuerdo entre empresa y trabajador. Es importante destacar que la reducción salarial deberá respetar, en todo caso, los límites establecidos por el convenio colectivo aplicable.

DESPIDOS

El Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo establece en su artículo segundo que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción derivadas del COVID-19 no podrán justificar la extinción de contratos. Con la adopción de esta medida se intentaba asegurar el mantenimiento del empleo, incentivando, en todo caso, la tramitación de un ERTE de suspensión o de reducción de jornada.

Por tanto, a tenor de lo anterior, las empresas se han visto imposibilitadas para extinguir contratos de trabajo a consecuencia de causas objetivas derivadas del COVID-19, si bien durante el estado de alarma han podido realizar despidos disciplinarios, cuya improcedencia obliga al abono de los 45/33 días de salario por año trabajado, o bien despidos objetivos no relacionados con el COVID-19, con la compensación de 20 días de salario por año trabajado. Finalmente, durante el periodo de duración del estado de alarma, también se han podido extinguir aquellos contratos



GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA



temporales que no se han visto suspendidos, por el cumplimiento de las previsiones propias del contrato: fin de la duración pactada, finalización de la obra o reincorporación del trabajador sustituido.

Sin embargo, con la finalización del estado de alarma las empresas podrán volver a realizar despidos individuales o colectivos basados en causas objetivas o por fuerza mayor, si bien el trabajador o los trabajadores afectados podrán impugnar la decisión de la empresa.

La prohibición de despedir por causas derivadas del COVID-19 mantiene su vigencia durante el estado de alarma, incluidas sus posibles prórrogas, si bien es cierto que cabe una interpretación amplia, que lleve más allá del estado de alarma esta prohibición.

MANTENIMIENTO DEL EMPLEO

La disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020 establece que las medidas extraordinarias previstas en el mismo (como por ejemplo la exoneración de cuotas a la seguridad social o el reconocimiento de la prestación por desempleo, aunque se carezca

del periodo de cotización mínimo) estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad. En este sentido conviene matizar que no se tendrá por incumplido dicho compromiso en el caso de despidos disciplinarios declarados como procedentes, dimisiones, jubilaciones o incapacidades permanentes del trabajador, o bien por la expiración del plazo, realización de la obra o reincorporación del trabajador sustituido en el caso de los contratos temporales.

Lo anterior ha generado cierta incertidumbre y confusión **¿el mantenimiento del empleo solo afecta a los ERTE por fuerza mayor?**

Respecto a esta cuestión, la DGT ha emitido un informe en el que interpreta que el mantenimiento del empleo afecta únicamente a los ERTE por fuerza mayor, por lo que las empresas que han iniciado un ERTE por causas ETOP no tendrían que cumplir con este compromiso. Pese a lo anterior, conviene recordar que los criterios emitidos por la DGT no son vinculantes, por lo que es posible que los órganos jurisdiccionales lo interpreten de forma distinta, y consideren que dicho mantenimiento también aplica a los ERTE por causas objetivas, pues el precepto que establece dicho compromiso no es del todo claro, y podría entenderse que afecta a ambos procedimientos, pues el precepto habla de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral en plural (pudiéndose entender incluidas las medidas extraordinarias previstas respecto los ERTE por causas objetivas).

Por otro lado, tampoco queda claro cuáles son las consecuencias del incumplimiento. En primer lugar, la consecuencia clara y evidente sería la pérdida de exoneración de cotizaciones a la seguridad social (además de posibles recargos y sanciones), y así lo interpreta la DGT. Sin embargo, la disposición adicional sexta hace referencia a "todas las medidas extraordinarias" previstas en el presente Real Decreto, lo que incluye las medidas extraordinarias sobre desempleo. Por lo que podría entenderse que la empresa, ante el incumplimiento, también debería abonar las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores.

Por último **¿las consecuencias indicadas se refieren a todos los trabajadores afectados por el ERTE o únicamente a los trabajadores despedidos?** En este sentido, si la empresa incumple

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

el mantenimiento del empleo, atendiendo a la finalidad del precepto, la empresa debería devolver las cotizaciones de todos los trabajadores afectados por el ERTE y cuyas cuotas se han visto exoneradas. Sin embargo, lo anterior no está del todo claro y podría ser discutido atendiendo a criterios de proporcionalidad.

REINCORPORACIÓN AL TRABAJO

La emergencia sanitaria causada por el COVID-19 ha generado muchas dudas entre los trabajadores en cuanto a su reincorporación a su puesto de trabajo **¿puedo negarme a ir a trabajar por miedo a contagiarme? ¿Qué pasa si soy una persona especialmente vulnerable? ¿La empresa está obligada a proporcionarme equipos de protección?**

En primer lugar, es importante que cada empresa elabore un plan de contingencias o un protocolo general de seguridad y salud. Es obvio que el tamaño, la actividad o los medios de la empresa determinarán la complejidad de este plan o protocolo.

En este plan se detallarán todas las medidas que la empresa haya adoptado para impedir al máximo posible el riesgo de contagio. Por este motivo, es importante crear este protocolo antes de la reactivación de la actividad y consultarlo con los delegados de prevención o representantes de los trabajadores, si los hubiera.

Es recomendable que este plan sea objeto de constante seguimiento por parte de la empresa y los representantes de los trabajadores, pudiéndose constituir una comisión de seguimiento de éste para adaptar las medidas según las circunstancias de la empresa.

Sin embargo, se adopte o no este plan de contingencias, la empresa deberá adaptar su evaluación de Riesgos laborales ante el nuevo riesgo de contagio por el COVID-19, ya que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales exige que, cuando cambien las condiciones de trabajo, se deba revisar y adecuar a las nuevas circunstancias.

En segundo lugar, los trabajadores estarán legitimados para reclamar al empresario la aplicación de todas las medidas que sean necesarias para garantizar su salud, en aquellos casos en los que la empresa no haya implementado medidas de seguridad y protección o éstas se haya implementado de forma parcial. Si tras solicitar la adopción de estas medidas la empresa se niega a implantarlas, los trabajadores

podrán interrumpir su actividad y abandonar el centro de trabajo. En este sentido, el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que en los casos en que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión a su trabajo, el empresario estará obligado a:

- informar lo antes posible acerca de la existencia de dicho riesgo;
- adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo.

En este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente. Además, no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la interrupción, a menos que hubiera obrado de mala fe o cometido negligencia grave. Sin embargo, cuando el empresario obligue a sus trabajadores a prestar sus servicios sometiéndolos a un riesgo grave para su vida o integridad sin las medidas necesarias, se podría estar cometiendo un delito contra la seguridad y la salud tipificado en el artículo 316 del Código Penal y penado de seis meses a tres años de prisión.

En caso contrario, si la empresa cumple con todas las medidas de seguridad y protección y, además, proporciona los EPIS necesarios a todos sus trabajadores, el trabajador no podrá interrumpir su actividad laboral, dado que en este caso no hay razón justificada para considerar que se pone en riesgo la salud del trabajador. En caso de negarse podrían ser sancionados disciplinariamente o incluso, despedidos por ausencias injustificadas.

Tener una patología que haga de un trabajador una persona especialmente sensible (exceptuando la inmunodeficiencia y el cáncer) no le permite negarse a prestar sus servicios si la empresa ha implantado todas las medidas de seguridad para proteger y garantizar su salud. En este caso, se deberá comunicar a la empresa los centros de trabajo con personas especialmente sensibles para que puedan tomar las medidas correspondientes.

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

PRUEBA DEL COVID-19:

Ante el escenario actual ¿la empresa puede obligar al trabajador a someterse a la prueba del COVID-19? En primer lugar, hay que mencionar que el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgo establece el deber del empleador de proteger a los trabajadores, garantizándoles la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. En este sentido, tal y como reconoce este artículo solo se podrá llevar a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento expreso.

Sin embargo, hay algunos casos en los que sí se puede obligar al trabajador a someterse a pruebas médicas. Estos casos serán cuando sea imprescindible saber el estado de salud del trabajador en relación con el puesto de trabajo que desarrolla, por ejemplo, un vigilante de seguridad podría estar obligado a someterse a una revisión médica para garantizar que su vista y oído están en las condiciones adecuadas para prestar sus servicios de forma adecuada y sin poner en riesgo la salud de los demás, o también para comprobar que un trabajador que realiza trabajos en alturas no sufre vértigos crónicos.

En estos casos, la negativa a realizarse la prueba médica puede incluso implicar el despido disciplinario del trabajador, tal y como establece la STSJ de Galicia, 17 de octubre de 2019. En este sentido, la sentencia argumenta que la negativa reiterada del trabajador a realizarse la prueba no está justificada, siendo ésta obligatoria, necesaria e imprescindible para acceder a las instalaciones de la empresa. Por ello, la sentencia confirma la procedencia del despido efectuado y destaca la poca colaboración del trabajador, cuya conducta puede ser calificada como una transgresión a la buena fe justificativa del despido.

Por lo tanto, es evidente que no se puede obligar a los trabajadores a someterse a las pruebas del COVID-19, como tampoco que la empresa exija un certificado de inmunidad. Éstos no son una garantía para asegurar el estado de salud de los trabajadores, ya que nada impide que con posterioridad a la realización de la prueba el trabajador se infecte. Por lo tanto, la prueba del COVID-19 sólo sería efectiva en el caso de realizarse con periodicidad.



TRATAMIENTO DE DATOS SENSIBLES

La Agencia Española de Protección de Datos ha considerado que los datos anteriormente señalados, como el resultado de las pruebas e incluso la toma de temperatura de los trabajadores, supone un tratamiento de datos personales que deben ajustarse a las previsiones legales.

Estos datos sirven para averiguar si una persona padece o no una enfermedad y, en el caso que nos concierne, si el trabajador padece el COVID-19. Sin embargo, el control de la temperatura solo nos indica si una persona tiene fiebre o no, uno de los síntomas de esta enfermedad, aunque no siempre tiene que estar relacionado con el COVID-19 e incluso hay un elevado número de personas contagiadas que no presenta fiebre como síntoma. Por lo tanto **¿el simple hecho de tener fiebre puede hacer que nos denieguen el acceso al centro de trabajo?**

En primer lugar, el tratamiento de estos datos debe estar predeterminado por la autoridad laboral competente para evitar de este modo la dispersión de la enfermedad y regular los límites y garantías para el tratamiento de estos datos personales.

Es importante tener en cuenta que este tratamiento de datos debe regirse por el Reglamento General de Protección de Datos y por la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

En segundo lugar, los empresarios pueden argumentar que esta medida sirve para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores durante la prestación de sus servicios. Sin embargo, el empresario deberá respetar las garantías adecuadas para estos datos, entre ellas usar estos datos con la finalidad de detectar posibles contagios y evitar la propagación de la enfermedad y, por lo tanto, cualquier otra finalidad no será válida.

TOMA DE TEMPERATURA

Como hemos mencionado en el apartado anterior, la toma de temperatura de los trabajadores supone un tratamiento de datos personales según la Agencia Española de Protección de Datos ya que es un dato relativo a la salud que permite asumir que una persona padece o no una enfermedad.

La toma de temperatura se encuentra entre una las medidas previstas en la desescalada, como un control previo para poder acceder a los locales, comercios, centros de trabajo o cualquier otro tipo de establecimiento.

Esta medida requerirá la determinación previa por parte de las autoridades sanitarias, que determinarán la necesidad y adecuación para prevenir la propagación de la enfermedad, y por ello, solo podrá realizarse cuando se publique una norma de carácter obligatorio.

Las autoridades sanitarias serán las encargadas de establecer los límites y garantías específicas para el tratamiento de los datos personales de los afectados. Otra pregunta que nos surge al respecto es **¿a partir de qué temperatura se considera que una persona está contagiada por COVID-19?** Este parámetro debe establecerse atendiendo a la evidencia científica y no a la decisión personal de cada persona, ya que de este modo esta medida de control perdería su eficacia.

Sin embargo, este control de temperatura solo nos indica si una persona tiene fiebre o no, uno de los síntomas de esta enfermedad, aunque no siempre tiene que estar relacionado con el COVID-19 e incluso hay un elevado número de personas contagiadas que no presentan fiebre como síntoma. Por lo tanto, puede considerarse que esta medida no es la más adecuada dado que el COVID-19 se presenta muchas veces entre los afectados de forma asintomática.

Con respecto a la relación entre el empresario y el trabajador, puede considerarse justificada la toma de temperatura como una obligación de obligado cumplimiento por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Sin embargo, esta medida seguiría estando sometida a determinados requisitos como la participación de personal sanitario, medidas de seguridad, una única finalidad en el tratamiento...

El empresario deberá respetar siempre las garantías adecuadas para proteger estos datos, y por ello, solo podrá observarse la temperatura para detectar posibles contagios y evitar de ese modo su propagación.

ACTUACIÓN DE LA EMPRESA ANTE EL CONTAGIO DE UN TRABAJADOR

Es importante tener en cuenta que, ante el contagio de un trabajador de la empresa, en el plan de actuación deben estar previstas las medidas necesarias para estos casos, como podrían ser: desinfectar el área, medidas de cierre o aislamiento de la zona afectada, información inmediata a los delegados de prevención, detección de posibles contactos en el ámbito laboral, etc.

Cuando un trabajador dé positivo en COVID-19 deberá notificarlo a la empresa y dar parte al servicio de Prevención de Riesgos para que puedan evaluar el caso y adoptar las medidas y recomendaciones



GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

necesarias para preservar la salud y seguridad del resto de la plantilla. A continuación, la empresa deberá comunicar este hecho a los trabajadores que hayan estado en contacto con esa persona para que contacten con el Servicio Público de Salud y se valore, si fuese necesario, su aislamiento preventivo. Por último, la empresa deberá desalojar la zona en la que desarrollaba su trabajo para su desinfección inmediata y, también, las zonas comunes en las que tuvo presencia.

En el caso de que un trabajador presente síntomas, pero no esté confirmado, deberá comunicarlo inmediatamente a la empresa y contactar con el Servicio Público de Salud para explicar su sintomatología y seguir las instrucciones médicas.

TELETRABAJO

Hasta ahora, la prestación de servicios en régimen de teletrabajo era una modalidad de trabajo muy poco usada en nuestro país, por lo que la normativa actual del teletrabajo en España es muy escasa. Sin embargo, la crisis sanitaria derivada del COVID-19 y las medidas aprobadas durante las últimas semanas para evitar aglomeraciones y desplazamientos, ha provocado la irrupción de esta modalidad de trabajo en las empresas.

En este sentido, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo ya estableció en su artículo 5 el carácter preferente del teletrabajo, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Pues bien, esta medida ha sido prorrogada mediante Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril, por lo que el mantenimiento del teletrabajo tendrá carácter preferente por un periodo de 3 meses desde la finalización del estado de alarma, y así lo ha confirmado el Ministerio de Trabajo y Economía Social en fecha 22 de abril de 2020, todo ello sin perjuicio de que pueda volver a ser prorrogado.

Si bien se trata de una modalidad de trabajo preferente y no obligatoria, los trabajadores están legitimados para reclamar a la empresa que su prestación de servicios se efectúe en régimen de teletrabajo, siempre que en su caso sea posible implementar dicha modalidad, cuya tramitación tendrá carácter urgente y preferente de conformidad con el artículo 7 del Real Decreto-ley 16/2020. Por tanto, entendemos que, en caso de controversia entre la empresa y el trabajador, deberá analizarse el caso concreto para saber si la



empresa puede imponer al trabajador la realización de sus servicios en la modalidad presencial aunque el teletrabajo tenga carácter preferente durante el periodo indicado.

Finalmente, y tal y como establece el Ministerio de Trabajo y Economía Social en su Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación con el nuevo coronavirus, en aquellos supuestos en los que no esté prevista la prestación bajo la modalidad de teletrabajo en el contrato de trabajo, dicha prestación podrá adoptarse mediante acuerdo colectivo o individual, con carácter excepcional y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se configure como una medida de carácter temporal y extraordinaria, que habrá de revertirse en el momento en que dejen de concurrir aquellas circunstancias excepcionales.

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

- Que se adecue a la legislación laboral y al convenio colectivo aplicable.
- Que no se vean reducidos los derechos en materia de seguridad y salud, no tampoco los derechos profesionales como el salario, la jornada de trabajo, los descansos, etc.
- Que los medios tecnológicos que debe usar el trabajador en el desarrollo de su trabajo no supongan coste alguno para él.

GASTOS RELACIONADOS CON EL TELETRABAJO

Respecto a los gastos ocasionados en el desarrollo del puesto de trabajo en la modalidad de teletrabajo, como podría ser la conexión a internet o las llamadas telefónicas, la regla general es que la empresa se haga cargo de todos los gastos generados en el desarrollo de la actividad laboral, aunque es recomendable que se pacte dicho extremo antes del inicio de esta nueva modalidad de trabajo, ya que la regulación es ambigua, debiéndose analizar, en todo caso, si el desarrollo de su puesto de trabajo en la modalidad de teletrabajo supone un gasto adicional para el trabajador.

REGISTRO DE JORNADA

Con respecto al registro de jornada, dado que la crisis sanitaria causada por el COVID-19 ha obligado a múltiples empresas a optar por la modalidad del teletrabajo han surgido muchas dudas sobre si se mantiene o no la obligatoriedad de fichar en el trabajo. Esta obligatoriedad se debe mantener independientemente del lugar de desempeño de la actividad laboral y, por lo tanto, para los casos en

los que se teletrabaje la empresa deberá facilitar a los trabajadores los medios adecuados para registrar la jornada diariamente y poder hacer efectivo el control horario.

LA AUTOEVALUACIÓN DE RIESGOS EN EL TELETRABAJO

De conformidad con el artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2020, la obligación de efectuar la evaluación de riesgos por parte de la empresa se entenderá cumplida, con carácter excepcional, mediante la realización de forma voluntaria por parte de los trabajadores de una autoevaluación de prevención de riesgos laborales y seguridad en el puesto de trabajo.

Entre los datos que deberá recoger esta autoevaluación de riesgos se encuentran los siguientes:

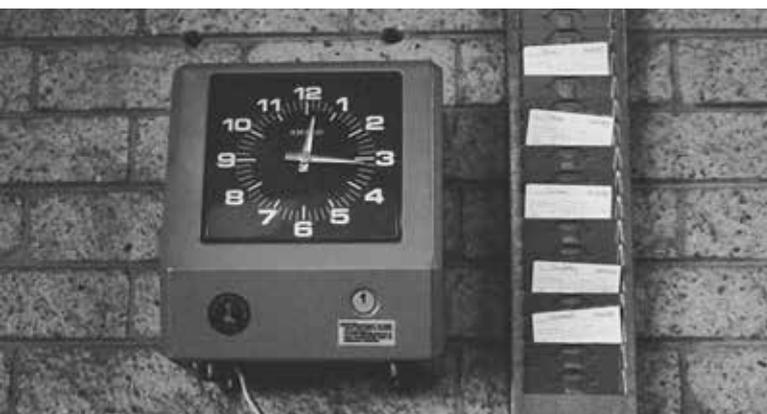
- Equipo y conexiones
- Pantalla del ordenador
- Teclado y ratón
- Mesa y/o superficie de trabajo
- Silla de trabajo
- Entorno de trabajo

DERECHO A LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL

El Real Decreto-ley 8/2020 estableció, en su artículo 6, el derecho de adaptación y reducción del horario de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, siempre que concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la propagación del COVID-19. En este sentido, conviene destacar que estas medidas han sido prorrogadas mediante el Real Decreto-ley 15/2020, por lo que tendrán una duración de 3 meses desde la finalización del estado de alarma.

Las situaciones que permiten acceder a estos derechos son las siguientes:

- Cuando sea necesaria la presencia del trabajador para la atención del cónyuge o pareja de hecho, así como familiares hasta segundo grado de consanguinidad, por motivos de edad, enfermedad o discapacidad y que necesite el cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19.



GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

- Cuando por la decisión de una Autoridad relativa al COVID-19 se cierren centros educativos o de otra naturaleza que dispensaran el cuidado a las personas necesitadas.
- Cuando la persona que hasta el momento se encargaba de cuidar o asistir al cónyuge o familiar no pudiera seguir haciéndolo por causas relacionadas con del COVID-19.

El derecho a la adaptación de jornada puede consistir en cambio de turno, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado.

Asimismo, las personas trabajadoras tienen derecho a una reducción especial de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de su salario. Esta reducción deberá ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar el 100% de la jornada, siempre que dicha reducción resulte necesaria. Asimismo, el mencionado Real Decreto-ley elimina el supuesto de que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida (art. 37.6 ET).

Finalmente, hay que destacar que las adaptaciones y reducciones deberán estar justificadas y ser razonables y proporcionadas en atención a la situación de la empresa. Respecto las controversias que puedan surgir en su aplicación, conviene mencionar que el Real Decreto-ley 16/2020 considera como preferentes y urgentes los procedimientos judiciales relativos a las medidas especiales de conciliación previstas en el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de tal modo que se podrán sustanciar ante los órganos jurisdiccionales durante el estado de alarma.

PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE

Mediante el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, se reguló un permiso retribuido recuperable de carácter obligatorio limitado entre los días 30 de marzo y 9 de abril, ambos inclusive, estableciéndose que la recuperación de estas horas no trabajadas podrá hacerse efectiva desde la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020.

La aprobación de esta medida excepcional, implementada con el fin de reducir la movilidad de la población, asegurando que el trabajador

siga cobrando su salario de forma íntegra, ha planteado algunas dudas respecto a su aplicabilidad. **¿Cómo van a recuperarse estas horas de permiso retribuido recuperable? ¿Qué pasará con aquellas horas que no puedan recuperarse durante el periodo previsto?**

En primer lugar, para determinar cómo se recuperarán estas horas no trabajadas durante el periodo mencionado, el Real Decreto establece que deberá existir una negociación no superior a 7 días con la representación legal de los trabajadores. Si la empresa no tiene representantes legales de los trabajadores, se constituirá una comisión integrada por los sindicatos más representativos del sector o bien por tres miembros elegidos democráticamente, todo ello en el plazo máximo de 5 días.

Durante el periodo de consultas, las partes tendrán que negociar de buena fe y en el acuerdo que se alcance se podrá determinar la recuperación de todas o parte de las horas de permiso retribuido recuperable, el preaviso mínimo que deberá otorgarse al trabajador, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado.

Conviene poner de relieve que en caso de que las partes no alcancen un acuerdo sobre la recuperación de las horas, el empresario podrá imponer su decisión, comunicándolo a los trabajadores afectados y a la comisión representativa en el plazo máximo de 7 días desde la finalización de las consultas, si bien el trabajador estará legitimado para impugnar la decisión empresarial, interponiendo una demanda en la jurisdicción social, cuya tramitación tendrá carácter urgente y preferente de conformidad con el artículo 7.1 d) del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

En todo caso, el acuerdo alcanzado por las partes o bien la decisión impuesta por la empresa deberá respetar el cumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario (12 horas entre jornada y jornada) y semanal (1,5 días) previstos en la ley y en el convenio colectivo, la jornada máxima anual establecida en el convenio colectivo aplicable, así como los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente. Asimismo, la recuperación de estas horas deberá respetar el plazo de preaviso mínimo establecido en el art. 34.2 ET, lo que supone que el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo.

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

Lo anterior puede suponer, en algunos casos, que la recuperación de la totalidad de las horas no trabajadas durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril sea prácticamente imposible, sobre todo en aquellos casos en los que el trabajador que ha disfrutado del permiso retribuido recuperable tenga reconocida una reducción de jornada por cuidado de hijos, o bien en aquellos casos en los que el trabajador no puede desarrollar ningún tipo de actividad fuera del horario de trabajo ordinario de la empresa.

Ante esta situación, ¿podría la empresa descontar de la nómina del trabajador las horas que no se hayan recuperado a final de año? ¿Se podrían compensar estas horas con jornadas vacacionales?

Beberá analizase caso por caso para ver si estas opciones son viables ya que si bien el hecho de descontar las horas no recuperadas de la nómina del trabajador iría en contra de la finalidad de la medida aplicada, que intenta preservar la integridad del salario de los trabajadores a los que se les ha aplicado dicha figura, tampoco puede a la empresa hacersele asumir un coste cuando la imposibilidad de la recuperación de las horas del permiso retribuido viene de las propias circunstancias del trabajador. Por otro lado, se habrá de analizar también en estos supuestos si es posible la compensación de estas horas con jornadas vacacionales, todo ello de a pesar del artículo 38 ET, que establece que el periodo de vacaciones no puede ser sustituido por compensación económica, y que en ningún caso éste será inferior a 30 días naturales.

VACACIONES

Tal y como se ha avanzado en el inicio de la presente guía, la fijación del periodo o de los periodos vacacionales debe establecerse de común acuerdo entre la empresa y el trabajador, por lo que la empresa no puede imponer el disfrute de las vacaciones devengadas durante el ejercicio 2020 durante el estado de alarma, pero ¿qué sucede respecto a las vacaciones fijadas con anterioridad a la declaración del estado de alarma? ¿El trabajador puede recuperar estos días de vacaciones? En este sentido, si bien el trabajador no ha podido disfrutar enteramente de sus vacaciones a consecuencia de las restricciones de movimiento impuestas, si éstas ya estaban fijadas con anterioridad a la declaración del estado de alarma, el trabajador no puede reclamar su disfrute en fecha posterior.

PAGAS EXTRAORDINARIAS

Debido al elevado número de personas afectadas por un ERTE, ya sea por fuerza mayor o causas objetivas, los empresarios y trabajadores se preguntan si esta suspensión de contratos o reducción de jornada provocará algún cambio en relación con las pagas extraordinarias a las que el trabajador tiene derecho percibir a lo largo del año.

En primer lugar, es importante mencionar que las pagas extraordinarias se generan por cada día trabajado, es decir, el importe a percibir será proporcional al tiempo trabajado. En consecuencia, podemos afirmar que las pagas extraordinarias sí que se verán afectadas por la tramitación de un ERTE, ya que durante el tiempo que estén afectados por este expediente no se generará la parte proporcional de las pagas extras, del mismo modo que el trabajador no genera vacaciones durante la suspensión de su contrato.

Por otro lado, los trabajadores que se hayan visto afectados por una reducción de jornada seguirán devengando las pagas extraordinarias por día trabajado, si bien la cuantía se verá proporcionalmente reducida en función del tiempo de trabajo efectivo.



GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA



CONTRATOS TEMPORALES QUE SE HAN VISTO AFECTADOS POR UN ERTE

De conformidad con el artículo 5 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, todos aquellos contratos temporales que se hayan visto suspendidos a consecuencia de la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo Temporal, ya sea por causa de fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el COVID-19, verán interrumpido su cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido. En este sentido, conviene matizar que la interpretación literal del precepto nos hace entender que no se produce una interrupción del cómputo respecto aquellos contratos temporales que han visto reducida su jornada a consecuencia de un ERTE.

De acuerdo con lo anterior, todos aquellos contratos temporales que se hayan visto afectados verán incrementada su duración tantos días naturales como haya estado suspendida la relación laboral, ampliándose, asimismo, el periodo de referencia en el que se encuadran, una vez finalizado el estado de alarma. Finalmente, conviene poner de relieve que la interrupción del cómputo de los contratos temporales evitará la conversión de éstos en indefinidos por acumulación del plazo durante el estado de alarma.

RÉGIMEN SANCIONADOR Y REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAS

Con la finalización del estado de alarma y la reactivación de la actividad, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, llevará a cabo la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de expediente temporales de regulación de empleo por el COVID-19.

En este sentido, se establece en el Real Decreto-ley 9/2020, que en los supuestos en los que la entidad gestora aprecie indicios de fraude para la obtención de prestaciones por desempleo, lo comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que esta tome las medidas oportunas.

Sin embargo, existe una gran preocupación entre las empresas que han presentado un ERTE por fuerza mayor, y cuya solicitud ha sido estimada por silencio positivo, dado que el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, prevé que las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes. Es evidente que lo anterior genera una gran inseguridad jurídica, dado que en muchos casos es sumamente difícil discernir si la empresa puede tramitar un

GUÍA LABORAL POSTCOVID-19

ENFRENTARSE A LA DESESCALADA

ERTE por fuerza mayor o si, por el contrario, el cauce adecuado sería el ERTE por causas productivas, lo que ha provocado que muchas empresas se decanten por presentar, en primer lugar, el ERTE por fuerza mayor con exoneración de cuotas. Además de las sanciones que puedan imponerse a consecuencia de las incorrecciones que hayan podido cometer las empresas, la estimación por silencio positivo del ERTE por fuerza mayor ha impedido que muchas empresas inicien un nuevo ERTE por causas productivas, corriendo el riesgo de que la Administración competente interprete, a posteriori, que no existía fuerza mayor.

ENDURECIMIENTO DE LAS SANCIONES

Con la entrada del Real Decreto 15/2020 se han modificado diversos aspectos de la LISOS (Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), endurecido aún más las sanciones a las que harán frente las empresas que cometan abusos en la tramitación de un ERTE.

Hasta el momento se consideraba una infracción muy grave el falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones, sancionada según lo que establece el artículo 23 LISOS con multas desde 6.252 hasta los 187.515 euros, que además pueden ir acompañadas de sanciones accesorias consistentes en la pérdida de bonificaciones, ayudas y subvenciones, entre otras. Además, la fraudulenta tramitación de un ERTE podría incluso suponer una sanción penal que podría conllevar penas de hasta 6 años de prisión.

El artículo 307 del Código Penal castiga el fraude a la Seguridad Social de uno a cinco años de prisión y una multa del séxtuplo del dinero impagado o recibido indebidamente cuando la cuantía supere los 50.000 euros. Esta pena aumenta cuando esta cantidad supera los 120.000 euros, donde la condena podría llegar a ser de dos a seis años de prisión y una multa que se eleva al doble del séxtuplo. Es importante tener en cuenta que estas sanciones no son solo para la obtención del ERTE para uno mismo, sino también para cuando se facilite o ayude a terceros a conseguirlo.

El mencionado Real Decreto ha modificado el texto y ahora no solo es sancionable falsificar datos, sino que también efectuar declaraciones, o facilitar, comunicar o consignar datos falsos o

inexactos que den lugar a que las personas trabajadoras obtengan o disfruten indebidamente de prestaciones. En casos como estos, en los que por ejemplo se reduce la jornada de trabajo de forma ficticia, podría suponer un delito de imposición de condiciones laborales lesivas, tipificadas en el artículo 311 del Código Penal y unas penas de seis meses a seis años de prisión.

Además, añade también un apartado en el que se establece que, en el caso de que se produzca dicha infracción, la empresa deberá responder directamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora, siempre que no concurra dolo o culpa por parte de éste.

Hay que recordar que, en el supuesto de infracciones muy graves, como sería el caso, se entenderá que la empresa incurre en una infracción por cada una de las personas trabajadoras que haya solicitado, obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social.

Sin embargo, la LISOS también considera que esta actuación por parte del trabajador es constitutiva de una infracción muy grave, como se reconoce en el artículo 26 LISOS. En este caso la sanción consistiría en la extinción y devolución de la prestación por desempleo e incluso la exclusión del derecho a percibir cualquier prestación durante un año, ya sea el paro, un subsidio o la jubilación.

PARA MÁS INFORMACIÓN:

MONTSE RODRÍGUEZ

Directora | Laboral
montse.rodriguez@bdo.es

Esta publicación ha sido redactada en términos generales y debe ser contemplada únicamente como una referencia general. Esta publicación no puede utilizarse como base para amparar situaciones específicas y usted no debe actuar, o abstenerse de actuar, de conformidad con la información contenida en este documento sin obtener asesoramiento profesional específico. Póngase en contacto con BDO en cualquiera de nuestras oficinas para tratar estos asuntos en el marco de sus circunstancias particulares. BDO, sus socios y empleados, no aceptan ni asumen cualquier responsabilidad ante cualquier pérdida derivada de cualquier acción realizada o no por cualquier individuo al amparo de la información contenida en esta publicación o ante cualquier decisión basada en ella.

BDO Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P., es una sociedad limitada española independiente y miembro de la red internacional de BDO, constituida por empresas independientes asociadas de todo el mundo, y creada por BDO International Limited, una compañía limitada por garantía del Reino Unido.

BDO es la marca comercial utilizada por toda la red BDO y para todas sus firmas miembro

Copyright © 2020. Todos los derechos reservados. Publicado en España.

bdo.es

bdo.global

bdo.es/blogs/blog-coordenadas-bdo



Auditoría & Assurance | Advisory | Fiscal y Legal | Outsourcing