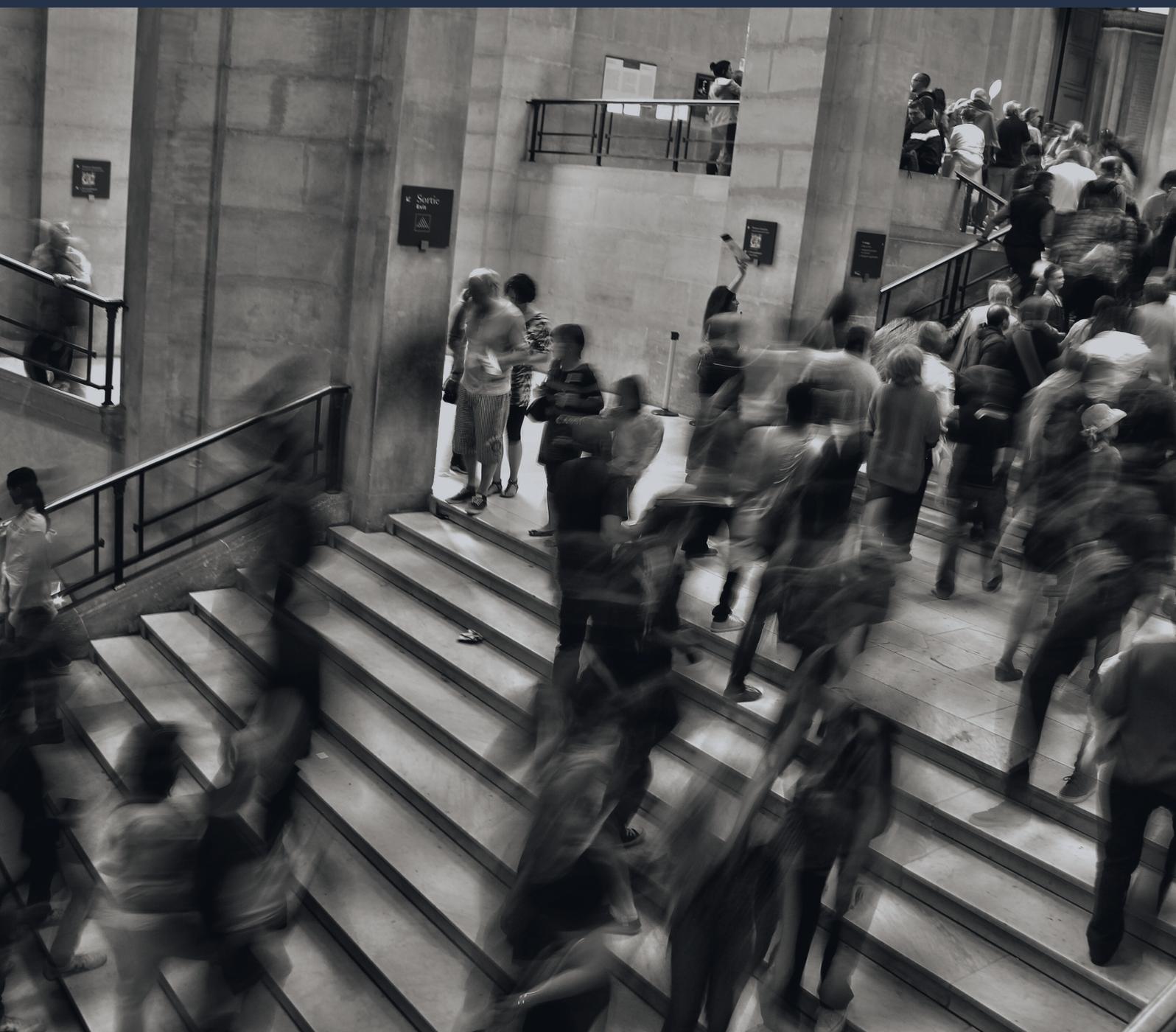


GUÍA PRÁCTICA

CUESTIONES LABORALES EN EL ACTUAL ESCENARIO DE DESESCALADA Y RECUPERACIÓN ECONÓMICA



JESÚS LAHERA FORTEZA,
CONSULTOR DE ABDÓN PEDRAJAS.
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UCM.

JAVIER THIBAUT ARANDA,
CONSULTOR DE ABDÓN PEDRAJAS.
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO UCM

ÍNDICE

ERTES POR FUERZA MAYOR Y PRODUCTIVOS

- ¿Qué vigencia tienen los ERTES por fuerza mayor?
- ¿Cuál es la diferencia entre un ERTE por fuerza mayor total y otro parcial?
- ¿Puede retornar al ERTE por fuerza mayor un trabajador que haya sido reincorporado?
- ¿Es obligatorio recuperar la actividad económica en ERTE por fuerza mayor parcial?
- ¿Cómo opera la exoneración de cuotas en ERTE por fuerza mayor parcial?
- ¿Se puede transformar un ERTE por fuerza mayor en un ERTE productivo?
- ¿Los fijos discontinuos tienen que estar en el ERTE?
- ¿Cuánto puede durar un ERTE productivo?
- ¿Qué vigencia tienen las medidas extraordinarias de protección social por desempleo en ERTES productivos?
- ¿Se devengan vacaciones durante el ERTE?
- ¿Existen obligaciones formativas de la empresa durante la duración del ERTE?
- ¿Qué sucede si el trabajador está de baja médica durante el ERTE?
- ¿Qué vigencia tienen las medidas extraordinarias de protección social por desempleo en ERTES productivos?
- ¿Qué requisitos tiene la cláusula de mantenimiento de empleo vinculada a la exoneración de cuotas en ERTES de fuerza mayor?
- ¿Qué consecuencia tiene el incumplimiento de esta cláusula de mantenimiento de empleo?
- ¿Qué vigencia tiene la prohibición de realizar despidos?
- ¿Pueden existir despidos objetivos por causa empresarial tras la finalización del ERTE?
- ¿Un ERTE se puede convertir finalmente en un ERE?

TELETRABAJO

- ¿Puede la empresa obligar a trabajar desde casa tras el fin del estado de alarma?
- ¿Puede la empresa retornar al sistema de trabajo presencial tras la finalización del estado de alarma?
- ¿Puede el trabajador solicitar pasar a trabajar a distancia por motivos de conciliación familiar?
- ¿Cuál será el horario del trabajador a distancia?
- ¿Puede el empleador imponer al trabajador la obligación de atender las llamadas de la empresa o de clientes en horas no coincidentes con su horario de trabajo?
- ¿Tiene la empresa obligación de mantener un registro del horario del trabajador a distancia?
- ¿Tienen la consideración de horas extraordinarias los excesos de jornada que realicen los trabajadores a distancia?
- ¿Puede el trabajador reclamar los vales comida correspondientes al tiempo en que ha estado trabajando desde su domicilio?
- ¿Puede el trabajador reclamar algún tipo de compensación por los gastos que le ha supuesto teletrabajar?
- ¿Quién es el responsable de la seguridad y salud del trabajador a distancia?
- ¿Si el trabajador se accidenta en su casa tiene la consideración de accidente de trabajo?

VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

- ¿Puede la empresa obligar a los trabajadores a someterse a test para detectar si una persona ha estado o no infectada de COVID-19?
- ¿Y controles de temperatura a la entrada del centro de trabajo?
- ¿Cómo deben realizarse esos controles?
- ¿Puede el empresario publicar una oferta de empleo dirigida a personas que hayan estado contagiadas y hayan desarrollado anticuerpos frente a la COVID-19?
- ¿Y una oferta de empleo que excluya a personas consideradas grupo de riesgo frente al COVID-19?
- ¿Puede un trabajador reflejar en su CV que ya pasó la enfermedad y ha desarrollado anticuerpos como el que tiene idiomas o un master?

1. ERTES POR FUERZA MAYOR Y PRODUCTIVOS

¿Qué vigencia tienen los ERTES por fuerza mayor?

El art.1 del Decreto-Ley 18/2020 (DL 18) desvincula la vigencia de los ERTE por fuerza mayor del estado de alarma y establece como **fecha de su finalización, en principio, el 30 junio 2020**. Sin embargo, **la DA 1 del DL 18 prevé que el Gobierno pueda establecer una prórroga** en atención a las restricciones de actividad vinculadas a razones sanitarias del COVID-19. A tales efectos, existe una comisión tripartita que analiza el seguimiento de estas medidas y que puede proponer al Gobierno este tipo de prórroga. Es previsible que se haga uso de esta prórroga.

¿Cuál es la diferencia entre un ERTE por fuerza mayor total y otro parcial?

El art.1 del DL 18 diferencia entre ERTE por fuerza mayor total y parcial. Se encuentran en **ERTE por fuerza mayor parcial** las empresas que recuperen parcialmente la actividad y vayan reincorporando trabajadores en la medida necesaria. En **ERTE por fuerza mayor total** se encontrarán, por tanto, las empresas que no recuperen la actividad ni desafecten trabajadores, manteniendo las condiciones decididas en su día en el marco del art. 22 del Decreto-Ley 8/2020 (DL 8).

¿Puede retornar al ERTE por fuerza mayor un trabajador que haya sido reincorporado?

Aunque el art. 1 DL 18 no prevea claramente esta posibilidad, el criterio técnico del Ministerio de Trabajo de 27 Mayo 2020 así lo admite, **siendo decisión de la empresa en función del nivel de actividad económica experimentado**.

¿Es obligatorio recuperar la actividad económica en ERTE por fuerza mayor parcial?

El Ministerio de Trabajo, en criterio técnico de 27 Mayo 2020, descarta que la fuerza mayor parcial actúe de manera automática en las actividades económicas que puedan reiniciarse en la desescalada. **Corresponde a la empresa decidir el inicio de su actividad y el número, porcentaje y forma de reincorporación de los trabajadores afectados por el ERTE**, que puede incluir reducciones de jornada. Es decisión exclusiva de la empresa.

¿Cómo opera la exoneración de cuotas en ERTE por fuerza mayor parcial?

El art. 4 del DL 18 establece un sistema de exoneración de cuotas en ERTES por fuerza mayor parcial. En empresas de **menos de 50 trabajadores, los trabajadores reincorporados tienen exención de cuotas empresariales de seguridad social del 85 por 100 en mayo y 70 por 100 en junio, y en empresas de más de 50 trabajadores, de 60 por 100 en mayo y 45 por 100 en junio.** En estos casos, los trabajadores que sigan afectados por el ERTE tienen exoneración, en el primer caso, **de 60 por 100 en mayo y 45 por 100 en junio, y en el segundo supuesto, 45 por 100 y 30 por 100.** En ERTE por fuerza mayor total se mantienen la exoneración de 100 por 100 en empresas de menos de 50 trabajadores y 75 por 100 en las restantes, conforme al art. 24 DL 8.

¿Se puede transformar un ERTE por fuerza mayor en un ERTE productivo?

El art.2 del DL 18 permite negociar con los representantes de los trabajadores un ERTE productivo estando vigente un ERTE por fuerza mayor o tras su finalización. **Hasta el 30 junio de 2020** (o posible prórroga futura) se aplica el art. 23 del DL 8 con las especialidades en esta negociación, plazos máximos más breves, constitución de la mesa en 5 días y consultas en 7 días, y en caso de ausencia de representación de los trabajadores, con prioridad de una comisión integrada por sindicatos más representativos del sector, frente a las comisiones ad hoc elegidas en asamblea por los trabajadores. **Tras esta fecha**, serán de aplicación, si no existe prórroga del art. 23 DL 8, las reglas generales del art. 47 y 41.4 ET. En caso de desacuerdo con los representantes de los trabajadores, decide la empresa el ERTE productivo.

¿Los fijos discontinuos tienen que estar en el ERTE?

El art. 25.6 del DL 8, tras la reforma del Decreto-Ley 15/2020, aclara que **los fijos discontinuos pueden estar afectados por ERTE, tanto de fuerza mayor como productivo, con medidas extraordinarias de protección social de desempleo.** Pero también abre la **posibilidad de no incluirlos en ERTE** y que interrumpan su prestación como consecuencia del impacto del COVID-19 o no sean llamados por estos motivos, teniendo entonces **prestación de desempleo con una reposición de 90 días.**

¿Cuánto puede durar un ERTE productivo?

El ERTE productivo puede tener la duración acordada con los representantes de los trabajadores, o ante un desacuerdo, decidida por la empresa, sin estar vinculado al 30 de junio ni a las fechas en su caso de prórroga de los ERTES por fuerza mayor. **La duración estará asociada a la causa productiva y los niveles de actividad y facturación de la empresa** en un mercado alterado por la crisis del COVID-19.

¿Qué vigencia tienen las medidas extraordinarias de protección social por desempleo en ERTES productivos?

El art. 3 del DL 18 establece una **vigencia** de estas medidas extraordinarias de desempleo –no exigencia de carencia y reposición de la prestación social conforme art. 25 DL 8– **sólo hasta el 30 Junio 2020**. Pero no hay que descartar que también exista prórroga de estas medidas, más allá de esta fecha, por el Gobierno. Lo contrario puede dejar desprotegidos a trabajadores afectados por el ERTE y obliga a consumir prestación durante el mismo.

¿Se devengan vacaciones durante el ERTE?

Durante el **ERTE suspensivo** se interrumpe la prestación laboral, siendo un supuesto de suspensión contractual que no devenga salarios. Esta suspensión conlleva que **no se devengan vacaciones durante el ERTE**, siendo su duración, por tanto, minorada en proporción a los días de la interrupción de trabajo, como en su día declaró la STS 14 Julio 1997. **En un ERTE de reducción de jornada, en cambio, sí se devengan vacaciones en función de las horas trabajadas.**

¿Existen obligaciones formativas de la empresa durante la duración del ERTE?

Ni el art. 47 ET ni la legislación específica de COVID-19 establecen **obligaciones formativas de la empresa durante el ERTE**. Pero es una cuestión que se puede acordar con los representantes de los trabajadores o decidir unilateralmente por la empresa.

¿Qué sucede si el trabajador está de baja médica durante el ERTE?

El trabajador en baja médica estará en situación de IT, con protección social, y **tras el alta médica, cobrará prestación social de desempleo al estar afectado por el ERTE.**

¿Qué vigencia tienen las medidas extraordinarias de protección social por desempleo en ERTES productivos?

El art. 3 del DL 18 establece la vigencia de las medidas extraordinarias de desempleo -sin exigencia de carencia y reposición de la prestación social conforme art. 25 DL 8- hasta el **30 de junio 2020**. Pero no hay que descartar que el Gobierno prorrogue también estas medidas más allá de dicha fecha. Lo contrario puede dejar desprotegidos a trabajadores afectados por el ERTE y obliga a consumir prestación durante el mismo.

¿Qué requisitos tiene la cláusula de mantenimiento de empleo vinculada a la exoneración de cuotas en ERTES de fuerza mayor?

La DA 6 del DL 8, tras la reforma del DL 18, delimita el compromiso de empleo vinculado a la exoneración de cuotas de ERTES por fuerza mayor a despidos o extinciones de los trabajadores afectados por el ERTE durante el plazo de **6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad**, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo aun cuando sea parcial. No se considerará incumplido el compromiso de empleo en despidos disciplinarios procedentes, dimisión, fallecimiento, jubilación o incapacidad permanente del trabajador, ni por fin de llamamiento de fijo discontinuo, ni por extinción de contratos temporales. Se abre la opción de valorar el alcance de la cláusula de empleo en distintos sectores con alta variabilidad o estacionalidad en el empleo. No resulta de aplicación la cláusula en empresas donde concurra riesgo de concurso de acreedores.

¿Qué consecuencia tiene el incumplimiento de esta cláusula de mantenimiento de empleo?

La DA 6 DL 8, tras la reforma del DL 18, asocia el incumplimiento al reintegro de la totalidad de las cotizaciones exoneradas. El principio de proporcionalidad exige interpretar que **la totalidad se refiere a todas las cuotas de cada afectado por el ERTE que sea despedido al margen de las excepciones antes descritas, y no a la totalidad de las cuotas de todos los afectados por el ERTE de fuerza mayor**. La finalidad de la norma también conduce a idéntica conclusión, pues si con un despedido hay que devolver todas las cuotas de los afectados por ERTE, se protege poco el empleo del resto de la plantilla. **No existe, sin embargo, todavía criterio técnico oficial de los Ministerios Trabajo y Seguridad Social al respecto que lo haya confirmado.**

¿Qué vigencia tiene la prohibición de realizar despidos?

El art. 2 del Decreto-Ley 9/2020 declara que la fuerza mayor y las causas relacionadas con COVID-19 (arts. 22 y 23 del DL 8) no se podrán entender como justificativas de despido, **prohibición que según la DF 3ª del DL 18 estará vigente hasta el 30 de junio**. Hasta entonces, el despido por dichas causas es injustificado, no se impone la nulidad y se tratará como improcedente. Finalizada la prohibición, se aplican las reglas generales de despido de los arts. 52.c y 51 ET, y **los despidos de afectados por ERTE pueden ser procedentes si están justificados**. La consecuencia será el incumplimiento del mantenimiento de empleo, con el pago de cuotas exoneradas de ese trabajador, aunque ello no determina de manera inevitable la improcedencia del despido.

¿Pueden existir despidos objetivos por causa empresarial tras la finalización del ERTE?

Caben despidos objetivos por causa empresarial del art.52.c ET tras la finalización del ERTE si se acredita la causa y se cumplen estos procedimientos adecuadamente. **Los trabajadores despedidos recibirán la indemnización legal mínima de 20 días salario/año**. Como en el caso anterior, si el ERTE era por fuerza mayor y el despido afecta a un trabajador que estaba incluido, la empresa tendrá que reintegrar las cotizaciones exoneradas, siempre que no hayan transcurrido los seis meses de salvaguarda de empleo.

¿Un ERTE se puede convertir finalmente en un ERE?

Tras el 30 de junio se aplican las reglas generales de despido, en este caso de despido colectivo del art. 51 ET. Por tanto, **si existe causa empresarial y se cumplen los procedimientos de dicho art., un ERTE se puede convertir en un ERE con extinciones** que, salvo quiebra de la empresa, podrán ser de parte de los afectados por el ERTE. Los trabajadores recibirán la indemnización acordada en el ERE con mínimo 20 días salario/año. Eso sí, **en caso de que el ERTE fuera por fuerza mayor, la empresa tendrá que reintegrar las cotizaciones exoneradas de los despedidos**, si el despido alcanza a cualquiera a trabajadores afectados por el ERTE y no han pasado los 6 meses de salvaguarda de empleo.

2. TELETRABAJO

¿Puede la empresa obligar a trabajar desde casa tras el fin del estado de alarma?

No. El art. 13.2 del ET reclama un acuerdo por escrito -inicial o novatorio- entre las partes, de lo que cabe inferir la **necesaria voluntariedad por parte de los trabajadores**. Ésta es una previsión normativa que resulta coherente con el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, que dispone que el trabajo a distancia será voluntario para la empresa y el trabajador. Y a ella se añade la doctrina casacional, según la cual si la empresa pretende una novación de este tipo precisa ineludiblemente de la anuencia de la persona afectada, sin que sea posible acudir a la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni tan siquiera si se alcanza previamente un acuerdo colectivo al respecto. Es cierto que en el actual contexto de emergencia sanitaria el legislador exige acudir al trabajo a distancia antes que suspender los contratos de trabajo o reducir la jornada (art. 5 DL 8, prorrogado tres meses tras estado de alarma) pero **no lo antepone con carácter obligatorio al trabajo presencial** ni ha dispuesto que no sea necesario el acuerdo del trabajador. De suerte que, como declaró el propio Ministerio en la “Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus”, parece más prudente contar con un acuerdo individual -aunque sea tácito- o colectivo al respecto.

¿Puede la empresa retornar al sistema de trabajo presencial tras la finalización del estado de alarma?

En principio, no hay ningún impedimento legal. El art. 5 del DL 8 no dispuso en ningún momento que la empresa tenga obligatoriamente que sustituir el trabajo presencial por el teletrabajo. El trabajo a distancia se antepone por ley a la suspensión de contratos y reducción de jornada, pero no al trabajo en las oficinas. Las Órdenes Ministeriales del **Ministerio de Sanidad** únicamente disponen que se fomentará el teletrabajo, y en una línea parecida el **Ministerio de Trabajo ha recomendado que se facilite el teletrabajo** cuando el centro de trabajo no cuente con espacios donde los trabajadores no puedan mantener la distancia interpersonal recomendada (Buenas prácticas en los centros de trabajo: medidas para la prevención de contagios del COVID-19).

Dicho esto, la reanudación de la actividad en el centro de trabajo debe guiarse, como siempre, por el principio de minimización del riesgo, por lo que la reincorporación de los trabajadores deberá planificarse de tal modo que se cumplan con los protocolos y recomendaciones de las autoridades sanitarias en relación con el COVID-19. De suerte que **si no es posible evitar el riesgo de contagio en las oficinas, la empresa debería mantener el trabajo a distancia.**

¿Puede el trabajador solicitar pasar a trabajar a distancia por motivos de conciliación familiar?

Sí. De conformidad con lo dispuesto en el art. 6 DL 18, vigente 3 meses tras el estado de alarma, **el trabajador puede solicitar un cambio en la forma de prestación del trabajo por conciliación familiar relacionada con el COVID-19**, incluyendo la prestación de trabajo a distancia. Se debe cumplir dicho procedimiento, que puede desembocar en la aceptación empresarial de la propuesta. En caso de desacuerdo, se abre la vía judicial del art. 139 LJS.

¿Cuál será el horario del trabajador a distancia?

Es relativamente habitual identificar el teletrabajo con una cierta relajación del tiempo de trabajo y, por ende, de la jornada laboral. Ahora bien, tal flexibilidad, que sin duda puede existir, no comporta la ausencia de límites a la duración de la jornada o de tiempos de descanso. Aunque en los años ochenta algunos pronunciamientos judiciales entendieran que dichos límites no resultaban aplicables en el trabajo a domicilio -sin duda condicionados por la dificultad técnica de controlarlo-, algún fallo más reciente ha venido a constatar que en el momento presente ya no existe tal imposibilidad técnica y que, por supuesto, **la empresa debe garantizar el su cumplimiento.** Partiendo de lo anterior, **la jornada y el horario de trabajo no deberían cambiar por el hecho de teletrabajar.** Otra cosa es que, como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria causada por el COVID-19, pueda reducirse la jornada del trabajador, pasando a estar incluido en un ERTE, o que por razones organizativas se le imponga un cambio de horario, en cuyo caso habrá que estar a las previsiones legales ordinarias sobre modificación de condiciones de trabajo.

¿Puede el empleador imponer al trabajador la obligación de atender las llamadas de la empresa o de clientes en horas no coincidentes con su horario de trabajo?

No, pues, como ya declararon los tribunales, al hacerlo se sobrepasan las facultades ordinarias y regulares de la empresa. Es más, la reciente configuración del derecho a la desconexión digital ha venido a reforzar la oposición del trabajador a la constante e inmediata conectividad -art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018-. Ahora bien, una cosa es que no deba desarrollar su actividad profesional o estar pendiente de recibir comunicaciones en todo momento y otra bien distinta que no pueda acordarse con él que esté a disposición de la empresa fuera de su horario de trabajo, dentro de unos límites temporales determinados y a cambio de una compensación económica adecuada.

¿Tiene la empresa obligación de mantener un registro del horario del trabajador a distancia?

Sin duda, tras el art. 34.9 ET, el empleador tendrá que registrar el horario concreto de inicio y finalización de la jornada del teletrabajador, para lo cual, eso sí, podrá servirse de **registros telemáticos o similares o dar por buena la firma por el trabajador o trabajador a distancia de hojas o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo** -Guía que sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social-.

¿Tienen la consideración de horas extraordinarias los excesos de jornada que realicen los trabajadores a distancia?

En principio sí, ya que el legislador no ha dispuesto ninguna excepción al respecto. Desde el momento que corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descanso, **los eventuales excesos tendrán la consideración de horas extraordinarias.** Por ello, habrá que estar al régimen general previsto en el art. 35 del ET y muy particularmente al límite numérico máximo de 80 horas extraordinarias al año. Ahora bien, puede ser que el exceso de jornada no responda a una decisión empresarial sino a la autoorganización -a veces desorganización- del trabajador, en cuyo caso no deberían calificarse como horas extra. Hace suya esta consideración la Guía sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, al declarar que si, por ejemplo, la flexibilidad exige el cumplimiento de una jornada mensual determinada, libremente distribuida por el trabajador, el hecho de que un registro horario diario compute excesos de jornada **no se interpretará como trabajo extraordinario o por encima del pactado si, analizados los registros de los restantes días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria.**

¿Puede el trabajador reclamar los vales comida correspondientes al tiempo en que ha estado trabajando desde su domicilio?

En principio no, dado que el cheque restaurante tiene carácter finalista, esto es, compensa al trabajador por los gastos en que incurre como consecuencia de realizar la comida fuera de su domicilio los días de trabajo. Por ello, si el trabajador permanece en su casa, aunque sea trabajando, **no podrá reclamar los vales en cuestión o una compensación equivalente**.

¿Puede el trabajador reclamar algún tipo de compensación por los gastos que le ha supuesto teletrabajar?

No es una cuestión clara y seguramente la respuesta tiene que ser matizada, en función de quién toma la iniciativa. Si, como sucede en el contexto de la pandemia, es la empresa la que lo solicita, parece razonable entender que ésta tenga que asumir los correspondientes gastos, del mismo modo que se le exige compensar al trabajador en caso de traslado o desplazamiento. Así consta en la “Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus” del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que reclama *“que si se prevé la disponibilidad de medios tecnológicos a utilizar por parte de las personas trabajadoras, esto no suponga coste alguno para éstas”*. En cambio, si quien solicita trabajar a distancia es el propio empleado, no parece tan claro que la empresa tenga que compensarle por los mismos gastos. Porque una cosa es que la empresa, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 34.8 ET o el art. 6 DL 8, quede obligada a aceptar la solicitud de trabajo a distancia por razones de conciliación familiar, y otra distinta que tenga que asumir además los costes derivados del cambio organizativo. Eso sí, ni en uno ni en otro caso los costes derivados de la adaptación del puesto de trabajo por razón de la normativa de prevención de riesgos laborales podrán recaer sobre el trabajador, de conformidad con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

¿Quién es el responsable de la seguridad y salud del trabajador a distancia?

Sigue siendo el empleador. El art. 13 ET dispone que los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece, con carácter general, el deber de protección del empresario por parte de la empresa como garantía de ese derecho.

¿Si el trabajador se accidenta en su casa tiene la consideración de accidente de trabajo?

Si ha sido con ocasión o por consecuencia del trabajo, por supuesto. Es más, si ha sucedido durante el horario de trabajo la presunción del art. 156.3 LGSS operará como un principio favorable a la calificación de la lesión como accidente de trabajo. De suerte que será el empleador quien tendrá que acreditar que, por el tipo de dolencia o lesión u otras circunstancias, en realidad, no hay tal nexo causal.

3. VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

¿Puede la empresa obligar a los trabajadores a someterse a test para detectar si una persona ha estado o no infectada de COVID-19?

Sí, en la medida en que el servicio de prevención considere que es una medida necesaria para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para si mismo, para el resto del personal, o para otras personas relacionadas con la empresa, como clientes, proveedores, etcétera, pues ésta es una de las excepciones a la regla general de voluntariedad de los reconocimientos de la salud.

¿Y controles de temperatura a la entrada del centro de trabajo?

También, siempre que los servicios de prevención consideren que es una medida necesaria por los mismos motivos.

¿Cómo deben realizarse esos controles?

Dado que se trata de una manifestación de la vigilancia de la salud, **los tests de COVID-19 deben ser realizados por personal médico** (art. 22.6 LPRL). A ello se añade que el tratamiento de los datos obtenidos a partir de la realización de los test **debe respetar la normativa de protección de datos** y, por ello y entre otras obligaciones, debe obedecer a la finalidad específica de contener la propagación del coronavirus, limitarse a esa finalidad y no extenderse a otras distintas, siendo mantenidos no más allá del tiempo necesario para la finalidad para la que se recaban. La toma de temperatura puede conectarse con la obligación de prevención del art. 16 LPR, como si fuera un medio de protección y, por tanto, ser realizada por máquina o personal no médico, quedando la empresa obligada a la protección de este dato personal. En todo caso, **se alerta que existe criterio de la Agencia de Protección de datos personales que parece vincular la toma de temperatura con la vigilancia de salud que efectúa el personal médico.**

¿Puede el empresario publicar una oferta de empleo dirigida a personas que hayan estado contagiadas y hayan desarrollado anticuerpos frente a la COVID-19?

En principio, no. Se trataría de una práctica invasiva de la intimidad, además de que vulneraría el art. 14 CE, que establece el derecho constitucional a no ser discriminado por una “condición social o personal”. De admitirse, cualquier persona sana y válida para trabajar sería relegada por no tener anticuerpos, produciéndose la discriminación al tener en consideración una circunstancia personal que no aporta una mayor capacitación o idoneidad para el trabajo. Podría tal vez plantearse la proporcionalidad de la diferencia de trato en casos muy puntuales, como empleados de centros geriátricos, pero aun así sería discutible habida cuenta que no hay todavía una evidencia científica plena sobre esa supuesta inmunidad, además de que siempre permanecería el riesgo de transmisión por contacto de superficie con un tercero, ciertamente menor pero presente.

¿Y una oferta de empleo que excluya a personas consideradas grupo de riesgo frente al COVID-19?

Tampoco, con más motivo si cabe que en el supuesto anterior.

¿Puede un trabajador reflejar en su CV que ya pasó la enfermedad y ha desarrollado anticuerpos como el que tiene idiomas o un master?

Nada impide al trabajador declarar cuál es su estado de salud en curriculum vitae. Ahora bien, por lo motivos señalados antes, **el departamento de recursos humanos no debería en ningún caso registrar ese dato de salud o epidemiológico,** preguntar sobre el particular durante el proceso de selección ni adoptar la decisión de contratar o no a un trabajador en función de esa información.

AP Abdón
Pedrajas