Asunto : Informe sobre la prestación de servicios de forma presencial o por teletrabajo en orden a la normativa dictada con motivo de la pandemia por COVID-19 y la declaración del Estado de Alarma.
Solicitante : **Ilmo.Ayuntamiento de Conquista**
Expte. : 111/2020

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- El Ilmo. Ayuntamiento de Conquista remite escrito por el que expone que teniéndose en cuenta la situación actual originada por la pandemia por COVID-19 en relación con el personal al servicio de esa entidad local y el desempeño del trabajo bien de forma presencial bien por el sistema de teletrabajo, se solicita de este Servicio Jurídico la emisión de Informe Jurídico sobre adecuación de la prestación de tales servicios conforme a la normativa vigente, especialmente en lo que se refiere a la dictada con motivo de dicha pandemia y la declaración del Estado de Alarma consecuente.

NORMATIVA APLICABLE

- Constitución Española de 1978.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL).
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET)
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.
- Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

En virtud de ello, se emite el presente

INFORME

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

PRIMERO.- El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, vino a establecer para el todo territorio español una serie de medidas restrictivas en orden a la situación de pandemia internacional declarada el 11 de marzo por la OMS y el elevado número de casos de infección por Covid-19, aplicándose así por el Gobierno de la Nación el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, al estar inmersos en una crisis sanitaria que implicaba alteraciones graves de la normalidad. Se trataba de medidas temporales que no suponían suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.

En resumen, este Real Decreto declaraba el estado de alarma en toda España por quince días, prohibiendo a los ciudadanos salir a la calle, salvo excepciones, y asumiendo el Gobierno y autoridades delegadas importantes competencias. Entre otras cuestiones de suma importancia sobre movilidad, transportes, actividad económica, etc., se suspendían en materia administrativa términos y plazos procesales y administrativos, así como plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones civiles.

Asimismo, esta norma establecía que cada Administración conservaba las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estimase necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma.

Las medidas adoptadas en dicho Real Decreto y modificadas el 18 de marzo fueron prorrogadas con el estado de alarma por quince días hasta el día 12 de abril de 2020; por segunda vez, hasta el 26 de abril; por tercera vez hasta las 00:00 del 10 de mayo; por cuarta vez, hasta el 24 de mayo, por quinta vez hasta las 00:00 horas del 7 de junio, y por último, por sexta vez, hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, incorporándose como novedad respecto a las anteriores que las comunidades autónomas podían pasar a ser durante su vigencia autoridades competentes delegadas para la adopción, supresión, modulación y ejecución de las medidas correspondientes a la fase III del Plan de desescalada, en ejercicio de sus competencias.

SEGUNDO.- El Consejo de Ministros aprobó el martes 28 de abril de 2020 el Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, con sus correspondientes Anexos, que establecía los principales parámetros e instrumentos para el levantamiento de las medidas establecidas en el Real Decreto de Estado de Alarma para contener la expansión de la pandemia por COVID-19.

Este Plan era orientativo, pues planteaba la hoja de ruta que el propio Gobierno estableció para avanzar hacia la nueva normalidad. Las decisiones concretas y definitivas se adoptarían por el ministro de Sanidad y el resto de autoridades delegadas. Por tanto, todas las respuestas se adecuaría al Plan aprobado, pero podrían cambiar si la decisión definitiva fuera otra.

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

La transición sería gradual, asimétrica y coordinada y la actividad y la movilidad se estructurará en cuatro fases en función del control de la epidemia y la velocidad que permita la situación sanitaria de cada zona, además de otros factores, que serán públicos y se medirán de acuerdo con criterios objetivos.

Es decir, en resumen:

- No habría ningún cambio, levantamiento o alivio si no era expresamente aprobado por el correspondiente instrumento jurídico.
- El Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad era meramente orientativo y, por sí mismo, no autorizaba ninguna actividad en ninguna fase.

Conforme al apartado VII de indicado Plan, cuyo objetivo fundamental era conseguir que, preservando la salud pública, se recuperase 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 pudiesen ver desbordadas, se arbitraban una serie de medidas de desescalada, disponiéndose expresamente lo siguiente :

"VII. MEDIDAS ESCALONADAS
Con el fin de garantizar una desescalada con riesgos mínimos para la ciudadanía, pero mejorando el bienestar social y económico, es necesario graduar la salida del confinamiento en base a los datos del panel de indicadores. El establecimiento de un sistema gradual, asimétrico y dinámico, fundamentado en datos relevantes, confiables y comunes a todo el territorio, con un seguimiento continuo de la evolución de estos datos, permite ir reaccionando ante el riesgo cuando este aparezca.
Es absolutamente necesario, también, que la ciudadanía no pierda de vista la importancia de auto protegerse y actuar con responsabilidad.
Sin embargo, la desescalada no es un proceso matemático ni automático, no hay certeza de cuándo un territorio podrá pasar de una fase a otra. Hoy por hoy todo el país se encuentra en una fase de preparación de la desescalada. El avance a las fases siguientes dependerá de cómo progresen tanto la epidemia como sus capacidades sanitarias, dentro del marco de indicadores que reflejará el panel de indicadores. Cuanto mejor evolucionen los datos, más rápido será el avance, pero no se puede ignorar la posibilidad de que los datos empeoren y haya que dar pasos hacia atrás, una opción nada deseable, por lo que el paso de una fase a otra debe hacerse con todas las garantías.
Los detalles de las fases, las actividades permitidas y sus condicionantes, se establecen en el Anexo II del presente Plan, pero, a modo de resumen, la descripción de las fases sería la siguiente:

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

Fase 0 o de preparación de la desescalada
Es la situación a fecha de hoy, caracterizada por el establecimiento de medidas de alivio comunes para todo el país una vez doblegada la curva de contagios, permitiendo la movilidad fuera del domicilio, fundamentalmente en el ámbito privado, y medidas con un riesgo asociado de contagio muy bajo o nulo, siempre que se cumplan las indicaciones de seguridad, en base a la responsabilidad y autoprotección de los ciudadanos (actividad deportiva individual sin contacto y paseos, atención de huertos familiares, algunas actividades económicas con control de aforo, etc.).
Durante esta fase se podrán adoptar medidas que afecten exclusivamente a determinados territorios. En particular, islas sin movilidad exterior y con tasas de contagio prácticamente nulas.

Fase I o inicial
En función del cumplimiento de los indicadores del panel de indicadores en los diferentes territorios, se permitirá la apertura parcial de actividades, en particular, actividades económicas como pudieran ser la apertura del pequeño comercio con cita previa o servicio en mostrador, restaurantes y cafeterías con entrega para llevar, actividades en el ámbito agrario, actividades deportivas profesionales, alojamientos turísticos sin utilización de zonas comunes y con restricciones, entre otras actividades.

Fase II o intermedia
En esta fase se plantea la apertura parcial de actividades que se mantienen restringidas en la fase I, con limitaciones de aforo, como restaurantes con servicio de mesa y terrazas, zonas comunes de alojamientos turísticos, grandes superficies comerciales, etc.

Fase III o avanzada
En esta fase se prevé la apertura de todas las actividades, pero siempre manteniendo las medidas oportunas de seguridad y distancia. Entre las medidas a contemplar en esta fase, la apertura del comercio minorista que no hubiera abierto con anterioridad, con limitación de aforo, bares y discotecas con aforo muy limitado, museos y espectáculos culturales, también con asistencia limitada, etc.

Nueva normalidad
Terminan las restricciones sociales y económicas, pero se mantiene la vigilancia epidemiológica, la capacidad reforzada del sistema sanitario y la autoprotección de la ciudadanía".

Con arreglo a lo que el propio Gobierno de la Nación disponía respecto del citado Plan de Desescalada : *"Las decisiones concretas y definitivas se adoptarán por*

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

parte del ministro de Sanidad y el resto de autoridades delegadas. Las respuestas ofrecidas en él podrían modificarse si la decisión definitiva fuera otra.".

En virtud de ello, y como soporte jurídico de la actuaciones procedentes dentro de la Fase 3 de indicado Plan, el Ministerio de Sanidad dictó la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE Núm. 153, de 30 de mayo de 2020).

Esta Orden en su artículo 2, establece el ámbito de aplicación de la misma, disponiendo que :

> *"Artículo 2. Ámbito de aplicación.*
> *1. La presente orden será de aplicación a las actividades objeto de la misma que se desarrollen en las unidades territoriales que constan en el anexo, así como a las personas que residan en dichas unidades, de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo del artículo 3 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.*
>
> *2. Las personas vulnerables al COVID-19 también podrán hacer uso de las habilitaciones previstas en esta orden, siempre que su condición clínica esté controlada y lo permita, y manteniendo rigurosas medidas de protección.*
>
> *No podrán hacer uso de dichas habilitaciones, ya sea para reincorporarse a su puesto de trabajo o para acudir a los locales, establecimientos, centros, o realizar las actividades a que se refiere esta orden, las personas que presenten síntomas o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19, o que se encuentren en período de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con síntomas o diagnosticada de COVID-19."*

Interesa destacar, en lo que a este informe interesa, que la Disposición Final Tercera de esta Orden establece específicamente lo siguiente :

> *"Disposición final tercera. Planes específicos de seguridad, protocolos organizativos y guías.*
> ***Las medidas dispuestas por la presente orden podrán ser completadas por planes específicos de seguridad, protocolos organizativos y guías adaptados a cada sector de actividad, que aprueben las Administraciones Públicas o sus organismos dependientes o vinculados, una vez oídas las partes implicadas, así como por aquellos que sean acordados en el ámbito empresarial entre los***

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

propios trabajadores, a través de sus representantes, y los empresarios o asociaciones y patronales de cada sector.*"*

Al respecto de esto último, y en lo que pudiera afectar a la adopción de medidas concretas por parte de las entidades locales respecto del personal a su servicio, conviene recordar lo siguiente :

- Por un lado, la regulación que se contiene en la Ley del Estatuto Básico del Empleado, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en cuanto al nivel competencial que poseen aquellas respecto a dicho personal, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL.

- Y por otro lado, en lo que a la potestad específica de autoorganización de las entidades locales se refiere que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL)., la mism viene reconocida expresamente al disponer que : "*Artículo 4.- 1. En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas: a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.*"

En este ámbito seguimos lo señalado por el Tribunal Constitucional (Sentencia 170/1989, de 19 de octubre, F.J. 9º), en orden a que la autonomía local, tal y como se reconoce en los artículos 137 y140 CE goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar (STC 84/1982). Esa garantía institucional supone el derecho de la Comunidad Local a participar a través de órganos propios en el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y los supralocales en el contexto de tales asuntos o materias. El concepto cualitativo de autonomía que consagra, así, la Constitución pone en primer término la dimensión organizativa, pues con la garantía de dicha autonomía de lo que se trata es de asegurar la existencia y el funcionamiento de centros de decisión dotados de una economía y una lógica propias, cifradas en el principio de la gestión de los correspondientes intereses bajo la propia responsabilidad. Este tipo de gestión (autónoma) administrativa presupone por sí misma -como antes se ha visto que entiende la doctrina del Tribunal Constitucional-, la dotación de la organización que la personaliza con las potestades institucionales propias de todo poder administrativo territorial y sin las cuales éste no podría operar como tal y conforme a su lógica propia.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

Resulta obvio precisar que esta potestad de autoorganización de los entes locales no es plena, sino ha de moverse dentro de un amplio pero preciso marco constitucional y legal ordinario, y así, dentro del ámbito en que nos movemos, el Ayuntamiento consultante, dentro del marco general que forman las distintas normas y órdenes emanadas del Gobierno de la Nación, y a nivel más doméstico, por la respectiva Comunidad Autónoma, podrá establecer y adoptar las medidas que estime por oportunas para la prestación de los servicios por parte del personal a su servicio, una vez superadas las respectivas fases del Plan nacional ya referido.

Con ello quedaría definido el ámbito competencial y de potestad de autoorganización que las entidades locales poseen en materia de personal, en orden a quedar sentado, en cuanto al asunto que estamos tratando, que bajo las premisas e instrucciones generales que las autoridades nacionales y autonómicas han establecido al respecto, compete al Ayuntamiento la organización y estructuración de sus servicios de forma específica, sin que se tenga conocimiento de que éstas tengan que someterse a unos determinados parámetros mínimos o máximos en cuanto a incorporaciones, trabajos presenciales, teletrabajos, etc., lo cual queda por completo sometido a la autonomía de la voluntad del consistorio en orden a las necesidades que deban ser cubiertas en los respectivos servicios.

TERCERO.- En lo respecta a la prestación de los servicios públicos locales bien mediante la asistencia presencial de los empleados públicos en sus respectivos puestos de trabajo, o bien a través de Teletrabajo, dentro del periodo de desescalada y vuelta a la normalidad de las actividades públicas, debemos partir del contenido del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, el cual, en su artículo 5, venía disponer lo siguiente :

"Artículo 5 ***Carácter preferente*** *del trabajo a distancia*
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.

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.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad 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."

Es decir, la norma establecía el carácter prioritario del teletrabajo frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, pero sólo en ese caso. Aunque de alguna manera se obligaba a las empresas a establecer «sistemas de organización» que permitieran «mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, lo cierto es que la prioridad sólo era predicable en orden a evitar ceses en la actividad de los empleados, como así ocurrió con los empleados públicos, teniéndose además en cuenta que ello sería así si ello era técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resultaba proporcionado. Así, con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que no estuviera previsto, el Gobierno determinaba en dicho artículo que se entendía como cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos con carácter excepcional a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por el propio trabajador.

Con posterioridad, se dictó el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE Núm. 112, de 22 de abril) que reforzaba, complementaba y ampliaba las decisiones adoptadas desde la segunda semana de marzo para contrarrestar el impacto del COVID-19 y que, entre otras cuestiones, incorporaba un serie de medidas laborales y sociales, como cobertura de la prestación por desempleo a los trabajadores despedidos durante el periodo de prueba de un nuevo trabajo; ampliación del ámbito de aplicación de los ERTEs por causa de fuerza mayor para cubrir caídas significativas de actividad en aquellos sectores considerados esenciales; reforzamiento de la protección de los trabajadores fijos discontinuos; etc., vino a prorrogar dos meses el carácter preferente del teletrabajo y el derecho de adaptación del horario y reducción de la jornada. El artículo 15, párrafo primero, de esta norma disponía que :

"Artículo 15 Prórroga de la vigencia de lo establecido en los artículos 5 y 6 de del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo y modificación de su artículo 6

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo de la disposición final décima, del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se prorroga lo establecido en los artículos 5 y 6 de dicha norma. El contenido de estos artículos se mantendrá vigente durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición

pie_firma_conto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

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."

Por referencia de dicho artículo, cabe señalar que la Disposición Final 10ª del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo -modificado por Real Decreto-ley 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-, dispone lo siguiente :

Disposición final décima. Vigencia.
1. Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. No obstante, lo anterior, aquellas medidas previstas en este real decreto-ley que tienen un plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.
Sin perjuicio de lo anterior la vigencia de las medidas previstas en este real decreto-ley, previa evaluación de la situación, se podrá prorrogar por el Gobierno mediante real decreto-ley."

Con ello la preferencia por el trabajo no presencial se mantenía durante dos meses más a partir de la vigencia establecida en dicho Real Decreto-Ley 8/2020, siempre y cuando «*en atención a las circunstancias*» no se establecieran nuevas prórrogas adicionales. A este respecto señalar que la vigencia del Estado de Alarma finalizó el pasado día 21 de junio de 2020.

A este nuevo Real Decreto ley se unieron en mayo varias órdenes ministeriales de Sanidad (Orden SND/399/2020 y 458/2020) para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de las distintas fases del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. En ellas, incluida la que se refiere a la fase 3, se incide en que «*siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia*». Sin embargo, también se da la posibilidad a las empresas de «*elaborar protocolos de reincorporación presencial a la actividad laboral, siempre de acuerdo con la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, que deberán incluir recomendaciones sobre el uso de los equipos de protección adecuados al nivel de riesgo, la descripción de las medidas de seguridad a aplicar, la regulación de la vuelta al trabajo con horario escalonado para el personal, siempre que esto sea posible, así como la conciliación de la vida laboral y familiar*».

Es decir, lo que determina el RD-Ley 8/2020, posteriormente prorrogado por el Real Decreto 15/2020, así como las respectivas órdenes del Ministerio de Sanidad, es que el teletrabajo tiene que ser la opción preferente. Esto implica que mientras esté

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

vigente la medida, en virtud de ese carácter *preferente,* la empresa deberá poder justificar que realmente es necesario que el trabajador acuda a su puesto en la oficina y deje de teletrabajar. Si no es así, habrá que valorar además en cada caso, si el trabajador, por ejemplo, puede teletrabajar pero en momentos concretos o para determinadas tareas es necesario que acuda a la oficina o que haga, si fuera el caso, desplazamientos para cumplir con las funciones de su puesto.

No obstante, en principio, un trabajador no puede negarse a acatar la orden de volver a la oficina. En virtud del principio "*solve et repete*" (obedece y después reclama), si una empresa da la orden a los trabajadores de reincorporarse a la oficina, éstos deberán cumplir dicha orden (en virtud del poder de dirección empresarial). Ahora bien, por supuesto, los trabajadores afectados pueden interponer una denuncia ante la Inspección (por ejemplo, si consideran que no está garantizada su salud y seguridad) y/o ante los tribunales y será un juez quien decida si la orden empresarial es o no lícita.

La excepción viene dada por el riesgo grave e inminente. Es decir, existe no obstante una excepción (habrá que ver, llegado el caso, qué dicen los tribunales) donde sí es posible que un trabajador se niegue a acudir a su puesto o bien que lo abandone, que sería apelando al art. 21 (riesgo grave e inminente) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En este supuesto, tal y como determina expresamente el art. 21, no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad. En principio, si la empresa garantiza la protección de la salud (se garantiza la distancia mínima de seguridad, las medidas de higiene y prevención, proporciona los EPIs adecuados, etc…), los trabajadores no podrían apelar al art. 21 de la LPRL. No obstante, por supuesto, llegado el caso, serían los tribunales los que determinasen en cada caso si procede o no la aplicación de este art. 21 y si se considera que sí existe un riesgo grave e inminente, y por tanto era lícita la negativa del trabajador.

En resumidas cuentas, se trata de un aspecto que entra dentro del ámbito organizativo de cada Entidad Local y depende en todo caso de las necesidades de los servicios, por lo que el hecho de que se facilite y regule tanto el teletrabajo como la asistencia o reincorporación presencial del personal no obsta para que en función de uno u otro ámbito de actuación o departamento de la Entidad Local, la reincorporación presencial y el mantenimiento del teletrabajo pueda diferir de unas dependencias a otras, siendo las situaciones personales de cada empleado en particular elementos que pudieran tenerse en cuenta, si bien no como elementos excluyentes o absolutos que pudieran conferir al mismo derecho alguno al mantenimiento del trabajo a distancia, puesto que lo determinante en cada entidad es la evaluación de las necesidades del servicio.

pie_firma_conte_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

Como referencia, en cuanto a antecedentes normativos más recientes respecto al teletrabajo, recordemos que la Disp. Final 6ª de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAESP) ya preveía que: "*El Ministerio de Administraciones Públicas, en colaboración con los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Trabajo y Asuntos Sociales, regularán antes del 1 de marzo de 2008 las condiciones del teletrabajo en la Administración General del Estado*.". No obstante, esta Ley fue derogada por la Disp. Derog. Única Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y esta previsión no ha sido desarrollada en el ámbito de la Administración General del Estado, existiendo al respecto únicamente la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales, y que, en su apartado 1º, entiende por teletrabajo "*toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la Administración General del Estado puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos*". A todo ello habría que añadir el derecho de los empleados públicos a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, laboral y familiar prevista en el art. 14.j) del RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

En el ámbito del personal laboral, conviene indicar que el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, regula el trabajo a distancia, disponiendo que:

> *"Artículo 13 Trabajo a distancia*
> *1. Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.*
> *2. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 para la copia básica del contrato de trabajo.*
> *3. Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.*

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.
4. Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.
5. Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en esta ley. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa."

Y por otro lado, en cuanto a normativa comunitaria, reseñar que existe el acuerdo marco europeo sobre teletrabajo (AMET), suscrito por los interlocutores sociales europeos y publicado como anexo al Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva (ANC) de 2003 (BOE de 24 de febrero de 2003). Este acuerdo refleja el compromiso de las organizaciones sindicales y empresariales de impulsar "*una mayor y adecuada utilización del teletrabajo, favorable tanto a las empresas como a los trabajadores*".

A nivel estatal, ya de manera específica para la situación de "Nueva normalidad" consecuente de la previa de estado de alarma, y con destino a los empleados públicos de la Administración General del Estado (AGE), por la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública, se ha publicado la Resolución de 17 de junio de 2020, de Medidas a adoptar en los centro de Trabajo dependientes de la Administración General del Estado, la cual regula, entre otras materias, la modalidad de trabajo no presencial o teletrabajo, disponiendo en sus apartados Tercero y Cuarto, lo siguiente :

"Tercera.- Modalidad presencial de prestación del servicio.
La modalidad presencial de prestación del servicio, que será la forma ordinaria, es aquella consistente en la prestación de servicios en los respectivos centros y lugares de trabajo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.1 e) Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.
La modalidad presencial se podrá compaginar con prestación del trabajo en una modalidad no presencial de hasta un 20% de la jornada semanal. Si lo anterior afectara a puestos en los que la actividad se realiza mediante trabajo a turnos, se podrán reorganizar los mismos, con consentimiento de la empleada o empleado público, salvo que por necesidades del servicio sea imprescindible que se establezcan por la Administración, o en

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

todo caso acogerse a lo dispuesto en el apartado séptimo de la presente Resolución.

En el caso de establecimiento de turnos, gozará de prioridad el personal que no pueda acogerse por la naturaleza de sus funciones a la modalidad no presencial, y, al mismo tiempo, tengan a su cargo a menores de 14 años; o personas mayores, dependientes o con discapacidad afectados por el cierre de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día.

En el ámbito de seguridad y salud laboral, cada departamento y sus organismos dependientes, dentro de su ámbito organizativo, adoptará o actualizará sus medidas y actuaciones preventivas o sus "planes de contingencia y de continuidad", en base a los criterios, pautas y recomendaciones que fijen las autoridades sanitarias competentes en cada momento, así como a la normativa en vigor.

En todo caso, para garantizar la homogeneidad en las actuaciones preventivas y niveles de protección en los centros de trabajo de la AGE, así como la coordinación de las actividades empresariales, se actualizarán las instrucciones y recomendaciones emitidas sobre esta materia por la Secretaria General de Función Pública.

Cuarta.- Modalidad no presencial de prestación del servicio.

Se entiende por modalidad no presencial la prestación de servicios sin presencia física en los respectivos centros y lugares de trabajo que se deberá compaginar con una modalidad presencial de la siguiente forma:

- Hasta un 20% de la jornada semanal presencial en el caso de los colectivos priorizables definidos en el presente apartado.

- Un mínimo de un 20% de la jornada semanal presencial para el resto del personal.

La modalidad no presencial tendrá carácter voluntario y podrá ser reversible por razones de carácter organizativo y de necesidades del servicio, por solicitud de la empleada o empleado público, o bien si variasen las circunstancias que motivaran el disfrute de esta modalidad.

La prestación de servicios en modalidad no presencial se articulará, por la persona titular de cada centro directivo, en aquellos puestos de trabajo cuya naturaleza lo permita y siempre que se garantice la correcta prestación de los servicios.

pie_firma_conb_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:

DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

Igualmente la prestación de servicios en modalidad no presencial se articulará en aquellas modalidades de jornada cuyo cumplimiento no requiera la presencia física en los respectivos centros y lugares de trabajo.

Esta modalidad deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento. Serán principios inspiradores del uso de esta modalidad la mejora de la conciliación del desarrollo profesional con la vida personal y familiar, y el respeto en todo caso de los principios de igualdad de trato entre hombre y mujer y la corresponsabilidad.

En todo caso, se deberá priorizar la prestación de trabajo en modalidad no presencial para las empleadas y empleados públicos pertenecientes a los colectivos definidos en cada momento por las autoridades sanitarias competentes como grupos vulnerables para la COVID-19.

Igualmente, se deberá priorizar la prestación de trabajo en modalidades no presenciales para las empleadas y empleados públicos:

a) Que tengan a su cargo menores de hasta 14 años.

b) Que tengan a su cargo personas mayores, dependientes o con discapacidad, afectados por el cierre de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día.

En el caso de que ambos progenitores o responsables sean empleadas o empleados públicos en activo no podrán disfrutar de esta medida de forma coincidente.

El personal que preste sus servicios en modalidades no presenciales tendrá los mismos derechos y deberes que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial y no sufrirá modificación alguna en materia de retribuciones, promoción profesional, representación colectiva ni cualquier otro derecho salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de forma presencial.

La prestación de los servicios en modalidades no presenciales o de éstas con modalidades presenciales no supondrá menoscabo de la jornada y horario de cada empleado o empleada pública, debiéndose respetar en todo caso el descanso necesario.

Se comunicará a los representantes del personal que formen parte de las Mesas Delegadas los efectivos que se acojan a esta modalidad."

pie_firma_conb_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:

DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

Por último señalar que, igualmente de manera específica para la situación vivida con motivo de la pandemia por COVID-19, en el ámbito de la Comunidad andaluza, por la Consejería de Salud y Familias se ha dictado la Orden de 19 de junio de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), una vez superado el estado de alarma (modificada recientemente por la Orden de 14 de julio de 2020, sobre el uso de la mascarilla y otras medidas de prevención en materia de salud pública para hacer frente al coronavirus (COVID-19)), la cual dispone en su apartado 34ª lo siguiente:

> *"1. Una vez se alcance la quinta fase del plan de incorporación progresiva de la actividad presencial de la Administración de la Junta de Andalucía, previsto en el Acuerdo de la Mesa General de Negociación común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, y ratificado por Acuerdo de 18 de mayo de 2020, del Consejo de Gobierno, procede avanzar en la progresiva incorporación a la actividad presencial hasta el cien por cien del personal.*
> *2. La incorporación mantendrá la compatibilidad entre modalidades de trabajo no presencial y presencial, con el objeto de garantizar la seguridad y salud del personal, así como la continuidad de la actividad del conjunto del sector público andaluz. En consecuencia, se avanzará en la modalidad del trabajo presencial, en jornadas consecutivas y/o alternas, y se potenciará el uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral resulte posible."*

En conclusión pues de cuanto se ha expuesto cabe decir que, en orden a la situación excepcional que ha representado y representa la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, el teletrabajo se plantea como una opción preferente, siempre y cuando ello sea posible y en los puestos de trabajo que igualmente lo sean, y así, tanto durante dicha crisis como una vez finalizada la situación de Estado de Alarma, es cada Administración la que debe dictar las instrucciones al respecto y adoptar los acuerdos precisos para el mantenimiento de los servicios, los cuales han de ir presididos por la necesidad de reducir en la medida de lo posible el riesgo relativo a la la movilidad del personal y el trabajo presencial, proponiendo y articulando las medidas precisas para el trabajo no presencial en aquellos puestos y funciones que lo permitan, siempre y cuando se cuenten con los recursos técnicos necesarios, estando prevista una regulación del teletrabajo a nivel general.

Es, en consecuencia, en ese marco de regulación interna organizativa donde cabe la previsión tanto de las situaciones en las que se habilite el mantenimiento del teletrabajo en aquellos puestos de trabajo y servicios que lo permitan, como de aquellas funciones cuyo trabajo a distancia resulta incompatible con mayor o menor grado con una adecuada prestación del servicio.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02

Recordemos en cualquier caso que el trabajo no presencial, conforme al artículo 5 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, tiene carácter "Preferente" pero no exclusivo o excluyente, es decir, no es un derecho absoluto del trabajador que per sé haya de reconocerse sí o sí, sino que habrá que estarse, como ya hemos hecho referencia, a las condiciones laborales y personales de cada trabajador, características del puesto de trabajo, a los recursos materiales con que se cuenta así como las necesidades del servicio para acceder o nó a lo peticionado

En resumen, en cuanto a la articulación del sistema de trabajo no presencial o teletrabajo, procede indicar que no existe en el momento actual un marco normativo básico aplicable, ni en la normativa básica sobre el empleo público (RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre, TREBEP), ni en la normativa básica sobre régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL), aunque sí es cierto que éste ha venido y viene siendo avalado y reconocido por la numerosa e incesante normativa emanada con ocasión de la pandemia por COVID-19, por lo que no existe impedimento legal al respecto en que se pueda seguir prestando el teletrabajo en los términos que cada administración considere oportunos y necesarios.

No obstante, al tratarse de medidas de organización del trabajo habrá que tener en cuenta la necesidad de contar con los medios técnicos necesarios que permitan garantizar el cumplimiento de las exigencias en materia de seguridad y protección de datos, así como el establecimiento de las condiciones y medidas aplicables para la utilización de este régimen de trabajo, mediante el correspondiente protocolo acordado por el órgano competente. Protocolo éste en el que entendemos resulta fundamental la participación de los representantes de personal, unido al liderazgo de los órganos competentes de la entidad local.

Es por ello que, cualquier fórmula que la Entidad Local adopte dentro de ese marco a que hemos hecho referencia, atendiendo a las necesidades de servicios y las condiciones de prestación de éstos, puede ser tan válida como cualquier otra, sin que quepa hablar de requisitos mínimos o máximos a hora de alternancias, niveles porcentuales de asistencia presencial, porcentajes de personal, etc., lo cual, como se ha indicado, queda subsumido dentro de la autonomía de la voluntad y la autoorganización que le son inherentes a los entes locales.

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a *(fecha y firma electrónica).*
El Consultor Técnico adscrito al Servicio de Asesoría Jurídica. Diputación de Córdoba.
José Antonio Del Solar Caballero.

pie_firma_corto_dipu_01

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en

Firmado por Consultor Técnico de la Asesoría Jurídica DEL SOLAR CABALLERO JOSE ANTONIO el 21/7/2020

Salida desde Expediente

Registro:
DIP/Salida_GEX/S/2020/9421

22-07-2020 07:46:46

pie_registro_dipu_02