

PLAN DE VUELTA A LAS OFICINAS DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA Y PLAN DE FUNCIONAMIENTO DE ACTIVIDADES EN EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE CONTAGIOS DEL COVID-19 Y OTRAS ACTUACIONES, COMPLETADO POR LA ADDENDA AL PLAN DE FUNCIONAMIENTO DE ACTIVIDADES EN EL CGAE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE CONTAGIOS DEL COVID-19 Y OTRAS ACTUACIONES

Dictamen de urgencia emitido por doña María Emilia Casas Baamonde, Of Counsel de Ejaso ETL Global y Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, a petición del Secretario General Técnico del Consejo General de la Abogacía Española, don José Antonio Perales Gallego, sobre la conformidad a Derecho del “Plan de Vuelta a las Oficinas del CGAE”, de 11 de mayo de 2020, y del “Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de Prevención de Contagios del Covid-19 y otras actuaciones”, de 7 de mayo de 2020, completado por la “Addenda al Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones”, de 19 de mayo de 2020

Debe hacerse observación expresa de que la referencia al Consejo General de la Abogacía Española comprende, además a la Fundación Abogacía y al ITCGAE, S.L.U.

1. EL ESTADO DE ALARMA Y SUS PRÓRROGAS ANTE LA EMERGENCIA SANITARIA: LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DEL TRABAJO

El Gobierno declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional por RD 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo), para la gestión de la situación de de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado con la preceptiva autorización parlamentaria en sucesivas ocasiones (artículo 161.2 CE). Se basó para declararlo en las circunstancias extraordinarias del artículo 4.b) y d) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Por el momento, la cuarta y última prorroga de la declaración del estado de alarma hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo ha sido establecida por el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo (BOE de 9 de mayo), con la preceptiva

autorización del Congreso de los Diputados (BOE de 9 de mayo) en las condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, con las modificaciones introducidas por los posteriores y por el propio Real Decreto 514/2020. Reguló este Real Decreto el procedimiento para la “desescalada” o “transición a la nueva normalidad” en cuatro fases que había aprobado el Gobierno el 28 de abril, habilitando al Ministro de Sanidad, a propuesta, en su caso, de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, y a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, para acordar, en el ámbito de su competencia, la progresión o regresión de las medidas aplicables en un determinado ámbito territorial, sin perjuicio de las habilitaciones conferidas al resto de autoridades delegadas competentes (artículo 3).

La declaración inicial del estado de alarma tuvo un impacto restrictivo inmediato de la *libertad constitucional de circulación* de las personas por las vías de uso público, que, sin embargo, *no alcanzó a los desplazamientos individuales a los lugares de trabajo, profesionales y empresariales para la realización de las prestaciones correspondientes, y el retorno a la residencia habitual*. Al tiempo las denominadas “medidas de contención” de distintos sectores de actividad del Real Decreto de declaración del estado de alarma impusieron la suspensión temporal obligatoria del trabajo presencial. De este modo, el Real Decreto de declaración del estado de alarma *limitó contundentemente la libertad constitucional de empresa y el derecho constitucional al trabajo prestado presencialmente en determinados sectores de actividad, lo que redundó en la intensidad de la limitación del derecho de libre circulación*. Al tiempo, las medidas decretadas mantuvieron la obligación de trabajar presencialmente, o la ampliaron, en sectores y actividades calificados de esenciales y recurrieron a contrataciones y reincorporaciones de personal excepcionales, al reforzar el sistema nacional de salud y el sistema de servicios sociales en todo el territorio nacional, también al asegurar el abastecimiento de bienes de primera necesidad para la población.

Las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales de los ciudadanos se basaron en razones de *salud pública*: “las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública” (exposición de motivos del RD 463/2020); el objetivo fundamental de la “desescalada” es “conseguir que, manteniendo como

referencia fundamental la protección de la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar” (exposición de motivos del RD 514/2020).

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, incorpora el principio de proporcionalidad para legitimar constitucionalmente las medidas adoptadas y su duración, que “serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias” (artículo 1.2).

2. LA REGULACIÓN EXCEPCIONAL DEL CARÁCTER PREFERENTE DEL TRABAJO A DISTANCIA

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de Covid-19, se publicó en el BOE del siguiente día 18 de marzo, bajo la rúbrica “estado de alarma”, entrando en vigor el mismo día de su publicación (disposición final novena).

Sus disposiciones laborales y de seguridad social no son solo de extraordinaria y urgente necesidad, en las que el cumplimiento del presupuesto constitucional habilitante de su dictado no precisa de mayor explicación (artículo 86.1 CE). Son normas legales de “medidas” excepcionales, de respuesta inmediata a una emergencia sanitaria extraordinaria, que actúan, como el propio real decreto que declara el estado de alarma, predominantemente en el campo de la aplicabilidad de normas con rango de ley, y en ocasiones reglamentarias, ya existentes en el ordenamiento jurídico, alterando, particularizando o excepcionando temporalmente -durante su vigencia- los requisitos y condiciones de su aplicación. Ha creado también normas nuevas con igual finalidad excepcionadora o particularizadora, que, en el tenor de su mandato, tienen igualmente una vigencia limitada.

El Real Decreto-ley 8/2020 no ha modificado para el futuro ninguna norma jurídico-laboral ordinario, ni la ha derogado. No contienen reforma o derogación alguna del ordenamiento laboral ordinario llamada, en principio, a permanecer, ninguna reforma estructural. Es todo él una norma transitoria, que durante su vigencia desplaza la aplicación de las normas de la legalidad ordinaria, del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) en concreto, sobre las instituciones que regula.

Su artículo 5 regula el "*carácter preferente del trabajo a distancia*", primera particularización o modalización del artículo 13 del ET, que, es patente, no ordena al trabajo a distancia con carácter preferente. Eso sí, el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020 presupone su concepto proporcionado por el apartado 1 del artículo 13 del ET.

El citado artículo 5 se compone de tres mandatos normativos:

1) "Las medidas *excepcionales* de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios *garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria*".

Sus medidas excepcionan la aplicación del artículo 13 del ET, en los términos de sus siguiente mandatos, durante la situación de excepcionalidad sanitaria. Sobre ello volveré mas adelante.

2) "*En particular, 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*".

Su regulación excepciona la contenida en el artículo 13 del ET.

La empresa o entidad empleadora debe establecer sistemas de organización del trabajo a distancia, u otras medidas alternativas, para el mantenimiento del trabajo durante el confinamiento, si ello es técnica y razonablemente posible y requiere un esfuerzo de adaptación proporcionado para la empresa y los trabajadores. No en caso contrario, en que son posibles medidas de reducción o cesación parcial de la actividad. Y el trabajador ha de aceptar obligatoriamente esa forma de trabajar, si es la medida alternativa establecida por la empleadora, sin necesidad del acuerdo al que se refiere el artículo 13.2 del ET. Sin necesidad de acuerdo, ni de su formalización por escrito, como exige el ET.

Si se dan las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad en el establecimiento del trabajo a distancia, esta forma de prestación del trabajo es prioritaria frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, regulación que tampoco está presente en el artículo 13.2, inaplicable en la excepcionalidad sanitaria, y sustituida su aplicación por la de este artículo 5 del RDL 8/2020, que no ha reformado ni derogado el precepto estatutario. Ha excepcionado su aplicación en una situación excepcional.

El trabajo a distancia particularmente, como medida alternativa, es prioritario frente a la cesación temporal o reducción de la actividad de la empresa o entidad. Esto es, frente a medidas de suspensión contractual y de reducción del tiempo de trabajo, encauzadas a través de los ERTes excepcionales por COVID-19, por fuerza mayor y por causas objetivas empresariales, cuya aplicación ha desplazado a la del artículo 47 del ET durante la excepcionalidad sanitaria y hasta el 30 de junio de 2020, salvo prórroga del Gobierno (por decisión del artículo 1 del RDL 18/2020, de 12 de mayo, en vigor desde el 13 de mayo).

El trabajo remoto es también prioritario frente a la cesación temporal o reducción de la actividad del trabajador. Así lo confirma el artículo 6 del RDL 8/2020 ("Plan MECUIDA"), que reconoce a los trabajadores un derecho de conciliación excepcional a acceder a la adaptación de su jornada cuando acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, en las circunstancias excepcionales ligadas a la pandemia de COVID-19, que describe en su apartado 1: cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas

en el apartado anterior que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19; *cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos*; cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19.

Este derecho excepcional excepciona -admitase la redundancia- durante su vigencia la aplicación del artículo 34. 8 del ET.

Este derecho excepcional de acceso a la adaptación de la jornada por las razones y en las circunstancias dichas es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que ha de partir del reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y de la evitación de la perpetuación de roles y ha de ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa (artículo 6.1).

El derecho puede operar sobre la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, 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 disponible en la empresa *"o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19"* (artículo 6.2).

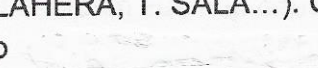
La concreción inicial de la modalidad del disfrute del derecho corresponde a la persona trabajadora. Pero no es un derecho perfecto, porque además de concederse con los condicionamientos de justificación, razonabilidad y proporcionalidad señalados que han de ponderarse a la luz de las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa, se precisa el acuerdo del empleador. La empresa y la persona trabajadora han de hacer lo

posible para llegar al acuerdo. El desacuerdo se resuelve por el juez de lo social según la modalidad procesal del artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que tiene carácter urgente.

Debe advertirse que la dicción literal del artículo 5, párrafo segundo, se refiere al trabajo a distancia *como medida alternativa para el mantenimiento de la actividad y del trabajo frente a su cesación o reducción*. Pero el teletrabajo es una medida alternativa, *no la única medida alternativa*, en el contexto de la norma analizada del artículo 5 del RDL 8/2020. Sobre ello he de volver también.

3) Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la prestación 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 artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

Tampoco se aplica aquí la regulación mas rigurosa del artículo 13, apartado 4, del ET sobre seguridad y salud de los trabajadores a distancia.

En suma, el artículo 5 del RDL 8/2020 desplaza durante su vigencia la aplicación del artículo 13 del ET. Sobre este efecto la doctrina es unánime (J. CRUZ, J. LAHERA, T. SALA...). Coincido, por ello, con la que la Nota Dictamen del letrado , califica de "inalterada vigencia del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores" (pág. 3). El artículo 13 del ET esta vigente y su texto inalterado, pero, con el máximo respeto a su posición, entiendo que su aplicación ha sido desplazada por la del artículo 5 del RDL durante la vigencia de éste, transcurrida la cuál recobrará, no su vigencia inalterada, sino su aplicabilidad ordinaria el artículo 13 de la norma estatutaria. Como las normas del RD de declaración del estado de alarma, las excepcionales del RDL 8/2020 limitan o excepcionan durante su vigencia la aplicabilidad de otras sin reformarlas ni derogarlas (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 4).

Insisto que, expresándolo con el máximo respeto, el artículo 13 del ET no puede ser aplicado para resolver la cuestión objeto de dictamen. Significaría inaplicar el artículo 5 del RDL 8/2020, norma excepcional consecuencia de la emergencia sanitaria que está en vigor.

La exposición de motivos del RDL 8/2020 explica las razones de esta regulación excepcional del teletrabajo, como mecanismo alternativo preferente de organización y prestación del trabajo, en la concepción del legislador de urgencia, para que la empresa cumpla las obligaciones que le impone su artículo 5 cuando razonable y proporcionalmente pueda ofrecerlo y sea igualmente posible y proporcional para la persona trabajadora, que en tal caso se ve obligada a aceptarlo: esta forma de organización del trabajo sirve a la ejecución de las medidas de contención del RD de declaración del estado de alarma, al limitar los desplazamientos y el contacto en el trabajo, y a su finalidad de protección de la salud pública, "garantizando al mismo tiempo la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales".

3. LA PRÓRROGA DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 5 (Y DEL ARTÍCULO 6) DEL REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 27 DE MARZO, MÁS ALLÁ DEL ESTADO DE ALARMA POR RAZONES DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES Y DE SALUD PÚBLICA

En su versión original, el RDL 8/2020 dispuso que sus medidas mantendrían su vigencia durante el plazo de un mes desde su entrada en vigor, sin perjuicio de que, previa evaluación de la situación -se entiende de la evolución de la pandemia-, se pudiera prorrogar su duración por el Gobierno mediante real decreto-ley. Las medidas que tuvieran plazo determinado de duración se sujetarían al mismo (disposición final décima). El carácter preferente del trabajo a distancia no tenía plazo determinado de duración, de modo que su vigencia inicial era de un mes desde el 18 de marzo.

La prórroga anunciada se produjo por la disposición final 1.17 del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, que modificó la disposición final décima del RDL 8/2020, para establecer que sus medidas mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma, sujetándose a su plazo de duración

propio las que lo tuvieran previsto, y sin perjuicio de una nueva prórroga por el Gobierno por decreto-ley, previa evaluación de la situación de crisis sanitaria.

Su exposición de motivos explicó la prórroga: “La evolución de la crisis sanitaria requiere la prolongación en el tiempo de las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 8/2020, con el fin de mitigar el impacto económico y social derivado de la extensión del contagio de la enfermedad, manteniendo como prioridad la protección de las familias, autónomos y empresas más directamente afectadas. A tal efecto en aplicación de la Disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, se incluye la Disposición final duodécima en la que se determina expresamente la prórroga de la vigencia de todas las medidas adoptadas durante el plazo de un mes tras el fin del estado de alarma, reforzando o desarrollando algunas de ellas para una mayor efectividad”.

Desvinculó el RDL 11/2020 la generalidad de las medidas del RDL 8/2020, y en concreto el carácter preferente del trabajo a distancia y los excepcionales derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, del estado de alarma.

El RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, pronunció la desvinculación de la regulación excepcional de las instituciones señaladas del estado de alarma. Su artículo 15 prorrogó la vigencia de la regulación de los artículos 5 y 6 del 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 1.17 del Real Decreto-ley 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”.

En consecuencia, tres meses de prórroga de la vigencia de la regulación excepcional del trabajo a distancia y de los derechos de conciliación, comprendidos éstos en la nueva denominación del Plan MECUIDA, desde la finalización del estado de alarma.

Sin contar con prórrogas adicionales del Gobierno, se trata de una vigencia significativa de medidas excepcionales de la primera hora del confinamiento.

El RDL 15/2020 ofreció también la justificación de la prórroga de la vigencia de las medidas excepcionales. La de la regulación del RDL 8/2020 sobre el carácter preferente del trabajo a distancia responde a la necesidad de “*garantizar la protección de las personas trabajadoras*”, una necesidad, pues, de salud pública, que debe subrayarse; la de los derechos de adaptación del horario y reducción de la jornada a la de “seguir atendiendo a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar en el contexto de la crisis del COVID-19”, de dimensión constitucional según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (STC 3/2007, de 15 de enero).

El legislador gubernamental ponderó la necesidad de proteger esos bienes jurídicos, que satisfacían las primeras normas excepcionales laborales del confinamiento, en un plazo largo, el mismo día en que el Gobierno acordó solicitar del Congreso de los Diputados una tercera prórroga del estado de alarma, que incluía medidas de alivio para los menores. En consecuencia, entendió que las razones que las asistían debían mantenerse en una situación de inicio de medidas de desconfinamiento.

4. EL TRABAJO A DISTANCIA Y OTROS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA MANTENER LA ACTIVIDAD EN LA EXCEPCIONALIDAD SANITARIA. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 5 DEL REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO

Conocido el contenido del artículo 5 del RDL 8/2020, sobre el carácter preferente del trabajo a distancia, y su vigencia, que en mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, desplaza temporalmente la aplicación del artículo 13 del ET, en este Dictamen se pide opinión fundada sobre la conformidad a Derecho del “*Plan de vuelta a las Oficinas del CGAE*”, de 11 de mayo de 2020, que supone la incorporación progresiva al trabajo presencial de las personas trabajadoras al servicio del CGAE hasta su totalidad, con las excepciones que se señalarán. Ese Plan se integra con el “*Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones*”, de 7 de mayo de 2020, a su vez complementado por la “*Addenda al Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones*”, de 19 de mayo de 2020.

El CGAE es un servicio esencial, cuyo funcionamiento se liga estrechamente al de la Administración de Justicia. Por ello, ha vinculado su progresivo retorno a la actividad laboral presencial desde la situación de excepcionalidad sanitaria, en la que persistimos, al *“Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19”*, aprobado por Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo (BOE de 9 de mayo). En la exposición de motivos de la citada Orden ministerial se señala la vinculación a la misma del CGAE. Dice así: *“De acuerdo con las Comunidades Autónomas con competencias transferidas, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, y en consultas con los Consejos Generales de la Abogacía, Procuradores y Graduados Sociales, así como las organizaciones sindicales, y de conformidad con las recomendaciones de la Autoridad Central Sanitaria en virtud de la Orden SND/261/2020, de 19 de marzo [...]. En el punto cuarto de su cuerpo resolutivo el Ministro de Justicia se reserva la facultad de modificar las fases comprendidas en el Plan de Desescalada, para adaptarlas a los cambios en los escenarios de lucha contra el COVID-19, siguiendo las recomendaciones e indicaciones de la Autoridad Sanitaria, previa comunicación a la Comisión de Coordinación [...] y siguiendo la metodología de trabajo de la Comisión de Coordinación de Justicia para el COVID-19”*.

4.1. INTERPRETACIÓN LITERAL: EL TRABAJO A DISTANCIA ES PREFERENTE PERO NO ES EXCLUSIVO NI EXCLUYENTE DE OTROS MECANISMOS ALTERNATIVOS

Antes de establecer indicación alguna sobre el *“Plan de vuelta a sus Oficinas”* del CGAE y de su *“Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones”*, de 7 de mayo de 2020, completado por la *“Addenda al Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones”*, de 19 de mayo de 2020, que cuentan con el respaldo reglamentario que termina de señalarse, será preciso concluir la interpretación del artículo 5 del RDL 8/2020 en los términos anunciados en el anterior epígrafe 2. Y de responder a la cuestión esencial, objeto de este Dictamen, de si los trabajadores que con motivo del estado de alarma y la contención obligada de la actividad en el confinamiento han mantenido su trabajo en modalidad a distancia o de teletrabajo tienen un derecho, que les reconocería la citada norma legal de urgencia durante su vigencia, prorrogada por el RDL 15/2020, a permanecer en esa modalidad contractual cuando la empresa reanuda su actividad en la

excepcionalidad sanitaria en la nueva fase que nos encontramos de desescalada o desconfinamiento y precisa de su trabajo presencial. La respuesta es negativa, en mi criterio que fundamentaré jurídicamente. En caso contrario, se habría producido una primera novación contractual en el tránsito del trabajo presencial al teletrabajo, precisada, consiguientemente, del consentimiento de los trabajadores para la producción de una segunda novación contractual conducente al retorno a la modalidad contractual presencial, todo ello en los términos del artículo 13 del ET; no en los del artículo 5 del RDL 8/2020, que es el precepto legal aplicable en tanto se mantenga vigente.

Es sabido que el artículo 3.1 del Código Civil ordena interpretar las normas "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Pues bien, según el sentido de las palabras del mandato normativo central del párrafo 2º del artículo 5 del RDL 8/2020, el precepto legal *impone* a las empresas *la obligación de establecer sistemas de organización* que permitan mantener la actividad a través de mecanismos alternativos, *particularmente o preferentemente del teletrabajo*, debiendo adoptar a tal fin las medidas oportunas que sean técnica y razonablemente posibles desplegando para ello un esfuerzo de adaptación que sea proporcionado, también para los trabajadores. Esos mecanismos alternativos, y *en particular o preferentemente el teletrabajo*, están destinados a mantener la actividad y por ello deben ser *prioritarios frente a la cesación temporal o reducción de la actividad*. Establecidos por la empresa con esa finalidad son obligatorios para los trabajadores, sin que -insisto en este extremo- se produjera la novación contractual de las modalidades de trabajo presencial bajo las que trabajaban las personas trabajadoras que tras la declaración del estado de alarma y la aplicación del artículo 5 del RDL 8/2020 han desempeñado su actividad mediante teletrabajo. La declaración del estado de alarma en el sector educativo y las decisiones empresariales amparadas en el poder de dirección empresarial y después en citado precepto de urgencia, con carácter general, tuvieron por efecto la modificación inmediata de la forma de trabajar de los trabajadores para proteger su salud y permitir la continuidad de la actividad empresarial sin transformación de su situación jurídico-contractual.

Coincido plenamente con el criterio sostenido en su "Nota sobre el teletrabajo y la situación de crisis sanitaria", emitida el 16 de mayo a solicitud del Secretario General Técnico del Consejo General de la Abogacía, conforme al que destaca que el párrafo segundo del artículo 5 del RDL 8/2020 "dispone que estos sistemas "se establecerán" (no que "podrán establecerse"), es decir, que la empresa ha de establecerlos "si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación resulta proporcionado". Esta fórmula, por tanto, implica que los sistemas de organización alternativos han de adoptarse, en la situación de emergencia sanitaria, siempre que ello sea técnica y razonablemente posible para la empresa y los trabajadores y que el esfuerzo de adaptación exigido por la implantación de esos medios sea proporcionado. Se trata, por tanto, de una obligación condicionada a las posibilidades organizativas y operativas de cada empresa". Así es en mi opinión personal, en efecto.

Comparto también su conclusión de que el artículo 5 del RDL 8/2020, ni obviamente el artículo 13 del ET, hayan modificado los contratos de trabajo de los trabajadores; la finalidad del artículo 5 del RDL radica "en la protección de las personas trabajadoras [...] y no en la alteración de los términos pactados en las relaciones laborales por cuenta ajena. Se trata, en suma, de medidas extraordinarias y de duración temporalmente limitada de protección de la salud en el entorno laboral y de garantía del retorno a la actividad económica, cuando finalice la crisis sanitaria que ha motivado su adopción". No se puede decir mejor.

Ahora bien, de la interpretación *literal* del precepto se deduce que "particularmente" -adverbio que se emplea por dos veces en el enunciado de la norma- la prestación del trabajo a distancia es un mecanismo alternativo, no el único, al sistema de organización establecido en la empresa, que permite mantener la actividad y garantiza la seguridad y salud de los trabajadores (exposición de motivos del RDL 15/2015) al evitar sus desplazamientos y su concentración en los lugares de trabajo. De ahí la obligación de la empresa de establecer "particularmente" o preferentemente esa forma de trabajo en los términos señalados de razonabilidad y proporcionalidad, y su carácter prioritario, no preferente, frente a la cesación o reducción de la actividad y del trabajo. No obstante, la obligación empresarial se cumple estableciendo otros mecanismos alternativos, que sean técnica y razonablemente posibles para la empresa y los trabajadores y el esfuerzo de adaptación exigido para su implantación sea

proporcionado, que, aunque no son preferentes para el legislador, han de ser igualmente prioritarios frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.

Debe subrayarse que en la dicción literal de la norma el trabajo a distancia *no es el único mecanismo alternativo* para mantener la actividad y el trabajo y la seguridad y salud de los trabajadores en su desempeño, obligación empresarial de protección que, por otra parte, no se deduce únicamente de la finalidad del artículo 5 del RDL 8/2020, sino que viene expresamente impuesta por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales con todo su aparato normativo ante la aparición de un nuevo riesgo laboral en la crisis sanitaria: el contagio por COVID-19.

El trabajo a distancia es el mecanismo alternativo que *particulariza* el legislador para mantener la actividad y la seguridad y salud de los trabajadores, pero no es la única medida para conseguir esos fines, pues las medidas son abiertas e indeterminadas en el texto de la ley. Su carácter *preferente* indica precisamente que *no es exclusivo ni excluyente de otras medidas organizativas razonables y proporcionales* que mantengan la actividad de la empresa, y que requieran efectuarse con trabajo presencial, y satisfagan los fines de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y de la salud pública.

En consecuencia, las empresas están obligadas a establecer mecanismos alternativos de organización del trabajo, aunque no exclusivamente en la forma de teletrabajo, y no precisan para ello del consentimiento de los trabajadores, como no lo precisó el establecimiento de la prestación de trabajo a distancia.

4.2. LA INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL: VARIACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD EN EL CONFINAMIENTO Y EN EL DESCONFINAMIENTO

La interpretación *contextual* del precepto legal excepcional, su aplicación a la realidad de su tiempo, conduce a la conclusión de que los sistemas de organización alternativos que las empresas están obligadas a adoptar con el fin de mantener su actividad y proteger la salud de los trabajadores, dentro de la pluralidad de mecanismos alternativos, puedan variar, y *no ser los mismos en el confinamiento que en las distintas cuatro fases del desconfinamiento o desescalada* en que la actividad presencial esté autorizada. La situación de

excepcionalidad sanitaria se mantiene, pero se ha modificado, lo que objetivamente fundamenta la decisión empresarial de introducir cambios organizativos en el trabajo dentro del cumplimiento del artículo 5 del RDL 8/2020.

Si el teletrabajo fue el mecanismo alternativo adoptado por la empresa en aquella fase de crecimiento exponencial de la pandemia, en la actual de camino hacia la normalidad, o hacia la nueva normalidad, la empresa, dentro de la libertad de su poder organizativo limitada por la finalidad constitucional de protección de la salud pública (artículos 15 y 43 CE), debe establecer -la obligación empresarial del artículo 5 del RDL 8/2020 continúa- los sistemas de organización del trabajo alternativos que hagan posible la necesaria protección de la seguridad y salud de los trabajadores, con trabajo presencial permitido en las fases de la desescalada, y que considere adecuados al cumplimiento de su actividad y de la finalidad o finalidades del artículo 5 del RDL 8/2020, de nuevo en términos de razonabilidad y proporcionalidad atendiendo a la actividad desplegada por la empresa, en nuestro caso, por el CGAE. Si existiese un rebrote de la pandemia o nuevos contagios variarían las medidas alternativas que la empresa deba adoptar.

El artículo 5 del RDL 8/2020 indica el carácter *preferente* del teletrabajo, pero se sustenta en la libertad organizativa de las empresas, limitada en una situación de excepcionalidad sanitaria, atendiendo a la actividad que desempeñan y a sus necesidades, para fijar los mecanismos organizativos alternativos que prioricen el mantenimiento de la actividad con protección de la seguridad y salud de los trabajadores, sean razonables y proporcionales para empresas y trabajadores y garanticen el cumplimiento de esas finalidades. Esos mecanismos alternativos pueden consistir en distintos sistemas de organización de la prestación de trabajo, con la combinación de fórmulas no presenciales y presenciales, o solo presenciales, del tiempo de trabajo presencial, con distintas jornadas u horarios de trabajo, con escalonamientos de los horarios de entrada y salida para evitar la coincidencia de los trabajadores... Siempre con mecanismos alternativos de protección de la seguridad y salud ante la situación de excepcionalidad sanitaria.

Estos sistemas organizativos alternativos han de tener en especial consideración la situación de los trabajadores de riesgo y, como se ha dicho, seguir las recomendaciones de las autoridades sanitarias. Han de tomar en cuenta la situación de las personas trabajadoras que soliciten acceder a su derecho excepcional a la adaptación de la jornada de trabajo por COVID-19,

atendiendo a las circunstancias excepcionales que recoge el artículo 6.1 del RDL 8/2020 -y, en concreto, a las derivadas de decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos-, derecho que la persona trabajadora puede proponer ejercer como prestación de trabajo a distancia (artículo 6.2 del RDL 8/2020).

En definitiva, si la empresa en la nueva etapa de excepcionalidad sanitaria, marcada por el desconfinamiento, desarrolla su actividad con trabajo presencial, puede hacerlo, estando obligada a establecer mecanismos alternativos a su sistema de organización anterior a la situación de excepcionalidad sanitaria y, obviamente, a cumplir con las obligaciones que le impone el artículo 5 del RDL 8/2020, el ordenamiento laboral ordinario -no excepcionado por las medidas excepcionales de la legislación de COVID-19-, y las determinaciones de las autoridades sanitarias en las fases de la desescalada.

4.3. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA: PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA Y REANUDACIÓN DE LA ACTIVIDAD

Por último, desde el punto de vista *finalista o teleológico*, la regulación del artículo 5 del RDL 8/2020 sobre el carácter *preferente, que no exclusivo*, del trabajo a distancia tiene como finalidad inmediata garantizar la protección de la salud de los trabajadores y la salud pública (RDL 15/2020), evitando el contagio en el trabajo, así como, al propio tiempo, el mantenimiento de la actividad y del trabajo. Su finalidad última y explícita en la norma legal excepcional es garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden *con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria* (artículo 5, párrafo 1º, del RDL 8/2020).

Esas finalidades no se obtienen únicamente del trabajo a distancia, sino de los sistemas alternativos de organización del trabajo presencial en el camino hacia la normalidad en la situación de excepcionalidad sanitaria. Esa situación concluirá con la finalización del estado de alarma prorrogado, que es un estado constitucional excepcional. No así, en cambio, regulación excepcional del

artículo 5 del RDL 8/2020 que se mantiene vigente tras su finalización (artículo 15 del RDL 15/2020). Cancelada su vigencia, se aplicará el artículo 13 del ET.

5. VALORACIÓN DE LA ADECUACIÓN DEL “PLAN DE VUELTA A SUS OFICINAS” DEL CGAE Y DE SU “PLAN DE FUNCIONAMIENTO DE ACTIVIDADES EN EL CGAE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE CONTAGIOS DEL COVID-19 Y OTRAS ACTUACIONES”, CON SU “ADDENDA AL PLAN DE FUNCIONAMIENTO DE ACTIVIDADES EN EL CGAE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE CONTAGIOS DEL COVID-19 Y OTRAS ACTUACIONES”, DE 19 DE MAYO DE 2020, A LOS ARTÍCULO 5 Y 6 DEL REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO

En este entendimiento del artículo 5 del RDL 20/2020 se enmarca el de la Orden del Ministro de Sanidad SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE de 9 de mayo). En su artículo 3 contiene un mandato de *fomento* de la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia “siempre que sea posible”; no cuando no lo sea en el sistema organizativo de la empresa que cumpla con las previsiones del artículo 5 del RDL 8/2020. La norma se inserta dentro de “las medidas de higiene y prevención”, mereciendo expresamente la consideración de tal, que conviene destacar, y su compatibilidad con las que han de cumplirse en el trabajo presencial cuando la continuidad de la actividad laboral a distancia no sea razonable y proporcionadamente posible al desarrollo de la actividad que despliega la organización empresarial, valorada por ésta al adoptar sus medidas alternativas de organización del trabajo presencial.

El Anexo I de la Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo (BOE de 9 de mayo), citada, denominado “Medidas de seguridad laboral durante la pandemia COVID-19 y para la transición y recuperación progresiva de la actividad ordinaria de la Administración de Justicia”, se refiere al teletrabajo o al trabajo a distancia como medida de prevención de riesgos laborales si el espacio de trabajo no permite mantener la distancia interpersonal en los turnos ordinarios de trabajo (apartado 6.1); para evitar desplazamientos físicos especialmente si el centro de trabajo no cuenta con espacios donde los trabajadores puedan respetar la distancia

interpersonal (apartado 7); cuando los riesgos no puedan evitarse o limitarse suficientemente por otros sistemas de protección colectiva frente a los medios de protección individual (apartado 8.5); en nuevas situaciones de aislamiento preventivo (apartado 9.3); para personas especialmente sensibles y vulnerables (apartado 10.3); y como forma de prestación de trabajo voluntariamente solicitada en la Fase 1 del Plan de Desescalada (Anexo II-Inicio de la reincorporación programada, punto 4), plan de desescalada que opera con medidas alternativas de distribución de los horarios de trabajo. Lo que no impide al citado Plan de Desescalada establecer cuatro fases de incorporación presencial del personal, con las debidas medidas alternativas y garantías sanitarias, correspondiéndose la fase 4 con la "Actividad normalizada conforme a la situación anterior al estado de alarma", fase que "se iniciará en el momento en que se levanten las recomendaciones sanitarias que permitan retornar a la situación de funcionamiento anterior a dicha declaración. Acudirán a cada centro de trabajo el 100% de los efectivos en su jornada ordinaria".

De acuerdo con el Plan aprobado para la Administración de Justicia, el CGAE ha diseñado su propio "*Plan de vuelta a sus Oficinas*" y su "*Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones*", de 7 de mayo de 2020, al que ha seguido la "*Addenda al Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones*", de 19 de mayo de 2020. En este *Plan de Funcionamiento de Actividades* se incorporan hasta diez tipos de nuevas medidas de organización del trabajo, que cumplen las exigencias impuestas a las empresas por el artículo 5 del RDL 8/2020 para establecer sistemas de organización alternativos a los anteriores, y a las formas de teletrabajo que también se mantienen, destinados a favorecer la actividad del CGAE en el retorno a su recuperación con la debida protección de la seguridad y salud de sus trabajadoras y trabajadores y, en consecuencia, del interés general de la salud pública en la excepcionalidad sanitaria de la pandemia de COVID-19.

Esa serie de medidas organizativas alternativas se enumeran aquí sin detallarse al ser su contenido conocido: medidas exhaustivas de prevención y protección de carácter individual para los empleados y empleadas del CGAE; medidas reorganizativas de carácter colectivo en el centro de trabajo; medidas de funcionamiento durante la prestación en el puesto de trabajo con horario de entrada flexible y jornadas de presencia mixta; medidas para colectivos

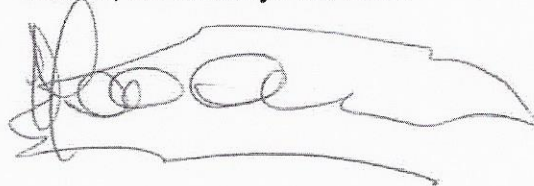
vulnerables de acuerdo con las determinaciones de las autoridades sanitarias, con opción de teletrabajo; medidas de prevención y protección gestionadas con la entidad arrendadora del edificio; medidas para trabajadores de empresas subcontratadas; medidas dirigidas a visitantes de las instalaciones del CGAE; medidas sobre desplazamientos con flexibilidad de horario de entrada y salida del trabajo; sistema de teletrabajo; y medidas de actuación ante la sospecha o activación de nuevos contagios por COVID-19.

La medida IX ha sido desarrollada y concretada por la *“Addenda al Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones”*, de 19 de mayo de 2020.

6. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, el *“Plan de vuelta a sus Oficinas del CGAE”*, de 11 de mayo de 2020, que ordena la reincorporación presencial progresiva de la plantilla hasta su fase IV, integrado por su precedente *“Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones”*, de 7 de mayo de 2020, y completado por la *“Addenda al Plan de Funcionamiento de Actividades en el CGAE en materia de prevención de contagios del COVID-19 y otras actuaciones”*, de 19 de mayo de 2020, es una decisión ajustada a los artículos 5 y 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de COVID-19.

Madrid, 20 de mayo de 2020



Fdo. María Emilia Casas Baamonde

