

Reordenación, adaptación y reducción del tiempo de trabajo por razones preventivas ante las crisis sanitarias

Francisco Javier Gómez Abelleira

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad Carlos III de Madrid

* * *

La crisis sanitaria provocada por la pandemia de covid-19 está teniendo un enorme impacto en las relaciones laborales. La suspensión de actividad, articulada a través de ERTES, es la cara más visible de este impacto, pero en realidad la pandemia está obligando a llevar a cabo ajustes, adaptaciones y modificaciones en múltiples ámbitos de las relaciones laborales.

Lo que inicialmente pudo verse como una crisis profunda pero pasajera, superable mediante rápidos ajustes y adaptaciones de duración temporal, ha devenido en una crisis más estructural, cuyo término nadie es capaz de pronosticar. Los ajustes por la vía de extinciones y despidos se están produciendo ya, paralelamente a la desaparición de multitud de empresas y si la causa del problema, que es sanitaria, no se elimina o no se reduce o controla sustancialmente, estos ajustes continuarán con seguridad en 2021.

A raíz de la crisis sanitaria, ante nosotros aparece un panorama complejo en el que debe darse respuesta a fenómenos diversos. Estos tres son los más importantes:

- (1) las restricciones y limitaciones de actividad decretadas por las autoridades competentes;
- (2) la reducción de actividad que resulta de factores tales como la disminución de renta disponible de los hogares, el confinamiento voluntario o forzoso más o menos estricto de miles de personas o la disminución de pedidos empresariales a nivel global;
- (3) la necesidad de proteger a trabajadores, clientes y usuarios frente al riesgo específico de contagio de covid-19.

Ante un panorama tan complejo, las líneas de actuación son también diversas, y es imposible que la respuesta que se dé en el ámbito laboral sea suficiente para abordar la totalidad del problema. En esta ponencia, vamos a centrar nuestra atención en los aspectos que atañen al tiempo de trabajo, a su reducción, adaptación y reordenación. Y es que en este contexto nada fácil, la gestión del tiempo de trabajo se ha convertido en una faceta importante de las

respuestas a los problemas causados por la crisis sanitaria. Y ello está siendo así en, al menos, los tres aspectos siguientes:

- 1) Reducción del tiempo de trabajo.
- 2) Distribución del tiempo de trabajo.
- 3) Adaptaciones horarias.

A continuación, abordamos separadamente cada uno de estos tres aspectos.

1. Reducción del tiempo de trabajo

1.1. Reducciones temporales del tiempo de trabajo: ERTES

La reducción del tiempo de trabajo es la respuesta más directa a la paralización y a la caída del volumen de la actividad productiva, en la medida en que se entienda que tales paralización y caída son coyunturales, transitorias o temporales. La reducción del tiempo de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es una medida que, si es de duración temporal, puede articularse por la vía del artículo 47 ET. Este artículo contiene la regulación básica de las suspensiones y reducciones de jornada de duración temporal por las causas referidas, lo que coloquialmente conocemos como ERTES.

Este entendimiento de que la situación es coyuntural o temporal es el que viene sosteniendo el Gobierno desde el ya lejano mes de marzo. Las primeras normas laborales de urgencia dictada después de que el RD 463/2020, de 14 de marzo, diera inicio al **estado de alarma** fueron los **RD-ley 8/2020 y 9/2020**. En el primero se establecen con claridad dos de los tres principios de la regulación de los efectos laborales de las paralizaciones y caídas: (1) preferencia por la continuación de la actividad por medio del teletrabajo, (2) facilitación de ERTES por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP). El tercer principio, la llamada prohibición de despidos, se recoge días más tarde en el RD-ley 9/2020: su artículo 2 establece que la fuerza mayor y las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RD-ley 8/2020 no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. La exoneración de cotizaciones a la seguridad social que caracteriza a los ERTES por covid-19 se vincula, asimismo, a un compromiso de mantenimiento de empleo (Disp. Adic. 6ª RD-ley 8/2020) que directamente conecta con ese principio de evitación de despidos.

La premisa sobre la que se asientan los ERTES es la coyunturalidad de la pandemia y de la crisis asociada a ella. Inicialmente, la coyunturalidad estuvo vinculada a la duración del estado de alarma. Los primeros ERTES-Covid, los regulados en los artículos 22 y 23 RD-ley 8/2020 eran tanto ERTES por fuerza mayor como ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, aunque sin duda fueron los del primer tipo los más utilizados, tanto por responder mejor a las verdaderas causas que los motivaron, como por el hecho de que solo aquellos llevaban aparejada la exoneración de cotizaciones a la seguridad social.

En mayo de 2020, los agentes sociales y el Gobierno alcanzaron el Acuerdo Social en Defensa del Empleo (**I ASDE**), con el objetivo de facilitar la transición de una situación de repliegue e

hibernación a una situación de restablecimiento gradual y paulatino diferenciado por sectores, colectivos y zonas geográficas. Este I ASDE dio lugar al **RD-ley 18/2020**, de 12 de mayo, del que interesa destacar ahora dos aspectos. Por un lado, la norma da continuidad a los ERTES de fuerza mayor, insistiendo en la coyunturalidad, al limitar su extensión al 30 de junio de 2020. Por otro lado, se crea la figura del ERTE de fuerza mayor parcial, que se aplica desde el momento en el que las causas de fuerza mayor permitan la recuperación parcial de la actividad empresarial. El sistema de exoneración de cotizaciones a la seguridad social que diseña este RD-ley trata de promover esta recuperación de la actividad, al ofrecer una mayor bonificación en las cuotas respecto de los trabajadores desafectados del ERTE frente a los que permanecían en él.

A finales del mes de junio, próxima la fecha de expiración de ERTES del 30 de junio, se alcanza el II Acuerdo en Defensa del Empleo (**II ASDE**), nuevamente entre el Gobierno y los agentes sociales. Su objetivo es modular las medidas extraordinarias y excepcionales, reconociendo la persistencia de los efectos de la crisis sanitaria en el funcionamiento regular de las empresas y su capacidad de prestación íntegra de servicios, el carácter no homogéneo de dicha recuperación y la posibilidad de que puedan restablecerse, con un alcance limitado, ciertas restricciones de actividad por razones sanitarias. El **RD-ley 24/2020** es la norma que da curso a este Acuerdo. Esta norma vuelve a dar continuidad a los ERTES de fuerza mayor, total o parcial, ahora con un nuevo plazo de expiración, que se fija en el 30 de septiembre de 2020. También mantiene un sistema de exoneración de cuotas, que extiende a los ERTES por causas ETOP, aunque menos generoso que el existente hasta la fecha. Esta norma da a luz una nueva figura, la de los ERTE llamados coloquialmente "de rebrote", previstos en su Disposición Adicional 1ª.2 para la situación de aquellas empresas y entidades que, a partir del 1 de julio de 2020, vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo. En estos casos, estas empresas o entidades podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras adscritas y en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados, de determinados porcentajes de exención, previa autorización de un expediente de regulación temporal de empleo de fuerza mayor en base a lo previsto en el artículo 47.3 ET.

El episodio más reciente de esta historia es bien conocido. El **Real Decreto-ley 30/2020**, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, recoge el **III ASDE**. Además de seguir prorrogando hasta el 31 de enero de 2021 los ERTES por fuerza mayor ya aprobados, prórroga que afecta tanto a los ERTES del RD-ley 8/2020 como a los llamados ERTE de rebrote del RD-ley 24/2020, se crean las figuras de los ERTES por impedimento o limitaciones de actividad, de modo que las empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vean impedido o limitado el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras, podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas, en los centros afectados, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, de determinados porcentajes de exoneración, previa autorización de un expediente de regulación temporal de empleo, en base a lo previsto en el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuya duración quedará restringida a la de las nuevas medidas de impedimento, y como máximo hasta 31 de enero de 2021.

Esta premisa de coyunturalidad sobre la que se ha basado el entero edificio de los ERTES y de los sucesivos ASDE se ha ido debilitando con el paso de los meses; en especial ante un horizonte que no permite vislumbrar con la mínima claridad necesaria la superación de las causas sanitarias que originaron paralizaciones y caídas de actividad. De ahí que sea apreciable ya en las estadísticas de extinción de contratos un repunte en los datos de **finalización de contratos temporales** -en España, los primeros que pierden su empleo en todas las crisis son los trabajadores temporales- y de **despidos objetivos**. Así, concretamente, de marzo a septiembre de 2020, el número de trabajadores temporales que acceden al desempleo por fin de contrato es de 776.325, mientras que el número del mismo período del año 2019 fue de 605.137. El incremento es de más del 28 por 100. En cuanto a los despidos objetivos, de marzo a septiembre de 2020, el número es de 87.898, mientras que el correspondiente al mismo período de 2019 es de 72.622. El incremento aquí es de más del 21 por 100. Todos estos datos proceden de la estadística oficial de acceso a prestación contributiva de desempleo, y están disponibles en la web del Ministerio de Trabajo (ALTAS INICIALES DE BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES POR DESEMPLEO: Causa del derecho (nivel contributivo)).

Lo anterior no significa, en modo alguno, poner en cuestión la utilidad y éxito de los ERTES y de las sucesivas regulaciones que desde marzo han adaptado la figura contemplada en el artículo 47 ET para proteger el empleo y la actividad empresarial. Por tomar de nuevo el mismo período de marzo a septiembre de 2020, frente a 87.898 despidos objetivos y 12.221 trabajadores afectados por despido colectivo, han sido casi 5 millones los afectados por diversos tipos de ERTES. Lo que sucede es que los ERTES no pueden ser la única respuesta, máxime si la duración de la pandemia se prolonga en el tiempo, sobre todo por el alto coste que supone para las arcas públicas. Por otro lado, hay que cuestionarse la bondad de permanecer largos meses en un ERTE desde la perspectiva del trabajador, con la incertidumbre que ello acarrea y la importante reducción de ingresos que supone para la inmensa mayoría de afectados, al no ver complementada la prestación de desempleo con un abono a cargo de la empresa. Además, uno de los déficits de estos primeros meses de ERTES ha sido el de la formación y reciclaje profesionales, una tarea que empieza a verse como principal y urgente para cientos de miles de trabajadores. En suma, el ERTE es una buena medida si se cumplen las premisas de coyunturalidad y recuperación de la actividad; de otro modo, puede suponer la pérdida de un tiempo valioso para el reciclaje profesional.

Es dudoso, cuando menos, que las alteraciones sociales y económicas que está produciendo la pandemia sean meramente coyunturales. La velocidad de las transformaciones tecnológicas no es lineal, sino exponencial, y la intensa crisis generada por la pandemia no ha hecho más que acelerar esa velocidad. El cambio de paradigma es evidente en el sector del comercio y queda representado por la decisión estratégica de una empresa líder a nivel mundial en este sector: Inditex:

*"Inditex y los sindicatos han llegado a un principio de acuerdo para fijar las condiciones de la recolocación de los empleados de las **tiendas que el grupo textil cerrará** durante los próximos meses en España, dentro de un proceso anunciado en junio pasado y en el que planea clausurar entre 1.000 y 1.200 tiendas en todo el mundo, hasta 300 de ellas en el mercado doméstico. CC OO y UGT valoran "positivamente los avances que se están produciendo en la negociación, que van encaminados a cumplir el objetivo que nos*

*habíamos propuesto que es el mantenimiento del empleo en este **proceso de transformación digital de las tiendas**", han indicado en un comunicado". (Cinco Días, 22 octubre 2020).*

No estamos, por tanto, ante una medida de reducción temporal de la actividad, sino ante una auténtica reestructuración del negocio, que va hacia un modelo en el que la digitalización (comercio electrónico, experiencia del usuario en línea, etc.) irá ganando peso en detrimento de los espacios comerciales físicos tradicionales. Podemos pensar en que esta decisión no es cortoplacista, sino que encierra una visión estratégica de largo plazo que debe llevarnos a la reflexión.

Lógicamente, Inditex es una empresa puntera, saneada y de gran tamaño, por lo que no puede decirse que sea exactamente representativa del tejido productivo español en su conjunto. Miles de empresas carecen de esta capacidad de reestructurarse y transformar su negocio sin apenas despidos, por lo que no hay otra salida que encarar colectivamente los desafíos a los que se enfrenta cada sector. En esa tarea, la formación y el reciclaje tendrán un papel protagonista, si no queremos perder el futuro de varias generaciones.

1.2. Reducciones definitivas del tiempo de trabajo

Tema distinto es el que plantea la reducción de jornada que por no ser temporal no puede ser tramitada como ERTE, sino, en su caso, por la vía del artículo 41 ET. Las reducciones definitivas de jornada plantean problemas en varios frentes. Para empezar, la reducción definitiva de jornada no tiene un tratamiento correcto desde la perspectiva de **protección por desempleo**: el trabajador que ve reducida su jornada no se encuentra en situación legal de desempleo, por lo que la reducción de ingresos salariales no se ve compensada con una prestación de desempleo. Ello convierte estas reducciones en medidas de muy difícil aceptación por los trabajadores, al contrario de lo que ocurre con los ERTES.

Por otro lado, técnicamente la reducción de jornada definitiva puede verse como una conversión de contrato, si es que el punto de partida es el de un trabajador a tiempo completo, conversión de contrato a jornada completa en a jornada a tiempo parcial que solo puede hacerse mediando la voluntad conjunta de ambas partes, según dispone el art. 12.4.e) ET: la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a) ET. Es cierto que en los últimos años hemos asistido a una serie de pronunciamientos judiciales por parte de la Sala de lo Social del TS que no han clarificado la cuestión, sino más bien todo lo contrario, en especial la STS 14-5-2007 y luego la STS 7-10-2011, serie que parece cuestionarse en la más reciente STS 30-5-2018.

Lo que parece claro, a día de hoy, es que, para trabajadores a tiempo completo, la conversión de su relación laboral a jornada parcial, es difícilmente asumible sin una adecuada protección del desempleo parcial. Descartando modificaciones legislativas en el tema, la empresa pueda compensar esa insuficiencia con indemnizaciones acordadas, por ejemplo, en el marco de un período de consultas de un despido colectivo, con vistas a reducir el número de despidos.

2. Distribución del tiempo de trabajo

La distribución del tiempo de trabajo permite afrontar las paralizaciones y caídas de la actividad sin reducir la jornada anual de trabajo. La figura de la distribución irregular de la jornada irrumpió con fuerza en el contexto de la pandemia por medio del **RD-ley 10/2020**, el cual, en el peor momento de la crisis sanitaria de la primavera de este 2020, reguló un peculiar permiso retribuido recuperable para trabajadores que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

Se trata de un **permiso retribuido recuperable**, de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos), para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que, no estando afectadas por la paralización de actividad como consecuencia de la declaración de estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, desarrollen cualquier actividad no esencial. A estos efectos, el citado RD-ley 10/2020 contenía un anexo con las actividades consideradas esenciales. Del permiso retribuido quedaron excluidas las personas con contratos suspendidos (por ERTE, incapacidad temporal, etc.) y las personas en modalidad de trabajo a distancia.

El régimen sustantivo de este permiso implica el mantenimiento de la remuneración (la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales) y una recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el mismo. La recuperación de estas horas se ajusta a las siguientes reglas:

1ª. La recuperación se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma (21 junio 2020) hasta el 31 de diciembre de 2020.

2ª. Esta recuperación deberá negociarse en un periodo de consultas abierto al efecto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, que tendrá una duración máxima de siete días. En caso de no existir representación legal, la comisión representativa para la negociación del periodo de consultas estará 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 por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres personas trabajadoras de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 ET. En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de cinco días.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de las personas que integran la representación legal de las personas trabajadoras o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario.

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 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3ª. El acuerdo que se alcance podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo durante el permiso, 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. De no alcanzarse acuerdo durante este periodo de consultas, la empresa notificará a las personas trabajadoras y a la comisión representativa, en el plazo de siete días desde la finalización de aquel, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso.

4ª. En cualquier caso, la recuperación de estas horas no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el artículo 34.2 ET, ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. Asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

Además de la distribución irregular de la jornada propiciada por la implantación obligatoria del permiso retribuido del RD-ley 10/2020 entre los días 30 de marzo a 9 de abril, que es una medida extraordinaria, es evidente que los **mecanismos ordinarios de distribución irregular** siguen vigentes. Sin embargo, pese a la amplitud y generosidad con que el artículo 34.2 ET concibe el mecanismo de distribución irregular de la jornada, permitiendo incluso una compensación de las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la duración máxima de la misma en el plazo de doce meses desde que se produzcan, lo que permite traspasar la barrera del año natural y, por tanto, realizar una jornada en 2020 inferior a la máxima, con vistas a recuperarla en 2021, lo cierto es que este mecanismo presenta tres insuficiencias importantes: por un lado, si se mantiene la remuneración no obstante las alteraciones de jornada, no ataja el grave problema de liquidez que afecta a miles de empresas, especialmente las más pequeñas, con menos acceso a los mercados de crédito; por otro lado, si se afecta a la remuneración, es el trabajador quien sufre la merma salarial temporalmente, sin compensación mediante el sistema de protección por desempleo; finalmente, la medida tiene sentido cuando existe un horizonte de recuperación de la actividad en los doce meses siguientes a la aplicación de la irregularidad (que en nuestro caso sería a menudo una reducción de horas), lo cual dista de estar claro en estos momentos. Téngase en cuenta, además, que salvo pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores o en convenio colectivo, el límite máximo de distribución irregular es del 10 por 100 de la jornada.

3. Adaptaciones horarias

Las disrupciones de todo tipo que está causando la pandemia están encontrando diversas respuestas, salidas o tratamientos, no solo en la esfera del tiempo de trabajo, sino en otros planos, como el del trabajo a distancia. Esta respuesta del trabajo a distancia puede ser un

buen punto de inicio para analizar posteriormente, con más profundidad, la problemática que plantea la adaptación del tiempo de trabajo en la pandemia.

La regla general es que el **trabajo a distancia** solo puede resultar de un acuerdo entre empresa y trabajador, de manera que ninguna de las partes unilateralmente puede imponer esta modalidad de prestación de servicios. Esta regla está claramente establecida en el artículo 5 del RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Sin embargo, el art. 5 RD-ley 8/2020 estableció la preferencia por el trabajo a distancia, lo que concreta en la obligación empresarial de establecerá 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. Aunque este artículo estableciendo el carácter preferente del trabajo a distancia dejó de estar en vigor el pasado 21 de septiembre, lo cierto es que una regla similar puede deducirse del RD-ley 21/2020, cuyo artículo 7 establece que, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

Esta palabra "potenciación" es poco clara y deja un amplio margen de ambigüedad. Sin embargo, de la aplicación de los principios de la prevención de riesgos laborales -entre otros, sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro (art. 15.1 f LPRL)- puede derivarse que la imposición del trabajo a distancia, cuando este sea posible, es una medida adecuada de prevención de riesgos laborales, sin necesidad de invocar ningún principio de precaución, dada la evidencia científica ya importante sobre el peligro de contagio por aerosoles en espacios poco ventilados. El trabajo a distancia puede funcionar, por tanto, como "medida de contención sanitaria", en cuyo caso no le resulta de aplicación la nueva norma reguladora del trabajo a distancia (el RD-ley 28/2020), sino que continuará rigiéndose por la normativa laboral ordinaria, aunque con la novedad de que las empresas están obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario. Más dudosa es la regla sobre la compensación de gastos, ya que se remite a lo que establezca la negociación colectiva.

La misma lógica preventiva es la que puede fundamentar las **adaptaciones horarias**. Durante todos estos meses, las disrupciones provocadas por la pandemia, ya en forma de limitaciones a la actividad, a los aforos, a los horarios de apertura, ya en forma de cuarentenas, equipos burbuja, etc. han afectado la organización horaria de la actividad empresarial. La cuestión fundamental que plantean estas adaptaciones horarias por iniciativa empresarial es cuál es el cauce correcto para su implementación.

La primera respuesta que cabe aventurar es el **artículo 41 ET**. Como se sabe, en este artículo se regulan las **modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo**, presumiéndose, en general, que las que afectan a la distribución de la jornada, al horario o al régimen de trabajo a turnos son, en efecto, modificaciones sustanciales. La aplicación del artículo 41 ET a las

adaptaciones horarias por razones sanitarias es, sin embargo, bastante dudosa. El principal argumento para excluir su aplicación es que las medidas en cuestión no se adoptan por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción stricto sensu, sino que se adoptan por fuerza mayor en muchos casos (limitaciones horarias a la actividad impuestas por las autoridades sanitarias, por ejemplo) y por razones de contención de la pandemia y reducción de riesgo de contagio en muchas otras. Esta causalización conecta más con la prevención de riesgos laborales que con las razones ETOP que describe el artículo 41 ET.

Si se repasa la jurisprudencia sobre alteraciones de las condiciones de trabajo por razones preventivas (alteraciones de las funciones o de los horarios o turnos, etc.), podrá comprobarse que existe una clara tendencia a negar la aplicación del artículo 41 ET en estos contextos preventivos. Se trataría de medidas más ancladas en la normativa de prevención de riesgos laborales que en dicho artículo estatutario.

Quizá es la **STS 18-12-2013** la más conocida o citada en este tema. En ella, la Sala de lo Social del alto tribunal razona que "establecido el plan de prevención, en atención a la previa evaluación, las medidas que en los protocolos de prevención se establecen devienen imperativas para la empresa. Por consiguiente, la ***adopción de una medida prevista, como puede ser el cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación, no constituye una modificación sustancial de condiciones de las que regula el art. 41 ET***, ni exige, por consiguiente, el cumplimiento del procedimiento allí establecido". De este modo, la decisión empresarial de etiología preventiva no sigue el régimen de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; pero tampoco se aloja en la esfera puramente discrecional del poder de dirección o ius variandi. Así lo expresa la propia sentencia: "la decisión empresarial aquí controvertida no puede estar amparada por el ius variandi".

La referida sentencia parece inclinarse por la no aplicación del artículo 41 ET con base en una argumentación que asocia la "decisión" empresarial al cumplimiento de una "obligación" empresarial. El Tribunal estima que la decisión empresarial "se hallaba justificada en el cumplimiento de una obligación legal de ineludible cumplimiento para la empresa". Entronca así este supuesto con la serie de sentencias en que se rechaza la aplicación del artículo 41 a las modificaciones de condiciones que derivan de puras imposiciones legales: en ellos, la modificación se opera para ajustarse a un mandato normativo. Como expresa con nítida claridad la STS 126/2019 de 19 febrero, "los cambios introducidos en la relación laboral (aunque sean de relevancia) como consecuencia de los **mandatos legales** no han de sujetarse a las disposiciones del artículo 41 ET".

El régimen jurídico de estas decisiones empresariales de cambios horarios o del régimen de turnos debe encontrarse, por tanto, primeramente, en la normativa de **prevención de riesgos laborales**. El cambio deriva de la dinámica de cumplimiento de las obligaciones preventivas, dinámica que tiene sus propios requerimientos, a los que hay que atender de manera primordial. Entre ellos, en especial, el deber de consulta a los trabajadores sobre la organización del trabajo en la empresa en todo lo relacionado con las consecuencias que pudiera tener para la seguridad y la salud de los trabajadores (artículo 33.1 LPRL).

Trasladando estas consideraciones jurisprudenciales al actual escenario de la pandemia de covid-19, puede resultar de interés traer a colación varias sentencias recientes, de este mismo año 2020, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia, concretamente los de Madrid, Cataluña y La Rioja.

En la reciente **STSJ Madrid 25-6-2020** (núm. 688/2020), se enjuician varias medidas adoptadas por Zara desde el mes de marzo, que han consistido en cambios de turnos y cambios horarios, con modificaciones sucesivas a lo largo del tiempo en función de las distintas circunstancias del proceso de desescalada. Así, por ejemplo, en determinado momento la empresa decide "la creación de 2 grupos de trabajo rotativos, independientemente de jornada, horario de origen de la persona trabajadora o concreción de jornada por guarda legal. Todas las personas trabajadoras deberán incorporarse a estos turnos y en caso de no poder prestar servicios por cuestiones de conciliación, la empresa expone una serie de medidas de flexibilización".

Para el TSJ Madrid, las decisiones empresariales adoptadas desde el 11 de marzo entran dentro de atribuciones del titular de la actividad laboral legalmente encomendadas. Sus razonamientos son los siguientes:

-En primer lugar, encuentran su cobertura en la **normativa excepcional de la pandemia** reguladora de una situación ciertamente excepcional y perentoria. Se trata, igualmente, del ejercicio adecuado de un poder de dirección y organización con un margen de determinación individual en el que no se ha desconocido el espacio ocupado por otras fuentes normativas pues, ciertamente, se ha contado en todo momento con el comité de empresa a través de un **proceso negociador** en toda regla en el que la parte trabajadora se ha visto igualada en la mesa negociadora a la hora de determinar las medidas a adoptar. El hecho de que no se haya logrado un acuerdo no minimiza la bondad del proceso negociador ni mancha la actuación empresarial, por esta sola circunstancia, de ilegalidad.

-En segundo término, las decisiones empresariales han tratado de conjugar la obligación de adoptar las medidas impuestas por la normativa del estado de alarma con la normativa de **prevención de riesgos laborales** en la que se exige al empresario una **diligencia máxima** así como con la laboral, tarea ciertamente compleja porque implica la construcción de un adecuado y equilibrado entramado de derechos y obligaciones de protección de la salud, de intereses personales, sociales y empresariales, de necesidades productivas y familiares de muy diversa índole en el que se ha dado en todo momento prevalencia a la **preservación de la salud de los trabajadores**.

En consecuencia, el empresario ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, desarrollando una acción permanente adaptando las medidas de protección a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que inciden en la realización del trabajo. Obviamente, la pandemia COVID 19 es una circunstancia que incide en la realización del trabajo y que obliga a llevar a cabo modificación de las condiciones de trabajo entendiéndose por tal, a tenor del art. 4.7 LPRL, cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. El citado precepto enumera una serie de características que quedan especialmente incluidas en la definición de "condición de trabajo", para concluir con una cláusula de cierre -apartado d)- en la que se contemplan

"todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador". Desde el punto de vista de la Sala, todas las medidas han estado encaminadas a minimizar la magnitud de los riesgos de un posible contagio a que estaban expuestas las personas trabajadoras y preservar su salud. Puede ser que, en ocasiones, **a costa de otros derechos, pero siempre con carácter temporal y en adecuada ponderación.**

-En tercer lugar y en directa relación con lo anterior, no puede desconocerse el carácter reiteradamente recalcado de la **temporalidad de las modificaciones** decididas vinculadas a la propia evolución y correlativa temporalidad del estado de alarma y que en todo momento se han tratado de consensuar. Esta temporalidad de las medidas y las causas de su aplicación nos llevan a concluir que falta el rasgo esencial de la sustancialidad de la modificación y afirmar, en consecuencia, que no nos encontramos en sede del art. 41 ET sino ante una materia concreta, novedosa, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural.

En efecto, aunque estemos examinando las instrucciones empresariales amparadas en su poder de organización y dirección de la actividad encaminadas a cumplir su deber de garante de salud desde una perspectiva de afectación colectiva, no podemos obviar ponderar el carácter o naturaleza sustancial de la modificación de condiciones. Desde nuestro punto de vista si no hay cambio en los derechos y obligaciones recíprocas sino alteración temporal (unas semanas) debidamente justificada por la protección de un bien innegable y prioritario como es la salud y la integridad física, en un contexto en el que la sociedad y, es más, el mundo en su conjunto ha sufrido una alteración, no es dable concluir que estemos ante la tradicional categoría jurídica de una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Los casos enjuiciados por el TSJ Cataluña y el de La Rioja no son casos covid-19, pero sí son de interés aquí por su evidente actualidad y por guardar una estrecha analogía con los problemas que plantea la pandemia.

En el caso enjuiciado por la **STSJ Cataluña 25-5-2020** (núm. 1661/2020), se trata de un técnico de transporte sanitario y conductor que venía prestando servicios en la unidad de transporte sanitario urgente realizando una jornada de 12 horas diarias siendo 8 de ellas de trabajo efectivo y 4 horas de presencia. Tras un proceso de IT, el trabajador puso en conocimiento de la empresa que los facultativos médicos consideraban que no era aconsejable prestar servicios durante 12 horas consecutivas así como aquellas actividades que comportaran estrés por urgencia continuada y solicitó un puesto de trabajo compatible con su estado de salud. La empresa adscribió al trabajador al servicio de la unidad de transporte no urgente de 8 horas diarias alegando la necesidad de adaptar su puesto de trabajo a la condición de trabajador especialmente sensible. Como consecuencia de la modificación operada el actor ha pasado de realizar un horario de 6.30 h a 18.30 h (12 horas) en el turno de transporte urgente a realizar un horario de 15.00 h a 23.30 o de 18.30 h a 00.30 h. en el turno de transporte no urgente sin producirse cambio en la remuneración percibida por el mismo. Las vacantes que se han producido en el turno de mañana de transporte no urgentes han sido atribuidas a trabajadores con preferencia por razón de conciliación familiar, cargas familiares o solicitud previa.

Presentada demanda por el trabajador sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, la Sala confirma la desestimación de la demanda, razonando que el cambio llevado a cabo por

la empresa no obedeció a ninguna necesidad de la misma, sino al **cumplimiento de un deber** que debe cumplir cual es el de **proteger la salud de los trabajadores** y no se ha realizado de una forma arbitraria o discrecional, sino atendiendo a la posibilidad que tenía de reubicar al trabajador, tal como este había solicitado, en otro puesto de trabajo que no comportara una jornada de 12 horas ni servicios urgentes.

Finalmente, el caso resuelto por la **STSJ La Rioja 13-2-2020** (núm. 25/2020) concierne a un conductor de autobús que por razones psicofísicas no mantiene el permiso de conducción y debe ser cambiado a otras funciones. Concretamente, la empresa lo mueve a funciones administrativas básicas.

La valoración que hace la Sala, confirmando la de instancia, es que no nos encontramos puramente ante una modificación del artículo 41 ET, si bien debe señalarse que en todo caso la decisión de la empresa resulta ajustada a derecho, por cuanto que en todo caso debe **cumplir la normativa** existente sobre permisos de conducción, debiendo prevalecer el mantenimiento del empleo, de ahí la recolocación, y sin perjudicar al trabajador por cuanto que el trabajo asignado es compatible con sus circunstancias de salud, a la vista del informe de prevención que le declaró apto con limitaciones, respeta su retribución salarial al introducirle un complemento salarial por la modificación sustancial, sin que el hecho de que pierda cierta retribución por festivos resulte relevante, además de que ya desde enero había desaparecido el plus de disponibilidad como consecuencia de la adaptación de su jornada a sus circunstancias de salud, el horario se adapta igualmente a sus limitaciones, y el hecho de que sea jornada partida y tenga que comer en su casa tampoco puede entenderse como un perjuicio real justificativo de la **acción extintoria** de la relación laboral, que por otro lado desaparece en el momento que, conforme a la jurisprudencia ya indicada, **no estamos ante un modificación del artículo 41 del E.T.**, y máxime en un supuesto en que nos encontramos ante un situación transitoria por cuanto que sería posible que el trabajador recuperara su permiso de conducción tipo D, caso de superar las correspondientes pruebas psicofísicas.

La conclusión que puede extraerse de este repaso jurisprudencial -la fundamental STS 18-12-2013 y las tres sentencias de 2020 que hemos detallado, especialmente la del TSJ Madrid que resuelve un caso específicamente relacionado con la pandemia- es que las medidas adoptadas por las empresas para adaptar horarios, turnos y distribución del tiempo de trabajo en general a las exigencias directamente relacionadas con la pandemia (restricciones de actividad, contención sanitaria, grupos de trabajo estancos, reducción de aforos, etc.) no deben ser calificadas de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET.

Ello implica que ni es de aplicación el procedimiento individual o colectivo regulado en dicho artículo, ni tampoco lo son las consecuencias jurídicas que este precepto contempla; en particular, la facultad de extinción del contrato de trabajo con derecho a indemnización por voluntad del trabajador perjudicado por la modificación.

Esta conclusión puede suscitar alguna inquietud, con razón. Para empezar, las medidas que adoptan las empresas tienen un importante ámbito de discrecionalidad. No es verdad que lo que se dispone legalmente para el ámbito laboral en relación a la pandemia sean meras recomendaciones, dado que lo recomendable y posible es obligatorio en términos preventivos. Pero sí es cierto que el abanico de medidas o respuestas frente a la pandemia es muy amplio.

Si existe esta discrecionalidad, sería recomendable que las medidas no resultaran de la decisión unilateral de la empresa, sino de la **consulta con los representantes de los trabajadores**. No parece, en efecto, que nos encontremos ante una situación tan detalladamente predeterminada desde el campo preventivo como para que no exista un margen de diálogo. Es cierto que cambios en la organización del tiempo de trabajo, afectando a horarios de entrada y de salida o a los turnos, pueden ser considerados adecuados como medidas preventivas. Pero su valoración tiene un grado no despreciable de discrecionalidad, lo que aconseja que el proceso de toma de decisiones incorpore la consulta con los representantes de los trabajadores. Esta discrecionalidad se aprecia en casos como el resuelto por la STSJ La Rioja núm.165/2019 de 12 septiembre, la cual reconoce a la empresa una "libertad organizativa" a fin de determinar, de entre varias opciones razonables, cuál se va a aplicar a una trabajadora cuyo "reconocimiento médico no señala limitaciones de la trabajadora para actividades concretas, cargas de pesos por encima de cierto número, elevación de los brazos por encima de lo horizontal, sino que se limita a señalar que se debe evitar el turno de mañana por ser de mayor carga ergonómica".

Estos procesos de toma de decisiones que están basados en un dictamen médico o técnico de naturaleza preventiva tienen, por tanto, un espacio de discrecionalidad, y es a menudo posible, a la hora de elegir cómo llevarlo a la práctica, contar con varias alternativas razonables. Esto justifica que, cuando se trata de medidas de alcance colectivo, la consulta con los representantes de los trabajadores sea ineludible. Además, el deber de consulta a los trabajadores sobre la organización del trabajo en la empresa en todo lo relacionado con las consecuencias que pudiera tener para la seguridad y la salud de los trabajadores tiene una clara base normativa en el artículo 33.1 LPRL, el cual dispone que el empresario deberá consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo; en general, cualquier acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores debe ser materia de consulta.

Más dudoso es aplicar, ante cambios verdaderamente sustanciales que afectan intensamente al trabajador, el **derecho a extinguir el contrato con indemnización de 20 días** por año si el cambio le resulta perjudicial. Si el perjuicio es meramente temporal y tiene que ver con razones de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, pueden arbitrarse fórmulas que permitan reconciliar los intereses empresariales con los del trabajador. El Plan Mecuida (art. 6 RD-ley 8/2020, permanecerá vigente hasta el 31 de enero de 2021, según establece la disposición adicional 3 del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre) o las adaptaciones derivadas del artículo 34.8 ET pueden proporcionar una respuesta adecuada.