

ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS

NOTA INFORMATIVA SOBRE PETICION DE TRABAJADORES DE NO ACUDIR A TRABAJAR POR MIEDO AL CONTAGIO

Ante la situación de alarma que vivimos y determinados casos concretos de riesgo de contagio o simplemente miedo al mismo, no venimos encontrando con casos de trabajadores que manifiestan no querer acudir a trabajar por miedo al contagio del covid 19

La forma de abordar cada caso dependerá de las circunstancias, pero como pautas generales consideramos se deben atender las siguientes:

1º Todo el mundo tiene obligación de acudir a su puesto de trabajo, aún con independencia de que exista miedo, salvo que la empresa sea de las obligadas al cierre o se encuentre cerrada por fuerza mayor, contagio confirmado, confinamiento etc.

2º Partiendo de esa premisa, y de que un empleado no puede decidir unilateralmente nada debemos tener en cuenta que el Real Decreto Ley 8/2020 establece en su artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6. Derecho de adaptación del horario y reducción de jornada.

1. Las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma en los términos previstos en el presente artículo, cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19.

Se entenderá que concurren dichas circunstancias excepcionales cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas en el apartado anterior que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19. Asimismo, se considerará que concurren circunstancias excepcionales cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos. También se considerará que concurren circunstancias excepcionales que requieren la presencia de la persona trabajadora, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19.

ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS

El derecho previsto en este artículo es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupuesto el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles, debiendo ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa.

Los conflictos que pudieran generarse por la aplicación del presente artículo serán resueltos por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. El ejercicio de los derechos previstos en el presente artículo se considera ejercicio de derechos de conciliación a todos los efectos.

2. El derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19 es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa. Empresa y persona trabajadora deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo.

El derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto del presente artículo. Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19.

3. Las personas trabajadoras tendrán derecho a una reducción especial de la jornada de trabajo en las situaciones previstas en el artículo 37.6, del Estatuto de los Trabajadores, cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el apartado primero de este artículo, con la reducción proporcional de su salario. Salvo por las peculiaridades que se exponen a continuación, esta reducción especial se regirá por lo establecido en los artículos 37.6 y 37.7 del Estatuto de los Trabajadores así como por el resto de normas que atribuyen garantías, beneficios, o especificaciones de cualquier naturaleza a las personas que acceden a los derechos establecidos en estos preceptos.

La reducción de jornada especial deberá ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar el cien por cien de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

En caso de reducciones de jornada que lleguen al 100 % el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa.

En el supuesto establecido en el artículo 37.6 segundo párrafo no será necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.

4. En el caso de que la persona trabajadora se encontrara disfrutando ya de una adaptación de su jornada por conciliación, o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de alguno de los derechos de conciliación previstos en el ordenamiento laboral, incluidos los establecidos en el propio

ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS

artículo 37, podrá renunciar temporalmente a él o tendrá derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurran las circunstancias excepcionales previstas en el apartado primero de este artículo, debiendo la solicitud limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario.

Por tanto se puede pedir flexibilización o una reducción que puede llegar a ser de hasta el 100%, siempre que lo acredite (la necesidad) y la consideremos proporcional.

Si no la entendemos ajustada se le podrá denegar y si falta al trabajo será causa de sanción.

Evidentemente es una situación en la que la reducción implica reducción de salario. Por tanto al ser del 100%, en ese caso no cobraría nada.

3º Si el trabajador no lo pide reglamentariamente y no viene sin más, además de ser una posible falta, por supuesto no debe cobrar esos días.

Para evitar esto se puede pactar con esa persona cualquier tipo de posibilidad dispensándola mediante la concesión de vacaciones, pactando con ella una jornada irregular de manera que pueda no venir, pero posteriormente deberá recuperar esas horas o cualquier sistema alternativo.

4º Si la empresa considera que está cubierta la seguridad o que no está justificado el miedo de ese trabajador, o no es proporcional a la medida de que deje de venir, podrá prohibírselo o limitárselo.

En cualquier caso si por evitar conflictos se le permite no venir, y consideramos que no es real ni proporcional ese miedo, podremos advertirle de que con independencia de que se le pueda sancionar o no, no deberá cobrar esos días que no venga.

5º Si el riesgo existe y es real, y la empresa es consciente de ello, la situación cambia:

ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS

Según se extrae de diferentes publicaciones y artículos que vienen a interpretar la norma podemos entender lo siguiente según cada caso o situación específica:

- ¿El trabajador se puede negar a venir a trabajar por su propia decisión?

En principio, la respuesta es negativa. La regla general es que los empleados deben acudir a sus puestos de trabajo si no quieren enfrentarse a sanciones disciplinarias e, incluso, el despido por ausencia injustificada. Como excepción, y siempre que se acredite un “riesgo grave inminente” para la salud pueden dejar de acudir al puesto presencial o abandonarlo. El derecho a no acudir al trabajo por existir riesgo se debe tomar con carácter restrictivo.

Ahora bien, dada la rápida evolución de la crisis y la multiplicación de casos de contagio, esta regla general se puede ver alterada en los próximos días. En comunidades con alto riesgo o en empresas en las que se hayan confirmado algún positivo entre los compañeros, se podría argumentar que existe un riesgo grave e inminente.

En ese caso, trabajadores expuestos al riesgo (no siempre son todos los de la plantilla), podrían decidir no acudir a trabajar por riesgo grave e inminente.

- Sin perjuicio de lo anterior, y si no se acredita ese riesgo grave e inminente ¿Puede la empresa sancionar por el motivo de no acudir al trabajo por miedo?

Los trabajadores que decidan por su cuenta permanecer en su casa sin comunicárselo a la empresa o abandonar el puesto sin manifestar sus motivos, se exponen a que este sea considerado como una ausencia injustificada. Por este motivo, el empresario puede descontar los días u horas de salario, así como imponer sanciones o el despido.

- Ahora bien, si el empleado cree encontrarse ante un riesgo grave e inminente, debe comunicárselo a su empresa. Este aviso es muy importante, porque el artículo 21.4 de la LPRL establece que los trabajadores o representantes no podrán sufrir perjuicios derivados de estas medidas de parar

ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS

por riesgo grave e inminente siempre que no se haya actuado de mala fe o de forma negligente.

En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en 2009, rechazó sancionar a una profesora que no acudió a su centro escolar por el mal estado de las carreteras debido a una gran nevada.

En este caso la empresa podrá determinar si ese miedo es proporcional a la realidad, y si existe o no esa situación de riesgo inminente. En función de lo que ahí se analice, podremos decidir en un sentido u otro

- En el caso de que exista riesgo real confirmado

En un caso como el nuestro en que en la empresa ya se haya producido algún positivo entre los compañeros o colaboradores. En ese supuesto habría que acudir al artículo 21 de la LPRL, que regula el riesgo grave e inminente. Dicho precepto establece que el trabajador “tiene derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud”. Pero, ¿qué se entiende por riesgo grave e inminente? El artículo 4.4 de la norma lo define como "aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores".

Tampoco aquí hay una regla general, por lo que habría que analizar cada caso concreto. No obstante, sí el trabajador puede acreditar que seguir trabajando le expone al contagio puede decidir no ir al trabajo o abandonar el mismo.

Evidentemente es un tema a tratar caso por caso, ya que si la empresa puede acreditar que pone todos los medios de prevención posible, habrá que analizar el nivel de riesgo y de peligro que ese trabajo pueda suponer a ese trabajador concreto.

- Este es un derecho individual, pero hay casos en los que también se puede realizar una acción conjunta. Si el empresario tiene constancia de algún positivo y no pone en cuarentena a sus trabajadores, o no cumple los protocolos

ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS

impuestos, los representantes de los trabajadores o los delegados de prevención puedan paralizar la actividad de la plantilla en riesgo. Esto es lo que ya está pasando en algunas fábricas.

- Evidentemente si se aísla a ese trabajador, se aplican cuarentenas o se cumplen los protocolos impuestos por las autoridades sanitarias, la actividad a priori debe continuar.

- La situación de riesgo grave e inminente debe demostrarse, lo que puede resultar complicado en algunas circunstancias. Sin embargo, en estas circunstancias tan extraordinarias, ante la más mínima sospecha se debería parar o dispensar de venir al trabajo, sobre todo si se actúa de buena fe, y se alega una razón proporcional (en este caso el hecho de que haya un contagio, si es una persona cercana a este trabajador o en situación similar o del mismo departamento, y alegándonos que convive con una persona mayor que sería susceptible de sufrir daños graves en caso de contagio, puede estar justificado).

- Si en la empresa ha habido un contagio o no está cumpliendo con las medidas de seguridad mínimas, jamás existiría mala fe en unos trabajadores que intentan proteger su salud, la de sus compañeros y la de sus familiares. Si la empresa **SÍ ESTÁ CUMPLIENDO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD**, entiendo que

- ¿Cómo debe avisarse a la empresa?

La ley no prevé nada al respecto. Sin embargo, siempre es recomendable comunicar a la empresa de forma fehaciente y explicar los motivos por los cuales consideras que existe riesgo de contagio y se va a parar de trabajar. Es aconsejable que se haga siguiendo las instrucciones del empresario, si es que existen. Si no, a través de algún medio que acredite que se ejerce ese derecho.

Si la decisión la toman los representantes, deberán comunicarlo a la empresa y a la autoridad laboral competente la cual confirmará ratificará o anulará la paralización en 24 horas.

ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS

Medidas que deben adoptarse en los centros de trabajo

Prevalece y se mantiene el derecho a que la empresa cumpla sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

El artículo 14.2 de la LPRL establece que el empresario debe garantizar y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, y el 17.2 fija que el empresario debe proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismo.

Es decir, la obligación de todas aquellas empresas que continúen con su actividad es cumplir los protocolos estrictos de higiene y distanciamiento que están exigiendo las autoridades, así como proporcionar material a cada trabajador para evitar su contagio. En caso contrario deberían, o bien parar la actividad, o acudir a la inspección y denunciar estos incumplimientos. La ley prevé sanciones, en función de la gravedad de los hechos, de entre 6.251 euros y 187.515 euros.

Lo que ponemos en vuestro conocimiento quedando a vuestra disposición para lo que podamos ayudaros.

En Cádiz a 20 de marzo de 2020



ALFONSO JIMENEZ ABOGADOS