



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



ABRIL 2020

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Abril 2020



Reactivación de la actividad y prevención del riesgo de contagio del Coronavirus COVID-19.

En los medios de comunicación de los últimos días, dos términos o expresiones son empleados profusamente para describir la realidad y el inmediato futuro: “desescalada” y la vuelta “a una nueva normalidad”. Aunque el estado de alarma ha sido prorrogado de nuevo hasta las 00:00 del domingo 10 de mayo, la evolución de los efectos del Coronavirus COVID-19, el “desescalamiento” acordado por el Gobierno y la necesidad de retornar a la actividad determinan que se esté retomando ésta. Este “reinicio” será posible siempre que se cumplan dos elementos. El primero, al menos hasta que no se cambien sus términos, es que se trate de una empresa o establecimiento no afectado por el cierre decretado por el [RD 463/2020, de 14 de marzo](#), que declaró el estado de alarma, (básicamente la apertura al público de locales y establecimientos minoristas con las excepciones previstas en su art. 10.1 así como el conjunto de establecimientos y actividades incluidas en su anexo). El segundo, es que las empresas adopten el conjunto de medidas de prevención necesarias para evitar/minimizar el riesgo de contagio. Además de la preferencia del teletrabajo y otras modalidades de trabajo a distancia, cuando ello sea técnica y razonablemente posible (art. 5 del [RDL 8/2020](#)), prorrogada durante los tres meses siguientes a la finalización del estado de alarma o sus prórrogas ([RDL 15/2020](#), de 21 de abril), las empresas, con la colaboración de su servicio de prevención, deberán adoptar cuantas medidas sean necesarias para, si no evitar el riesgo de contagio, sí minimizarlo. Con independencia de si la empresa debe de realizar un plan de

contingencia (aconsejable según la [Guía de Buenas prácticas en los centros de trabajo elaborada por el Ministerio de Sanidad](#), imprescindible, por ejemplo, en las [Recomendaciones para empresas y personas trabajadoras elaboradas en el ámbito del Consell de Relacions Laborals de Catalunya](#)), lo que resulta innegable es que la empresa deberá adoptar medidas preventivas adaptadas a la nueva situación so pena de poder incurrir en eventuales responsabilidades. Esas medidas de prevención deberán ser adoptadas con la participación del servicio de prevención y con consulta a los delegados de prevención o los representantes de los trabajadores. Una actuación para la que resulta de suma importancia el [Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2](#) del que dimos cuenta en el anterior [Newsletter](#).

La realización de pruebas de diagnóstico de coronavirus o el control de la temperatura a las personas trabajadoras son algunas de las medidas de prevención que las empresas están adoptando y de las que más eco se hace la prensa. Al margen de que este tipo de medidas son insuficientes por sí solas, requiriendo de auténticas medidas preventivas y de un protocolo de actuación claro y bien definido sobre como proceder en caso de detección de positivos, se han planteado dudas sobre su validez jurídica desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Efectivamente, en uno y otro caso se pueden ver involucrados el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos por cuanto



nos estamos refiriendo a datos de carácter personal que además constituyen datos biométricos en el sentido del art. 4.14 del [Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD).

Sin embargo, como indicó, ya el 16 de marzo, la presidencia del Comité Europeo de Protección de Datos, esa normativa no impide tomar medidas contra la pandemia del Coronavirus siempre y cuando, aún en estas especiales circunstancias, se asegure la protección de esos datos. En este sentido, debe tenerse en consideración que aunque el RGPD establece un principio general de prohibición de tratamiento de los datos biométricos, admite dos excepciones aplicables al caso: 1) cuando sea “necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado” (art. 9.2.b) y 2) cuando “el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico (...)” (art. 9.2.h). De esta forma, este tipo de controles será posible siempre y cuando se respete lo establecido en el art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en materia de vigilancia de la salud. A estos efectos, interesa tener presente que, aunque el punto de partida de esta regulación es la voluntariedad para la persona trabajadora, la Ley prevé que el reconocimiento puede ser obligatorio cuando, previo informe de los representantes de los trabajadores, sea imprescindible “para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás

trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”, una excepción que resultaría aplicable en la actual situación. La vigilancia de la salud debe conforme a ese mismo precepto respetar las siguientes condiciones:

- Respetar el principio de proporcionalidad. En este sentido y por exigencia también de la normativa sobre protección de datos, el control debe limitarse y ceñirse al control del COVID-19.
- Respetar el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona trabajadora y la confidencialidad de toda la información.
- Los resultados deberán comunicarse a los trabajadores/as afectados/as.
- Los datos no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.
- El acceso a los datos se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. El empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados, no obstante, de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención.
- Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditadas. Esta exigencia plantea importantes dudas sobre quién puede verificar los controles y tratar los datos. De conformidad con la normativa de desarrollo de la LPRL, el personal con capacidad para realizar la



vigilancia de la salud es el personal sanitario integrado en los servicios de prevención autorizados para realizar la vigilancia de la salud, lo cual podría dificultar su realización por parte del personal de vigilancia y/o seguridad. Seguramente, la existencia de

sistemas automatizados debería permitir que éstos simplemente participasen con funciones auxiliares y de control siendo lo relevante que el acceso a los datos y su tratamiento quede reservado al personal sanitario autorizado.

La recuperación del permiso retribuido, recuperable y obligatorio.

El [RDL 10/2020, de 29 de marzo](#), estableció el permiso retribuido, recuperable y obligatorio, en lo sucesivo el permiso, que las empresas no consideradas esenciales debían reconocer a aquellos trabajadores que no estuviesen incluidos en un ERTE ni desarrollando su trabajo a distancia (junto con alguna otra excepción, [véase la nota informativa 6](#)).

Una vez concluido su periodo de ejercicio (debía desarrollarse del 30 de marzo, con alguna excepción, al 9 de abril inclusive), debe plantearse su recuperación. La norma exige que la determinación de la forma en que debe recuperarse deba ser negociada de buena fe en un periodo de consultas, de una duración máxima de 7 días, entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. Para el supuesto de que no exista representación legal, la norma prescribe que se negociará con una comisión representativa, que deberá constituirse en un plazo máximo de 5 días, integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación.

La comisión estará conformada por una persona de cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. Por último, se establece que “en caso de no conformarse esta representación”, recuérdese que tiene un plazo máximo de 5 días, “la comisión estará integrada por tres personas trabajadoras de la propia empresa”,

elegidas conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Aunque la norma se refiere exclusivamente a la empresa, la determinación de los órganos de representación legal como sujeto negociador de primer grado y la constitución ordinaria de éstos en el ámbito del centro de trabajo, creemos que debería suponer que la negociación se pudiese desarrollar a nivel de centro o de empresa, siempre y cuando se garantice la negociación colectiva y no se encubran actuaciones fraudulentas o un abuso de derecho.

Cabe plantearse también qué habría de ocurrir en aquellos supuestos en los que la empresa no tuviese los tres trabajadores que deben integrar la comisión representativa, cuando en 5 días no se conforma la sindical (nótese que el RDL 10/2020 no establece un máximo de tres personas como hace el art. 41.4 del TRLET). Se plantean dos posibles soluciones: la primera es que se negocie con los trabajadores que existan, aunque no lleguen a los tres, la segunda que decida el empresario. Seguramente la opción con menores riesgos es negociarlo, si así lo desean, con esos trabajadores.

Se prevé que las partes podrán acordar, en cualquier momento, la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico a los que hace referencia el artículo 83 del TRLET.

¿Qué ocurre si no se alcanza un acuerdo en el periodo de consultas o fracasan los



intentos de mediación o conciliación? El art. 3.2 del RDL 10/2020 prevé que, en esas hipótesis, le corresponde tomar la decisión sobre la recuperación al empresario que deberá notificársela a las personas trabajadoras y a la comisión representativa, en el plazo de siete días desde la finalización del periodo de consultas.

Si existe acuerdo en el periodo de consultas, éste podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. No obstante, **tanto para este escenario, el de existencia de acuerdo, como para el de ausencia, el RDL establece importantes limitaciones (art. 3.3):**

- la recuperación de estas horas no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos tanto en la ley como en el convenio colectivo;
- se deberá respetar el plazo de preaviso prescrito en el artículo 34.2 del TRLET (son 5 días);
- no podrá suponer la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo aplicable (obviamente deberán descontarse como no efectuadas las que corresponden al permiso). Aunque la norma no lo diga expresamente, la aplicación del [art. 34.3 del TRLET](#) aconseja que la superación de las 9 horas diarias sólo se haga cuando el convenio lo permita o cuando exista acuerdo de empresa o con la comisión negociadora de la recuperación del permiso;
- deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente (por ejemplo, los derechos de reducción de jornada reconocidos, los horarios establecidos

por necesidades de conciliación ex art. 34.8 TRLET o vía art.6 del [RDL 8/2020](#)).

Dos cuestiones que se plantean y que no son resueltas expresamente por la norma son si **cabe recuperar esas horas del permiso durante el periodo previsto inicialmente como de vacaciones**, y, en segundo lugar, si **cabe efectuar una compensación respecto a las vacaciones a las que tiene derecho el trabajador**. Ante el silencio del RDL ambas preguntas deberán ser respuestas teniendo en cuenta el art. [38 del TRLET](#) y la normativa y jurisprudencia europea. De esta forma, y empezando por la segunda de las cuestiones, creemos que es posible afirmar que la recuperación no podrá nunca suponer que el trabajador tenga derecho a unas vacaciones inferiores a los 30 días naturales establecidos por la ley. El único supuesto en el que sería admisible una compensación, sin entender que existe una renuncia de derechos prohibida, sería el de aquellos supuestos en los que la recuperación se imputa a días de vacaciones que exceden los 30 días legales. La forma en que se habría de proceder en esta hipótesis variaría en función de la fuente que hubiese establecido esa mejora (convenio, acuerdo individual, decisión unilateral empresarial de efectos colectivos).

Asimismo, debe tenerse en consideración que no es posible considerar que los días del permiso puedan ser calificados o considerados como de vacaciones por cuanto normativamente se han calificado como permiso.

Respecto a si es posible una recuperación durante el periodo inicialmente previsto de vacaciones, debe tenerse en cuenta que el periodo de disfrute de vacaciones deberá fijarse de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en el convenio colectivo. Si el convenio no ha establecido nada al respecto creemos que sería posible el acuerdo entre ambas partes. Debe destacarse que la ley exige que el trabajador conozca los periodos de disfrute con al menos dos meses de anticipación al comienzo del disfrute.



¿Podrían recuperarse a través de la compensación de las horas extraordinarias ya realizadas y aún no abonadas? Aunque la norma nada dice al respecto, el [art. 35.1 del TRLET](#) establece que las horas extraordinarias, en función de lo establecido en el convenio colectivo o, en su defecto, el contrato individual, podrán ser abonadas o compensadas por tiempos equivalentes de descanso retribuido, un descanso retribuido que, a nuestro juicio, podría ser el correspondiente al del permiso retribuido. Ese mismo precepto establece que, en ausencia de pacto al respecto, deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

¿Y cuándo se debe recuperar? La norma establece que la recuperación se podrá hacer

efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020. No obstante, creemos que sería posible utilizar los mecanismos de distribución irregular para efectuar un trasvase de la jornada de este año 2020 al 2021 siempre y cuando nos situemos en los límites establecidos en el art. 34.2 del TRLET (“La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”).

Cuidado con quién negociamos.

Resuelve la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 un asunto poco frecuente. Se trata de la impugnación de un convenio estatutario negociado en una empresa de transporte por carretera que emplea aproximadamente a 160 trabajadores. El convenio es negociado y firmado por las secciones sindicales de UGT y CGT cuyos representantes son a su vez los miembros del comité de empresa del único centro de trabajo con órgano de representación unitaria, el de Barcelona. El propio sindicato UGT impugna el convenio colectivo, seguramente porque, como se desprende del relato de la sentencia, el convenio pactado en el ámbito empresarial establecía condiciones de trabajo inferiores a las establecidas en los convenios provinciales aplicables. Ha de destacarse que la negociación la desarrollan en tanto que representantes sindicales y no miembros del comité de empresa, entre otras cosas, porque de haberlo hecho como representantes unitarios, el convenio se hubiera declarado nulo por vulnerar el principio de correspondencia.

El Tribunal Supremo considera, a diferencia de la Audiencia Nacional, que únicamente las secciones sindicales válidamente constituidas tienen legitimación para negociar y que un defecto en su constitución determinante de su invalidez supone que no esté legitimada para negociar el convenio y por ello, la nulidad del V Convenio Colectivo de empresa. La Audiencia Nacional había considerado que los Estatutos Sindicales, al constituir pactos societarios, normas de origen contractual, en base al principio de relatividad de los contratos que expresa el art. 1257,1 del Código Civil (“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan [...]”), no podían hacerse valer frente a terceros y determinar la nulidad del convenio, sin perjuicio, del legítimo derecho de la organización actora a exigir responsabilidades en el ámbito interno de la propia organización sindical.

La información contenida en este Boletín constituye una síntesis que no puede ser aplicada sin un asesoramiento legal previo. Quedamos a su disposición para cualquier comentario o aclaración sobre la información contenida en este documento en: newsletter@antras.net.