

Principio de precaución y obligaciones preventivas en las empresas para la «nueva normalidad»: trazabilidad y blindaje digitales del riesgo de contagio, ¿misiones imposibles?

Análisis del 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 el COVID-19

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

No es, ni mucho menos, la última manifestación de la legislación social de emergencia sanitaria en España (después se han dictado tres leyes de urgencia adicionales, y las que vendrán), pero el 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 el COVID-19, sí constituye la principal «hoja de ruta» para conducir el tránsito de las personas y de las empresas hacia esa nueva situación, incierta, que llaman «nueva normalidad». Como deja en evidencia la actualidad, que conoce numerosos rebrotes de COVID-19 en los lugares de trabajo, luego trasladados al ámbito comunitario, y viceversa, una clave del éxito para el retorno será el grado de cuidado que se ponga en adoptar todas las medidas preventivas para evitar los contagios de COVID-19, sea por parte de las autoridades sanitarias, sea por parte de las empresas, sea también por parte de las personas trabajadoras. Precisamente, las primeras decisiones judiciales en este ámbito están extremando las exigencias de seguridad y salud en el trabajo, identificando un estándar de tutela que va más allá del principio de prevención tradicional para identificarse con el principio más moderno y comprometido de precaución. Al mismo tiempo, el desarrollo de la tecnología digital permite incrementar el nivel de seguridad tecnológicamente posible, pero tiene un precio alto en términos de achicamiento de la privacidad, por lo que urge lograr el debido equilibrio.

Palabras clave: principio de precaución; salud laboral; COVID-19; trazabilidad; policía digital.

Fecha de entrada: 22-06-2020 / Fecha de aceptación: 22-06-2020

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Principio de precaución y obligaciones preventivas en las empresas para la «nueva normalidad»: trazabilidad y blindaje digitales del riesgo de contagio, ¿misiones imposibles? Análisis del 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 el COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 145-168.



The precautionary principle and preventive obligations at work for the «new normality»: digital traceability and shielding of the risk of infections by COVID-19 (impossible missions?)

Analysis of Royal Decree-Law 21/2020, of June 9, on urgent prevention, containment and coordination measures to face the health crisis caused by COVID-19

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Royal Decree-Law 21/2020, of June 9, on urgent measures of prevention, containment and coordination to deal with the health crisis caused by COVID-19 is not the latest manifestation of the abundant social legislation on health emergency in Spain (after three additional emergency laws have been enacted, and those to come). But that Royal Decree-Law, the object of our analysis, does constitute the main «road map» to guide the transit of people and companies towards this new, uncertain situation, which they call «new normality». Today, which knows numerous outbreaks of COVID-19 in workplaces, then transferred to the rest of the population, and vice versa, shows that a key to success in returning to work will be the degree of care that is taken in taking all measures preventive measures to avoid the spread of COVID-19, either by the health authorities, or by companies or by workers.

Precisely, the first judicial decisions in this area are exacerbating the demands for safety and health at work, identifying a standard of protection that goes beyond the traditional principle of prevention to identify with the precautionary principle, which is more modern and committed. At the same time, the development of digital technology increases the level of security that is technologically possible, but it comes at a high price in terms of reducing privacy. Therefore, it is urgent to achieve the proper balance.

Keywords: precautionary principle; occupational health; COVID-19; traceability; digital pólice.

Citation: Molina Navarrete, C. (2020). The precautionary principle and preventive obligations at work for the «new normality»: digital traceability and shielding of the risk of infections by COVID-19 (impossible missions?). Analysis of Royal Decree-Law 21/2020, of June 9, on urgent prevention, containment and coordination measures to face the health crisis caused by COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 145-168.



Sumario

1. Introito: la crisis de salud pública (ambiente externo) mutada en cuestión de salud laboral (ambiente interno)
2. La llamada legislativa a un deber de cautela general frente al riesgo de contagio: la vigilancia epidemiológica precoz como clave de bóveda del nuevo edificio
3. La prevención frente al riesgo de contagio en el trabajo para la «nueva normalidad»: ¿interés común o fuente de conflictos laborales?
 - 3.1. Las obligaciones específicas de prevención de las personas empleadoras: ¿una fuente de facultades novatorias diferenciadas de las estatutarias en aras de la salud?
 - 3.1.1. Prevención basada en la flexibilidad de condiciones laborales: ¿habilitación legal específica o remisión implícita a la facultad novatoria estatutaria?
 - 3.1.2. La remisión legislativa a los acuerdos y protocolos de retorno seguro al trabajo: ¿una regla legal contradictoria con la persistente preferencia del teletrabajo?
 - 3.2. El reclamo del compromiso de los sujetos a proteger: las obligaciones para la persona trabajadora
4. El deber de trazabilidad eficaz de contactos y protección de datos: ¿más transparencia del estado de salud a cambio de mayor precaución?
 - 4.1. Trazabilidad del riesgo de contagio y deberes de cooperación informativa: una nueva dimensión de la vigilancia digital de la salud laboral
 - 4.2. Legitimidad del control de datos para la vigilancia preventiva de la salud laboral: ¿máxima seguridad tecnológicamente posible a cambio de privacidad?

Referencias bibliográficas

Ahora mismo, vivas donde vivas, tu segundo trabajo es ser trabajador de la sanidad pública [...]. De ti dependerá que muchas de las medidas aplicadas funcionen, y que tú las apliques ya sabemos –positivamente– que va a salvar vidas [...]. Y déjeme añadir algo muy importante: creemos que esta pandemia ha sido mala y lo ha sido, pero habrá otra, una mucho peor. Tenemos que estar preparados para la siguiente, porque va a ser más grande. Y tenemos que prepararnos para ella sin olvidar que esta no se ha ido: esta aún sigue aquí.

G. Benjamin

1. Introito: la crisis de salud pública (ambiente externo) mutada en cuestión de salud laboral (ambiente interno)

«Más vale un por si acaso que un quién pensaba». Esta es la formulación que recibe, desde hace largo tiempo, en la eterna sabiduría popular, en mi caso transmitida por mi madre –Clara– cuando éramos –al igual que mi hermana, hoy enfermera– niños, el denominado «principio de precaución» (art. 191 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#)), olvidado en el inicio del estado de alarma y revalorizado cuando ha finalizado (ya harto tarde, sin perjuicio de aquello de que «más vale tarde que nunca»). Con ello, mi madre quería precavernos frente a todo riesgo potencial, de modo que la falta de certidumbre sobre su acaecimiento, o sobre su gravedad, también ante la notable inconsciencia sobre los peligros que se tiene en la juventud, no nos llevara luego a lamentarnos porque realmente lo sufriéramos. Sorprende cómo una regla tan elemental de cautela ante un posible peligro –aunque incierto científicamente– haya sido tan absolutamente orillada por las principales autoridades de la práctica totalidad del mundo frente a la COVID-19 (una suerte de secundaria «pandemia de imprudencia»).

Reconocido y garantizado –teóricamente, al menos– tanto en el derecho internacional cuanto en el derecho nacional, el principio de precaución da fundamento a un estándar de protección efectiva más elevado que el derivado del principio de prevención para la salud humana y el medioambiente ante la ausencia de certidumbre científica plena sobre un riesgo. Este principio –que no deja de tener sus muchos críticos, por ir (dicen) en contra del progreso– exige la máxima seguridad tecnológicamente posible, cuando haya una razonable probabilidad de un riesgo grave o irreversible, pese a no existir certeza científica sobre él. La cautela de seguridad y salud se impondría, así, al coste económico, si no es desproporcionado (por

ejemplo, [art. 7 Ley 17/2011, de 5 de julio](#), de seguridad alimentaria y nutrición; principio 15 [Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo](#); o [Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas, 2 de febrero de 2000, COM\(2000\) 1 final](#)).

El triste descubrimiento de la inexistencia de sistemas –nacional y global– de vigilancia epidemiológica capaces de asegurar el denominado sistema de control «triple T» de la Organización Mundial de la Salud («*test, track and trace*»: testa, localiza y traza todos los contactos), para romper las cadenas de transmisión de virus globales, y las deficiencias para la prevención de enfermedades contagiosas derivadas, más a mayor movilidad y contactos humanos tengan las sociedades y sus economías, provocará, al tiempo, unas consecuencias dramáticas en la vida económico-laboral y social. De este modo, un problema de salud pública muta en una gravísima crisis global, con impactos profundos en el mundo de las empresas y del trabajo, como se ha venido evidenciando estos meses de alarma-confinamiento-desescalada-nueva normalidad. La interacción entre el ambiente externo y el entorno interno al trabajo se estrecha.

Como siempre, los ejemplos de la más reciente actualidad ilustrarán, en la práctica, lo que se quiere afirmar con mayor alcance, de presente y de futuro. En Alemania, se informa día sí y día también del brote de coronavirus en un matadero, que no deja de crecer. En total, [1.029 personas empleadas de la multinacional Tönnies han dado, hasta ahora, positivo en una plantilla de 7.000 personas](#). Aunque, de momento, la infección solo se ha dado en el entorno laboral, las autoridades locales ordenaron el cierre de colegios además de la cuarentena masiva de la plantilla. No se descarta decretar el confinamiento de la población si se detectan casos más allá de la plantilla. En todo caso, la misión control desborda los servicios de la empresa e implica a los servicios públicos de salud y al ejército, desplazados a domicilios particulares y a la zona para ayudar en el rastreo de contactos (familiares, sociales, etc.) de las personas trabajadoras.

Simultáneamente hemos conocido que dos empresas españolas (plantas de tratamiento de frutos rojos pertenecientes a la sevillana Frigodar y a la navarra Natberry) concentran [el foco más grave de COVID-19 en Marruecos](#), confirmando las autoridades más de 500 personas contagiadas (la gran mayoría temporeras). Para las diferentes plantillas (que aglutinan, en algún caso, a más de 1.300 personas trabajadoras, la mayoría mujeres) se decretó la cuarentena domiciliaria, no permitiendo la salida en estas zonas a la población salvo en caso de «extrema necesidad». Aunque no hay seguridad aún de la cadena de transmisión, se cree que el origen está en el transporte, pues es el medio habitual para el traslado diario de personas trabajadoras a sus centros, de la propia empresa y de otras plantas de la zona, tratándose de furgonetas de reducida capacidad (20 personas).

Y los casos ilustrativos pueden seguir, también ya directamente en territorio español. Así, conocimos que una importante zona productora de fruta situada en la provincia de Huesca (semanas antes sucedió con empresas cárnicas) vivió importantes repuntes de la incidencia del coronavirus. Más de 30 nuevas personas infectadas, a raíz de testar el contagio de

8 personas trabajadoras de una empresa, lo que llevó al [Gobierno de Aragón a decretar la suspensión temporal de la actividad de la empresa](#). Diversas comarcas vecinas se vieron afectadas. Si bien hay casos de jóvenes afectados, por sus reuniones en lugares de ocio, la mayoría son temporeros y unos y otros fueron confinados, en tanto se hacen pruebas a las plantillas y se trazan contactos. Unos casos mostraron síntomas leves, otros asintomáticos. El Ayuntamiento habilitó un pabellón polideportivo para que cumplieran la cuarentena quienes no puedan en el domicilio.

Las experiencias conforman un catálogo más amplio y volveremos sobre ello. Ahora será suficiente con estas referencias para poner de relieve esta clave de comprensión de la política de salud de las personas frente al riesgo de contagio de COVID-19 (hoy, mañana de otros virus que ya se anuncian) en la llamada «nueva normalidad» y más allá, al menos hasta que haya vacuna: la protección eficaz a tal fin dependerá de la mayor conexión, interacción y cooperación posibles entre las autoridades públicas (fundamentalmente sanitarias, pero no solo), las empresas (como espacios donde las personas pasan más tiempo, salvo teletrabajo, y más contactos tienen, por lo general) y las propias personas trabajadoras (responsabilidad individual). Justamente, a esta exigencia de mayor integración de sistemas y entornos, así como de cooperación entre todos los actores, incluidas las personas individuales, no solo sujetos a proteger sino «principal arma contra la pandemia», llama el especialista mundial en salud pública norteamericano con que encabezamos este análisis, que igualmente recuerda que [conocimiento, ciencia y tecnología deben ser clave para un sistema preventivo eficaz](#) para el futuro inmediato.

A mi juicio, esta idea se refleja, aunque de forma difusa y totalmente insuficiente, en un entorno de [marginación del ambicioso marco legislativo del sistema de salud pública que fue aprobado en 2011](#), en el Real Decreto-Ley (RDL) de 9 de junio de 2020, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La mayor parte de sus reglas tienen como personas destinatarias a la población en general, no solo a la población trabajadora, por ser aplicables a los varios espacios en los que el riesgo para la salud frente al contagio existe razonablemente (por ejemplo, obligación de usar las –latosas– mascarillas si no se puede asegurar la distancia física de seguridad, [art. 6](#)). No obstante, su dimensión laboral es mayor de lo que pudiera derivarse de los preceptos específicamente dedicados a los derechos y las obligaciones de personas trabajadoras y empresas en relación con la protección eficaz de la seguridad y salud en los entornos de trabajo, por lo que las medidas previstas para los entornos exteriores a los laborales serán relevantes para la eficacia de la prevención dentro de ellos, como la eficacia de las acciones preventivas en los lugares de trabajo serán claves para facilitar la salud de la población en general. En consecuencia, si bien es cierto que en este análisis de actualidad nos centraremos en los preceptos más netamente laborales, abordaremos su estudio desde esa perspectiva más interactiva e integrada, única que permite una adecuada comprensión de la ley de garantía de la prevención frente al contagio en la inaugurada «nueva normalidad».

2. La llamada legislativa a un deber de cautela general frente al riesgo de contagio: la vigilancia epidemiológica precoz como clave de bóveda del nuevo edificio

Como reconoce su –una vez más extremadamente largo y tedioso– preámbulo, el propósito fundamental de la nueva –después hemos conocido otra, y luego otra, y otra más, hasta hacer la 24– ley de urgencia, si bien ahora para ordenar la denominada «nueva normalidad», una vez finalizada la desescalada y la alarma, es requerir o promover:

[...] una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación [...].

Así se reflejará en su [artículo 1](#), que añade una especial llamada de alerta a la finalidad de prestar especial atención a perseguir «prevenir posibles rebrotes». Las medidas de prevención e higiene, generales y sectoriales, están en el [capítulo II](#) (arts. 6 a 16). La seriedad de estas previsiones se comprobaría en la inclusión de un régimen sancionador ([capítulo VII](#)), si bien administrativo y que creó una fuerte polémica en torno a su efectividad real, discrepando el Ministerio de Justicia y el de Interior al respecto y con una intensa polémica ya judicializada.

En refuerzo del principio de protección de la salud, tras la previsión también en el preámbulo, el [artículo 4](#) reclamará, de toda la población en general, y de las empresas y personas trabajadoras en particular (implícitamente, por la clara referencia a los sectores contemplados en la norma, que incluye los centros de trabajo [ex art. 7](#)), «un deber general de cautela protectora» como una condición para la eficacia de las conductas preventivas, eliminando carencias pasadas a tal fin y consolidando los avances logrados durante el proceso de transición. Qué duda cabe que para que este deber de cautela pueda tener credibilidad debe estar sostenido por un sistema eficaz de «detección precoz, control de fuentes de infección y vigilancia epidemiológica», como reza el [capítulo V](#) (arts. 22 a 25); un sistema que, precisamente, habría brillado por su ausencia durante el momento más álgido de la pandemia, aunque se haya convertido en central en la fase final.

En suma, aunque refleja y ordena algunas de las medidas ya previstas en fases precedentes (muchas no son sino la conversión en palabra con valor de ley de decisiones tomadas en normas de «ventanilla ministerial», elevándolas de rango, conforme a una –deficiente– tónica general de esta legislación de emergencia), esta norma pretende abrir una nueva etapa tras la alarma que corrija las carencias preventivas identificadas al inicio. Su duración es incierta. En vigor desde el 11 de junio, durará –en todo el territorio nacional, aún modulable según la evolución de los contagios– hasta que el Gobierno decida que la crisis ha terminado ([art. 2.3](#)).

3. La prevención frente al riesgo de contagio en el trabajo para la «nueva normalidad»: ¿interés común o fuente de conflictos laborales?

Como se anticipaba, el [capítulo II](#) regula las «medidas de seguridad e higiene», fijando ciertas obligaciones genéricas atendiendo a los centros de trabajo como entorno particular respecto de otros comunitarios y llamando a la especificación, por las autoridades competentes (por ejemplo, para Cataluña, la [Resolución SLT/1429/2020, de 18 de junio](#), por la que se adoptan medidas básicas de protección y organizativas para prevenir el riesgo de transmisión y favorecer la contención de la infección por SARS-CoV-2), de las aplicables por ámbitos y sectores de actividad económica (servicios y establecimientos sanitarios, servicios sociales, comercios, hoteles y alojamientos turísticos, actividades culturales, deportivas, etc.). Si, según se advertía, el [artículo 6](#) establece la obligación de usar las mascarillas para todas las personas de 6 años en adelante, siempre que no pueda asegurarse la medida principal, la distancia física de seguridad, y salvo excepciones (su incumplimiento no solo puede dar lugar a sanciones administrativas, también puede tener una repercusión contractual, en cuanto ahora se incluye como obligación higiénica también para las personas trabajadoras si concurren los presupuestos del [art. 6](#)), es el [artículo 7](#) el que contempla las obligaciones específicas de prevención e higiene en los lugares de trabajo. Al igual que hace la [Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL), a la que remite genéricamente, contempla de forma separada las (7.1) obligaciones de las personas titulares de los centros de trabajo respecto de las propias de las (7.2) personas trabajadoras (en línea con el [art. 29 LPRL](#)).

3.1. Las obligaciones específicas de prevención de las personas empleadoras: ¿una fuente de facultades novatorias diferenciadas de las estatutarias en aras de la salud?

Inicia el redactado del [artículo 7.1](#) con una cláusula de remisión genérica, pacífica o banal, en apariencia, al típico «sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación». A partir de ahí, establece –más bien recopila– las medidas específicas de prevención e higiene frente al riesgo de contagio por COVID-19 para la persona titular de la actividad económica o, en su caso, «el director» (para tratarse de un Gobierno que se vanagloria de ser feminista, causa perplejidad que no contemple que puede ser una directora, por lo que el olvido del lenguaje inclusivo aquí es más injustificado que nunca) de los centros de trabajo.

Como vamos a ver de inmediato, la remisión genérica, sea a la [LPRL](#), sea al [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), no resultará tan pacífica como pudiera pensarse de inicio, pues, con relación a la aplicación de las medidas específicas de prevención frente al riesgo de contagio en aras de la salud no solo de cada persona trabajadora, sino del resto de personas relacionadas con ella (salvaguarda del interés general inherente a la salud pública, incluso

al precio de sacrificar, aun proporcionadamente, derechos –por ejemplo, [Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril](#), para derechos de acción colectiva con significación laboral–), la dimensión preventiva puede colisionar con la laboral.

En apretada síntesis, podrían agruparse las diferentes medidas previstas de prevención en los centros en torno a tres bloques:

1. Medidas netamente higiénicas, ya muy conocidas por contempladas de una manera recurrente en las órdenes, resoluciones y protocolos ministeriales previos (ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso; puesta a disposición de las personas trabajadoras de agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad, para la limpieza de manos).
2. Medidas organizativas y contractuales (adaptación de las condiciones de trabajo y de los entornos para asegurar la medida esencial preventiva, la distancia física, así como la potenciación del teletrabajo). La finalidad esencial es minimizar el contacto en los centros de trabajo (para los públicos es de interés la [Resolución del secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública, de 17 de junio de 2020](#), de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la nueva normalidad, de conformidad con el RDL 21/2020).
3. Medidas procedimentales (la adopción de los correspondientes protocolos para el retorno a los lugares de trabajo).

Sin duda, el segundo bloque es el de mayor trascendencia laboral. Nos ocuparemos por ello, básicamente, de él, sin perjuicio de algunas observaciones sobre el tercero, que cuenta con un marco específico de recomendaciones por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En su [Nota orientativa](#) para una vuelta al trabajo de forma segura se promueve la adopción de «acuerdos de retorno seguro al trabajo» que no solo protejan de forma eficaz la vida y salud de las personas trabajadoras, sino que minimicen los riesgos de contagio futuro con la elaboración, previa participación colectiva, de políticas de empresa anticipatorias, ganando en confianza. Con ello se facilitará también la recuperación económica, conciliando, no oponiendo, salud y economía.

3.1.1. Prevención basada en la flexibilidad de condiciones laborales: ¿habilitación legal específica o remisión implícita a la facultad novatoria estatutaria?

En la [letra c\) del artículo 7.1 del RDL 21/2020](#) se prevé, como medida preventiva organizativa, la adaptación de las condiciones de trabajo (incluida la organización de puestos de

trabajo y, en su caso, su sistema de turnos), así como el uso de los lugares comunes, de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros. En este grupo deben incluirse las medidas para evitar la coincidencia masiva de personas (trabajadoras, clientes, etc.), factor de riesgo de contagio en los centros durante las franjas horarias de mayor afluencia de personas, internas y externas a aquellos –sobre todo los abiertos al público–. De no ser posible (juicio de razonabilidad y factibilidad de la obligación preventiva ex art. 16 [Convenio 155 OIT](#)), deberá proporcionar a las personas trabajadoras los equipos de protección individual (EPI) «adecuados al nivel de riesgo». Así se viene contemplando en las diferentes órdenes ministeriales reguladoras del proceso de desescalada (por ejemplo, [art. 5 Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#)). Existe el factor de riesgo de coincidencia masiva de personas cuando no haya expectativas razonables de que se respeten las distancias mínimas de seguridad (probabilidad de coincidencia masiva de las personas trabajadoras con relación a la afluencia de otras personas que sea previsible o periódica).

Aquí se plantea un nuevo problema jurídico que, por supuesto, tampoco esta legalidad basada en una técnica de «ventanilla administrativa» contempla y que deberán resolver, una vez más, y en su caso, los tribunales. Ciertamente, la norma legal habla de «adaptación», no de «novación». Por lo tanto, el régimen jurídico de este tipo de decisiones (cambios horarios, de régimen de turnos, etc.) debería situarse en el marco de la normativa de prevención de riesgos. El eventual cambio viene derivado no por causa de interés empresarial, sino de interés común, preventivo, conforme a una dinámica de gestión diferente a la «normal» (al menos la vieja) y que no admite elección. Por ello, aunque nada dice de forma específica, hay que entender que han de respetarse sus principios, incluido el de participación colectiva (por ejemplo, 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 ex [art. 33.1 a\) LPRL](#)).

El problema se planteará cuando la adaptación requiera, para ser eficaz, un cambio más sustancial de horario o del régimen de turnos (alteración notable de los términos en que se ha venido desarrollando la prestación laboral, no meramente accidental o muy provisional). ¿Sería una novación ex [artículo 41 del ET](#)? No es la única cuestión dudosa al respecto. Recuérdese que se produce también con relación al derecho de adaptación razonable por razones de conciliación, sin que haya un acuerdo doctrinal judicial al respecto.

Quienes defienden que se reconduzcan por la vía del [artículo 41 del ET](#) esgrimen que no media una decisión empresarial en directa ejecución de un dictamen preventivo muy detallado y concreto. Los protocolos de prevención a los que se remite no tendrían la dimensión imperativa típica de las decisiones médico-sanitarias (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012](#)). Al contrario, admite valoración discrecional del empleador, que podrá elegir entre varias razonablemente eficaces, mediando también una participación, al menos consultiva, de los sujetos colectivos. Las decisiones novatorias (o de gestión flexible) con finalidad preventiva (como puede ser un

cambio de turno, o un cambio horario de otro tipo) no constituyen una modificación sustancial de condiciones ex [artículo 41 del ET](#) si vienen legalmente impuestas, aunque tengan una notable relevancia ([STS 126/2019, de 19 de febrero](#)), o exigidas por mor de un protocolo de salud laboral, sí lo serían en otro caso ([STS de 26 de noviembre de 2015, rec. 347/2014](#)).

Ahora bien, a mi juicio, si es evidente que los cambios en la organización del tiempo de trabajo (horarios de entrada y de salida, turnos), adecuados como medidas preventivas según el [artículo 7 del RDL 21/2020](#), presuponen valoración (juicio de razonabilidad), demandando que el proceso decisional incluya la consulta con la representación de las personas trabajadoras afectadas, no creo que por ello deje de ser una decisión en el marco de la LPRL, no del [artículo 41 del ET](#). En este sentido, de interés resulta traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de La Rioja 165/2019, de 12 de septiembre](#)). Esta sentencia reconoce a la empresa libertad organizativa para elegir, entre un catálogo de medidas, cuál aplicar a una trabajadora cuyo reconocimiento médico no señala limitaciones para actividades concretas (por ejemplo, cargas de pesos por encima de cierto número, elevación de los brazos por encima de lo horizontal). Este se limita a señalar que debe evitar el turno de mañana por ser de mayor carga ergonómica (siendo *rara avis* su realización, suele hacerse por actividad, no por turno), obligando a la adaptación necesaria del puesto.

En suma, lo obligatorio es la adaptación, no la medida a adoptar de forma concreta, al no existir una recomendación a tal fin por el servicio de prevención. Sin embargo, reconoce la legitimidad del procedimiento seguido, al margen del [artículo 41 del ET](#), al tratarse de un deber de adaptación impuesto ex artículos [16](#) y [22](#) de la LPRL:

Así las cosas [...] partiendo de esa normativa [...] resulta evidente que la empresa una vez recibid[as] las conclusiones del reconocimiento médico realizado a la trabajadora [...], que la declaraba apta condicionada a evitar el turno de mañana, tenía la obligación de adaptar las condiciones de desarrollo de la actividad laboral a esas condiciones.

Se trata, por tanto, de una obligación empresarial de reorganizar turnos y condiciones asociadas a la obligación preventiva. Parece razonable, pues, considerarla excluida del [artículo 41 del ET](#).

Primero, nada tiene que ver la finalidad del precepto estatutario con este tipo de obligación adaptativa con fines preventivos. Segundo, y en consecuencia, no parece atendible el criterio del perjuicio individual de la persona trabajadora, hasta habilitar la garantía del derecho a extinguir el contrato con indemnización de 20 días por año si el cambio le resulta perjudicial. La decisión está justificada en razones preventivas, por lo que no hay un conflicto de

intereses directo entre empresa y persona trabajadora, sino una decisión de interés común y por determinación legal, aunque no sea automática¹.

Tercero, lógicamente, el cambio deberá ser en todo momento razonable, proporcionado a la finalidad preventiva, minimizándose los efectos contractuales a lo estrictamente necesario para la eficacia preventiva (evitar el factor de riesgo derivado de las aglomeraciones). Así lo han venido precisando, correctamente, las varias órdenes ministeriales reguladoras de la desescalada referidas (por ejemplo, [art. 4.3 Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#)), que solo legitimaban modificaciones en la medida necesaria para garantizar la posibilidad de mantener la distancia de seguridad interpersonal mínima entre los trabajadores, siendo esta responsabilidad del titular de la actividad económica o, en su caso, del director de los centros educativos y entidades, o de la persona en quien estos deleguen. Como vemos, el tránsito de norma ministerial a norma con valor legal lejos de suponer una mejora de la redacción ha oscurecido el mandato.

En la práctica, fueron numerosas las empresas que procedieron a esas adaptaciones (por ejemplo, se escalonan los turnos de trabajo en algunas grandes superficies; ciertas tiendas han sustituido la jornada partida por la intensiva para no duplicar las tareas de desinfección). En este tránsito, las alteraciones horarias pueden generar otro tipo de conflictos laborales, como sucede cuando las personas afectadas tienen cargas familiares y disfrutan de una reducción o adaptación de jornada. En estos casos, el cambio sí puede provocar dificultades y costes (por ejemplo, buscar a una persona para que cuide de sus hijos o mayores a cargo o acogerse, como alternativa, a un permiso no retribuido) que no pueden ser asumidos, sin más, por las personas trabajadoras, por lo que se impone una ponderación diferente de derechos constitucionales e intereses legítimos.

En principio, la empresa no puede modificar de forma unilateral la jornada reducida-adaptada por motivos de conciliación. Sí estaría facultada, habida cuenta de las circunstancias nuevas sucedidas, como la crisis del coronavirus, a abrir un proceso de renegociación temporal, para reconciliar razones empresariales con las de tipo personal. Los papeles se invierten, pues.

En efecto, sería ahora el empleador el que tendría una facultad-expectativa legítima de propuesta razonable y proporcionada a la persona trabajadora con reducción de jornada para novar el acuerdo conciliatorio precedente, o la situación anterior –si se impuso sin acuerdo, en el ejercicio de su derecho de adaptación ex [art. 34.8 ET](#), o incluso ex [art. 6 RDL 8/2020](#), relativo al Plan MeCuida–, por el estricto tiempo necesario para el ajuste. A mi juicio, y a diferencia de lo que sostiene otro sector doctrinal, no sería posible tampoco aquí acudir al procedimiento del [artículo 41 del ET](#), pese a que sí se trata de razones organizativas y productivas, pues su origen es diferente y están en juego derechos fundamentales

¹ En contra, Gómez (2020) y Rojo (2020).

de la persona trabajadora, cual es el derecho de adaptación razonable por razones de conciliación de la vida laboral y familiar.

3.1.2. La remisión legislativa a los acuerdos y protocolos de retorno seguro al trabajo: ¿una regla legal contradictoria con la persistente preferencia del teletrabajo?

La [letra e\) del artículo 7.1](#) contempla una obligación-facultad empresarial de adoptar medidas que presuponen una doble decisión organizativa empresarial de no fácil conciliación, pese, una vez más, a la apariencia de convivencia pacífica. La norma contempla tanto «la reincorporación progresiva de forma presencial» al trabajo como la «potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible». Cierto, a primera vista, la norma legal no ofrece novedad alguna, porque, por enésima vez, eleva a palabra de ley las sucesivas palabras de orden ministerial (por ejemplo, [art. 3 Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#), [Orden SND/414/2020, de 16 de mayo](#), y [Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#)). En estas normas se preveía:

[...] las empresas podrán 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.

También aquí comprobamos cómo la elevación de rango normativo de una medida no ha ido acompañada de mayor calidad técnica, sino todo lo contrario. De un lado, en estas normas ministeriales se incluye una garantía procedimental (derecho reflexivo) para canalizar el plan de retorno al trabajo en el tránsito a la «nueva normalidad»: el protocolo de reincorporación segura. Esta garantía procedimental, que mejora la transparencia y la participación colectiva, carece de referencia expresa en la norma legal, lo que no tiene justificación, por lo que es un nuevo déficit de técnica normativa en su haber. En vez de retomar la recomendación de la OIT, asegurando el carácter participado, incluso acordado, de ese protocolo de retorno, lo silencio.

Aunque [son varios los acuerdos colectivos establecidos a tal fin, en los distintos países, también en España](#), otras empresas siguieron un camino unilateral. La norma legal ha perdido una gran oportunidad para clarificar la situación y establecer un deber de consulta previa de los protocolos de retorno, cuando menos. De nuevo, habrá que integrar las deficiencias y lagunas de las leyes de emergencia con los principios jurídicos y, al respecto, bien sabido es que la [LPRL](#), que debe servir como principal fuente supletoria dada la finalidad preventiva que

anima esta regulación, asume un principio de participación colectiva en la toma de decisiones sobre salud y seguridad en el trabajo (arts. 33 y ss.). Justamente, se trata de uno de los principios que anima la citada recomendación de la OIT y la posición de los sindicatos a nivel internacional que están protagonizando este tipo de acuerdos de retorno seguro al entorno de trabajo desde el entorno domiciliario, donde, por lo general, se ha estado teletrabajando.

De otro lado, las normas ministeriales ya decaídas llamaban expresamente la atención sobre la necesidad de que esos protocolos-acuerdos de retorno progresivo al trabajo tuvieran en cuenta los imperativos de conciliación de la vida laboral y familiar. Una vez más, también el tránsito a palabra de ley ha supuesto una merma de claridad y calidad reguladora, porque no se contempla expresamente, pese a que se mantengan sus fundamentos normativos (arts. 14 y 39 Constitución española –CE–; art. 34.8 ET; art. 48 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; art. 6 RDL 8/2020). En este caso, la razón jurídica llama a la preferencia de la modalidad no presencial como derecho (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró 251/2019, de 12 de septiembre, firme), también atendiendo a la necesaria perspectiva de género que debiera animar igualmente el precepto de urgencia comentado (por ejemplo, STSJ de Canarias/Las Palmas 1339/2019, de 17 de diciembre, para prestaciones por riesgo durante la lactancia natural).

Entramos así, de lleno, en el principal conflicto que suscita esta previsión legislativa, que no deriva tanto del vicio de las lagunas como del de antinomia o contradicción. En efecto, el artículo 7.1 e) del RDL 21/2020 habla de la facultad empresarial de «potenciación» del teletrabajo, pero no de «obligación de fomentar», como parecía deducirse de las órdenes ministeriales precedentes, ni, lo que es peor, de una regla de preferencia legal, como sí establecen tanto el artículo 5 (con carácter general) como el artículo 6 (para las razones concretas de adaptación del trabajo en aras de la conciliación) del RDL 8/2020. Más aún. Aunque la vigencia de esta preferencia se mantiene expresamente hasta septiembre, la pérdida de razón de ser de la causa que está en su fase, decayendo su eficacia temporal (disp. final décima RDL 8/2020 y art. 15 RDL 15/2020), ¿no devalúa, o incluso vacía, esa preferencia legal, devolviendo la decisión al ámbito empresarial ex artículos 38 de la CE y 20 del ET, con el contrapeso de su obligación de protección eficaz ex artículo 14 de la LPRL?

Sin poder entrar más de lleno en esta importante cuestión, que se oscurece y complica cada día más, conviviendo esta creciente zozobra –creada por una ley de urgencia que parece prescindir del teletrabajo en el paisaje de la «nueva normalidad», aparentando otras lo opuesto– con la apertura de consulta pública sobre el anteproyecto de ley del teletrabajo, sí conviene hacer una observación en torno a la implicación práctica de este conflicto. A saber: ¿habilita la ley de urgencia a la empresa para exigir el retorno al centro de trabajo, relegando el derecho de resistencia individual o sindical a ese retorno a casos manifiestos de riesgo grave e inminente de contagio ex artículo 21 de la LPRL? A mi juicio, sí. En todo caso, los conflictos están servidos y la reapertura del tiempo de la Justicia social podrá arrojar luz al respecto, aunque tarde todavía más de lo que sería deseable, como se expresó en el editorial.

Al respecto, de especial relevancia es traer a colación el [Auto del Juzgado Contencioso de Toledo 41/2020, de 20 de mayo](#), que sostiene una posición contraria a la expresada aquí, que no comparto, obviamente. La decisión jurisdiccional admite una medida cautelar contra la [Resolución de la Dirección General de la Función Pública sobre medidas organizativas y de prevención de riesgos laborales para la reincorporación presencial del personal](#), de la Junta de Castilla-La Mancha, que exigía el retorno bajo ciertas condiciones (necesidades de conciliación de personas con menores de 14 años a su cargo –o personas mayores dependientes–, flexibilización de jornada y adaptación de puestos y horaria –incluye cambio de turnos–, amplio catálogo de medidas preventivas, conforme a los protocolos y recomendaciones de la autoridad sanitaria). Esta resolución de justicia cautelar entiende, tras identificar los diferentes presupuestos que integran este aspecto concreto del derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones, aunque sea provisionalmente, que:

[...] respecto de la ponderación de los intereses en conflicto, [...] la evitación de propagación del virus y el derecho a la protección a la salud que puede verse afectado por el riesgo de contagio ha de primar [...] frente a la reincorporación presencial de aquellos trabajadores que han venido desempeñando durante el confinamiento sus servicios de forma telemática.

No entramos en la cuestión procesal (siendo una medida preventiva, la competencia es social), tampoco en el fondo (el auto no se pronuncia, pues es una medida de índole cautelar ex [art. 135 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa](#)). Ahora solo creemos oportuno dejar constancia de este tipo de usos garantistas de las preferencias de la ley de emergencia, pero sin una fundamentación solvente, que hace dudar de su corrección. En cualquier caso, se evidencia el peso de lo preventivo sobre lo laboral.

3.2. El reclamo del compromiso de los sujetos a proteger: las obligaciones para la persona trabajadora

De forma análoga al [artículo 29 de la LPRL](#), que asigna también obligaciones preventivas de riesgos a la persona trabajadora, que no es solo sujeto de derechos de protección, sino también de obligaciones de colaboración con el empleador para que esa protección sea realmente eficaz, el [artículo 7.2 del RDL 21/2020](#) establece obligaciones de autoprotección, además de cooperación, sea con el empleador, sea con las autoridades sanitarias, para la mayor eficacia de la política –pública y de empresa– de prevención de los contagios por COVID-19. En primer lugar, la norma de urgencia contempla la obligación de la persona trabajadora, que presente síntomas compatibles con la COVID-19, o que esté en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se halle en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona contagiada, de no acudir a su centro de trabajo. Ciertamente, puede entenderse como un derecho de protección para la persona trabajadora, pero realmente funciona como un deber de cooperación de

la persona trabajadora con la política de prevención de contagios para otras personas. De ahí que este derecho-deber asuma una dimensión prevalentemente obligacional, debiendo abstenerse la persona trabajadora de acudir a su centro («no deberán acudir [...]»). Si lo hace, el empleador estará obligado a exigirle que desista y regrese al lugar de cuarentena, so pena de una eventual sanción contractual.

Cómo no, esta previsión gubernativa con valor legal también adolece de una importante laguna: ¿en qué situación contractual queda esta persona empleada o, en su caso, en qué situación prestacional social queda, si se tiene en cuenta que la prestación excepcional por incapacidad temporal asimilada a una contingencia profesional finaliza el 30 de junio? ([disp. final primera RDL 13/2020](#) en relación con su [disp. final sexta](#)). Ciertamente, lo razonable sería considerar estas situaciones como propias de baja laboral por incapacidad temporal. Ahora bien, si decae la asimilación –excepcional– a contingencia profesional, no se contemplan en la actual regulación los periodos de observación o cuarentena como habilitadores de una prestación de incapacidad temporal, solo la afectación de la salud. La cuarentena domiciliaria por la sospecha de contagio, o por la mera posibilidad de haber estado en contacto con personas infectadas, no equivale a afectación de la salud, pues lo que se ve alterado es la movilidad. A su vez, por muy intensa que sea la obligación de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo de sus personas empleadas ([STSJ de Andalucía/Sevilla 2216/2019, de 19 de septiembre](#)), tanto de la «sospechosa» de contagio, a inmovilizar, como de las restantes, a preservar, que correrían riesgo con su incorporación, no parece razonable cargar sobre la empresa, en tales situaciones, el coste de la inasistencia al trabajo, obligándola a pagar el salario ex [artículo 30 del ET](#). La obligación de protección también tiene límites ([STS 97/2019, de 7 de febrero](#)).

Por su parte, el [artículo 7.3](#) establece la obligación de la persona trabajadora que muestre síntomas compatibles con COVID-19 de acudir, a su opción, se entiende, al «teléfono habilitado por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente», como cualquier otra persona residente en España, o «en su caso», a «los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales». Consecuentemente, se trata de deberes de comunicación del estado de salud, con la consiguiente obligación informativa (al tiempo que sirve de inicio de la asistencia sanitaria, abre el protocolo de identificación o trazabilidad de contactos para identificar precozmente otros eventuales contagios). Pero la norma no le atribuye solo una obligación comunicativa, también le impone normas concretas de conducta, dotadas de una especial imperatividad: se colocará de inmediato una mascarilla y «seguirá las recomendaciones que se le indiquen, hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario».

En suma, la «nueva normalidad» no solo incrementa las obligaciones preventivas de las empresas (que ven, en caso contrario, multiplicarse las demandas judiciales, [como sucede con relación a los numerosos tajos de personas temporeras](#) repartidas por toda España), también de sus personas empleadas. A la autoprotección, respetando las medidas preventivas establecidas, se suma su obligación de cooperar activamente con el protocolo

de protección establecido en la empresa, a favor de la salud de todos. La [Guía de la OIT](#) reconoce que «para ayudar a reactivar cuanto antes las empresas y las economías, los trabajadores tendrán que colaborar con esas nuevas medidas», como condición para una recuperación rápida y equilibrada.

Pero ¿es suficiente garantía para la eficacia de estos protocolos la confianza en el buen funcionamiento de estos deberes de colaboración de buena fe? ¿No debería, más bien, la empresa adelantarse a esa información *a posteriori* (solo conocidos los síntomas, lo que puede ser tarde), de forma que pueda disponer de la misma más precozmente, con mayor anticipación? ¿Esta gestión informativa anticipatoria no iría tanto en beneficio de la salud de todos, dentro y fuera de la empresa, también de la confianza de la clientela, mejorando su ventaja competitiva en un entorno incierto y temeroso frente al riesgo de contagio de COVID-19 en la «nueva normalidad» y más allá? No parece, de ahí la importancia que adquieren las «pautas de comunicación digital» para la eficacia de los planes de retorno seguro al trabajo, de modo que se reduzca no solo el riesgo de, sino el propio miedo a, la inseguridad para minimizar contagios o, en su caso, identificarlos de forma precoz, reduciendo el riesgo para los demás. A tal fin, la tecnología digital será clave, guste más o menos, también para el objetivo económico de la recuperación.

4. El deber de trazabilidad eficaz de contactos y protección de datos: ¿más transparencia del estado de salud a cambio de mayor precaución?

4.1. Trazabilidad del riesgo de contagio y deberes de cooperación informativa: una nueva dimensión de la vigilancia digital de la salud laboral

Como anticipamos en la introducción de este análisis, el [RDL 21/2020](#) contempla de una forma incuestionable esta dimensión de fomento de la detección precoz del riesgo de contagio, si bien no lo especifica para el ámbito laboral. En el esquema legal, se presenta de forma difusa, diluida en el capítulo dedicado a la detección precoz ([capítulo V](#)). Se configuraría, pues, como un deber de vigilancia epidemiológica pública con colaboración privada, incluidas las empresas. Pero estas tienen su propio interés y sus obligaciones [ex artículo 22 de la LPRL](#) (vigilancia de la salud).

El [artículo 22](#) declara la COVID-19 (aunque utiliza el artículo para el género masculino, cuando se sabe que la patología es –gramaticalmente– de género femenino, mientras que el virus tiene –gramaticalmente– género masculino) como enfermedad (producida por la infección por el virus SARS-CoV-2) de declaración obligatoria urgente ([RD 2210/1995, de 28 de diciembre](#), por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica). Consecuentemente,

concita de inmediato la intensificación de obligaciones de información ([art. 23](#)), a cargo de las autoridades, pero también de cualquier entidad privada (por tanto, también mutuas, así como las empresas «cuya actividad tenga implicaciones en la identificación, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos COVID-19»), y «comunicación de datos» ([art. 25](#): laboratorios), a fin de garantizar una detección lo más temprana y útil posible ([art. 24](#)). A partir de la notificación de posibles casos, atribuyéndose ahora la misión protectora a la atención primaria, se realizará prueba diagnóstica por PCR (reacción en cadena de la polimerasa) u otra técnica de diagnóstico molecular, «tan pronto como sea posible desde el conocimiento de los síntomas». Por eso es tan importante no solo disponer de toda la información útil para la intervención eficaz, sino que se «transmita en tiempo y forma según se establezca por la autoridad sanitaria competente», en sus protocolos de vigilancia epidemiológica correspondientes.

¿Transmisión de información inmediata por qué y para qué? Porque resultará esencial para evitar que se extienda masivamente la enfermedad, dada su alta capacidad contagiosa. Sin la debida provisión de información no puede haber la necesaria «trazabilidad de los contactos» de las personas afectadas (incluso de las que se sospecha que pueden estar afectadas).

Esta exigencia procede del derecho agroalimentario y se incluye, por ejemplo, en el [artículo 6 de la Ley de seguridad alimentaria y nutrición](#), identificándose con la capacidad de rastrear todos los procesos (desde la adquisición de materias primas hasta la producción, consumo y eliminación) para conocer, fehacientemente, cuándo y dónde fue producido y por quién. En suma, es una «garantía de calidad de los productos» y obedece al aumento de la conciencia sobre la seguridad en los últimos años. Por eso, el imperativo de trazabilidad ha ido aumentando en importancia y se ha extendido a una amplia gama de campos diferentes al agroalimentario (por ejemplo, industria automotriz, electrónica, farmacéutica, etc.). La denominada «trazabilidad de cadena» (en epidemiología, la «cadena de transmisión») ofrece a las autoridades y empresas fabricantes el beneficio de una investigación precisa sobre productos defectuosos o nocivos, facilitando su inmediata retirada (cuando se aplica a la epidemiología la llamada cuarentena de las personas), y a los consumidores (mercado) un adecuado punto de referencia para seleccionar los productos más confiables, mejorando la ventaja competitiva de aquellas empresas que resultan más seguras ante el mercado, fiado en su capacidad de garantizar la calidad del producto, retirando los nocivos.

Si esa trazabilidad es, también en epidemiología, competencia plena de las autoridades sanitarias, conforme al [artículo 26 del RDL 21/2020](#), para que sea posible precisa información, completa y temporánea, de cualquier entidad o centro, por lo tanto, también las empresas y sus diversos centros de trabajo, en los que aquellas autoridades «identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos». En tales casos, todos (también las empresas) tendrán obligación de facilitarles «la información de la que dispongan o que les sea solicitada relativa a la identificación y datos de contacto de las personas potencialmente afectadas». De este modo, sin información precisa no puede haber sistemas de gestión

eficaz del historial de contactos con una perspectiva global, que cubra todas las interacciones, reales y estimadas, constatadas y probables, de una o más personas, en nuestro caso, integrantes de plantillas de empresa.

Ahora bien, ¿es confiable para la empresa y para el mercado en que compite este sistema de gestión basado en mantener una posición puramente pasiva por parte de la empresa, a la espera de que se identifiquen las personas con síntomas o, en el actual escenario de incertidumbre aumentada, se demandará de las empresas una gestión más proactiva en torno a la detección precoz de situaciones y sobre su capacidad para trazar el historial de contagios de su plantilla y aislar el riesgo de la clientela? Es manifiesto que la demanda hoy es de un enfoque mucho más proactivo.

La pandemia parece controlada –que no erradicada– en España, al igual que en la Unión Europea. Pero el fin del estado de alarma no elimina la preocupación por la salud, exigiéndose respuestas para afrontar los nuevos miedos y la mayor incertidumbre, sobre todo lo que concierne al riesgo de contagio. Los importantes rebrotes de la enfermedad contribuyen a alimentar ese estado (objetivo y emocional) de inseguridad, más a más se abre la movilidad, incluso internacional.

El [artículo 7 del RDL 21/2020](#) presupone, como hemos visto, la necesidad de retorno a los lugares de trabajo, pero precisa de planes adecuados para que el regreso resulte exitoso, en términos personales, económicos y sociales. De ahí que se incorporen no solo nuevas obligaciones de tipo preventivo (ya vistas), sino un sistema de gestión eficaz basado en las técnicas de información y comunicación. Un imperativo de acción comunicativa que va más allá de informar de todas las medidas de seguridad a adoptar. El riesgo de propagación sigue siendo alto y requiere tomar medidas no ya solo de prevención, en un entorno claramente incierto todavía en el plano científico, sino más bien de precaución. Y para ello van tomando cuerpo dos instrumentos, poco a poco en expansión, no obstante sus disfunciones y riesgos. A saber:

- La certificación de «protocolo seguro COVID-19». Habiéndose revelado una auténtica tomadura de pelo «los certificados de establecimientos COVID-19-free», pues nadie puede garantizar ese escenario libre de virus, crecen las iniciativas, asumidas por los servicios de prevención externos más importantes en alianza con las empresas más significativas del mercado de la certificación, para implantar [sistemas de protocolo seguro COVID-19](#). Para ello, el equipo auditor visita las instalaciones del cliente con el objeto de analizar la adecuada implantación efectiva y despliegue de las medidas y requisitos reflejados en el protocolo de retorno seguro.
- La adopción de «códigos de salud digitales», a fin de permitir una información más completa y precoz sobre el estado de salud de las personas trabajadoras, así como la trazabilidad de sus contactos sociales, para intentar blindar las empresas frente al riesgo de contagio masivo. En este ámbito, al margen de la cuestión,

polémica, en relación con los denominados «pasaportes inmunológicos», dudosos en su eficacia y en su legitimidad ético-jurídica, lo que resulta irrefrenable es el desarrollo de [usos tecnológicos digitales para frenar el contagio a través de un rastreo más eficaz](#), por las empresas, no solo por las autoridades sanitarias (España ya ha probado en La Gomera su *app* a tal fin), de los contagios, así como para facilitar el cumplimiento de las medidas de seguridad.

De todo ello es consciente el comentado [RDL 21/2020](#), aunque, de nuevo, no resulte suficientemente explícito y coherente, ni con carácter general ni, menos, en el ámbito laboral. Por eso se conforma con una remisión genérica a la normativa de protección de datos ([art. 27](#)).

4.2. Legitimidad del control de datos para la vigilancia preventiva de la salud laboral: ¿máxima seguridad tecnológicamente posible a cambio de privacidad?

Una vez más, el [RDL 21/2020](#) reclama la legitimación del tratamiento de datos personales sobre los estados de salud de las personas atendiendo a títulos de interés público ([Informe de la Agencia Española de Protección de Datos –AEPD– 0017/2020](#)): la vigilancia epidemiológica frente a la COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, atendiendo a razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, y para la protección de intereses vitales de los afectados y de otras personas físicas al amparo de lo establecido en el [Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#) (RGPD). Los datos recabados serán utilizados exclusivamente con esta finalidad, garantizándose, además, la información a las personas interesadas ([art. 14 RGPD](#)). Los sujetos responsables de datos serán, pues, las autoridades sanitarias.

Como venimos evidenciando, es ahora innegable la voluntad e iniciativas por parte de las empresas de llevar a cabo controles análogos en aplicación del título previsto a tal fin por el artículo 9.2 h) del [RGPD](#): que el tratamiento sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, así como para la evaluación de la capacidad laboral de la persona trabajadora, y garantías de gestión por parte de profesionales sanitarios. En este renovado contexto, normativo y fáctico, no por casualidad la AEPD no cesa de intervenir, a fin de contener la demanda de conocer el estado de salud de sus personas empleadas respecto de la COVID-19 –por ejemplo, últimamente con relación al estado de ansiada inmunidad a través de la [información sobre anticuerpos](#)–. Ciertamente, sin ánimo perverso alguno, sino como una condición importante, aunque no única, para recuperar más rápidamente su actividad y generar la máxima confianza ante una temerosa clientela. Pero debe limitarse.

Ahora bien, del lado normativo, [la AEPD reconoce la aplicabilidad del artículo 9.2 h\) del RGPD](#) para dar base jurídica a una política empresarial de vigilancia digital de la salud

laboral, siempre que se respeten sus límites (finalidad específica y minimización de datos, además de confidencialidad). Además, la realidad evidencia la necesidad. Que el riesgo está ahí fuera es evidente.

Piénsese en el ya referido brote masivo en un matadero de Alemania. Dejo de lado, ahora, la cuestión sociolaboral general de la precariedad en la industria cárnica, que también afecta a Alemania, no solo a España. Así, [otro de los brotes de COVID-19 en Girona](#) afectó a una veintena de personas trabajadoras, y, en conjunto, a más de 30 personas, por sus relaciones o contactos con aquellas, de una empresa cárnica (Noel). Esta experiencia pone de manifiesto las limitaciones de eficacia del sistema reflejado en el [artículo 26 del RDL 21/2020](#). En efecto, el llamado «paciente 0», la primera persona trabajadora afectada, empezó a manifestar síntomas el 27 de mayo, mientras que la fecha de inicio de síntomas de sus contactos tuvo lugar entre el 3 y el 10 de junio, esto es, pasaron más de 10 días, multiplicando el riesgo de contagio, en entornos laborales (alta concentración de personal, intensidad de trabajo que dificulta el uso de EPI, bajas temperaturas) y sociales (población inmigrante que vive en domicilios con alta ocupación).

Llueve sobre mojado. A principios de mayo saltó la alarma por la noticia de [400 positivos en dos macromataderos de Binéfar](#) (Huesca). Era el resultado de test rápidos por las empresas al detectarse algún caso sospechoso. La prueba PCR los redujo a 34. En este ámbito, [la empresa Litera Meat acordó sindicalmente un protocolo para reducir el riesgo de contagio](#) con varias medidas, organizativas e higiénicas –en línea con lo previsto en el [RDL 21/2020](#)–, pero incluyendo la toma de la temperatura a la entrada del centro (cámaras termográficas). Además, dentro del plan de vigilancia de la salud ex [artículo 22 de la LPRL](#) acordó la incorporación, como un tipo de reconocimiento médico obligatorio, de la prueba serológica de la COVID-19, a fin de determinar el grado de inmunidad de la persona trabajadora.

Esta experiencia empresarial evidencia nuestra reflexión en torno a las limitaciones del [artículo 26 del RDL 21/2020](#). Empresa y sindicato asumen, de este modo, que la detección precoz, con la consiguiente anticipación de los tiempos de intervención, es clave para combatir el riesgo de contagio (más de 1.000 personas empleadas han sido testadas y no se han contabilizado nuevos casos positivos). El lamento compartido de dirección de empresa y sindicato reside en la quiebra de los protocolos de seguridad. Abandonado el centro (quiebra de la cadena de seguridad), el protocolo deviene, para muchos, misión imposible. Un buen número convive con otras personas trabajadoras de varios sectores y en viviendas no siempre dignas y con exceso de ocupación. Un problema que cargan a la responsabilidad pública, al mutar la obligación de cuidado preventivo fuera del trabajo, en propia de la salud pública (distanciamiento físico, higiene, etc.).

Precisamente, cámaras termográficas (para el acceso a los centros –también para otros espacios públicos, como los aeropuertos–) e inteligencia artificial (para acompañar el proceso de control en todas las fases de la relación de prestación de servicios) se convierten, cada vez más, en herramientas de gestión ordinaria de la lucha contra el riesgo de contagio. En

esta suerte de nueva «misión blindaje contra el coronavirus» parecen situarse muchas empresas y entidades, a fin de hacer de sus centros o espacios una suerte de fortín o búnker a prueba de contagios. Para ello recurren a la automatización, en la confianza de que una imagen de la «máxima seguridad tecnológicamente posible» redunde directamente en su reputación de mercado y, por lo tanto, en su competitividad. En menos de un segundo, un sistema de reconocimiento facial (o [a través del lagrimal](#)) puede determinar quiénes pueden cruzar «la cancela» de la fábrica (luz verde) y quién regresar a casa (luz roja), convirtiéndose en «una nueva frontera» (barrera) para el acceso al trabajo, o una condición de mantenimiento en él. Sustituyendo al personal de pistola térmica en mano (extendida también en España), ante los que inclinar la frente (no la rodilla), un algoritmo realizaría el resto del trabajo de prevención (decide si levanta o no la barrera). Eso sí, exige cooperación del personal, como venimos evidenciando, y promueve el sistema de gestión del [RDL 21/2020](#) (hacer caso a las indicaciones y no saltarse las barreras en caso contrario).

Sin perjuicio de sus eventuales fallos (margen de error, que existe), incluso de la mayor o menor utilidad de este tipo de controles (no existe certeza en torno a la utilidad del control de temperatura, pese a difundirse en diferentes escenarios, como en los aeropuertos), así como de los riesgos para la privacidad (requieren cumplir con la normativa de protección de datos), lo cierto es que, como ya ha sucedido en los países asiáticos (Vietnam, Singapur, China, etc.), tiende a imponerse la gestión tecnológica del riesgo de contagio, también por su mayor capacidad para la trazabilidad de estos procesos, donde se producen numerosas interacciones de diverso tipo (personales, sociales, espaciales, etc.). Precisamente, esta transición a la denominada «nueva normalidad» promueve todo tipo de invenciones y reinenciones tecnológicas. Van desde el diseño de nuevos dispositivos hasta la recuperación de algunos más conocidos como los códigos QR (respuesta rápida), [cruciales al inicio del control de la pandemia en países como China](#) o Rusia (ciertamente no los más liberales y democráticos). No solo los acepta la AEPD ([Informe 0012/2013](#) –aún perpleja por no comprender bien cómo una entidad inmobiliaria consulta si se puede incluir información médica en un código de salud QR–), también tienen ya su reflejo en la negociación colectiva (art. 29 [Convenio colectivo de la empresa Brillosa, SL](#) –BOIB de 25 de mayo de 2017–).

Por supuesto, los servicios de prevención de riesgos y el mercado de la seguridad y salud en el trabajo ofrecen también este tipo de soluciones tecnológicas (utilizadas para múltiples usos, incluido el reclutamiento de personal) para facilitar el control de los estados de salud de las personas empleadas de las empresas que las contratan, incluyendo una [identificación precoz de eventuales focos de contagio](#). Otro ejemplo de desbordamiento del ámbito del [artículo 26 del RDL 21/2020](#), previsto para la vigilancia epidemiológica pública, no privada, si bien no se prohíbe para esta, siempre que se respeten las normas de protección de datos –base legitimadora, minimización de datos, gestión profesional, confidencialidad–, sería el caso del denominado «[Personal Code Health](#)» (Código de Salud Personal). Este instrumento resulta de la información cruzada de los resultados de la prueba COVID-19 de cada persona trabajadora con sus rasgos faciales (datos biométricos), de modo que

genera un código QR biométrico único. Aunque la razón principal sea la garantía del estado de salud, individual y de la plantilla, la publicidad sobre el dispositivo (*marketing* digital) no oculta, tampoco la OIT, su utilidad para facilitar la plena y acelerada reincorporación a la actividad económica de sus empresas cliente.

Como se decía, la **AEPD**, aun siempre dentro de su enfoque cautelador, ha expresado, si bien en relación con el «pasaporte de inmunidad que incluye datos sensibles de salud», que un uso bien gestionado de *apps* para registros de salud, que los mantenga actualizados y seguros, tiene utilidad siempre que el acceso a dicha información se realice por personal competente y no tenga más fin que la eficacia de la política –pública y empresarial– de control de la pandemia. De ahí que los protocolos de seguridad de las empresas sean especialmente relevantes cuando se decide implantar el uso de códigos QR. Por supuesto, como toda solución tecnológica, no todo son virtudes. Además de sus limitaciones de funcionalidad, tiene **riesgos**.

Primero, el de las violaciones o brechas de seguridad, ocultando contenidos a la persona trabajadora, redirigiendo a esta a páginas webs maliciosas o sustrayendo información personal de los dispositivos dado el uso generalizado de *smartphones*. Segundo, el de las limitaciones de los derechos de privacidad (también, en ciertas ocasiones, relativos a la discriminación), incluso de mayores cargas psicosociales (se exige de la persona trabajadora un deber de diligencia en su funcionamiento). En última instancia, como ha advertido el secretario general de Naciones Unidas, estos pequeños códigos de barras alientan sistemas de vigilancia digital invasiva.

Los conflictos en este ámbito ya están servidos igualmente, y, como suele ocurrir, no hay un criterio unívoco, ni dentro de las autoridades judiciales ni de estas con las autoridades hoy especializadas en la protección de datos, por ejemplo, la AEPD, que parece asumir una presencia muy significativa en este tiempo. Para ilustrarlo, baste con traer a colación la noticia relativa a la decisión de la sala de suplicación social valenciana de **legitimar el control de temperatura en las empresas (en el caso Carrefour España) por parte de los profesionales de la vigilancia de la seguridad privada** (de personas y cosas). Tratándose de datos biométricos y de salud, por lo tanto, especialmente protegidos, la solución del control mediante vigilancia de seguridad no parece la más recomendable desde una vertiente garantista de datos, pero sí se antoja mucho más eficaz, y económica, persuadiéndose la sala valenciana, frente a los recelos de la AEPD, de que vivimos tiempos de excepción y, por lo tanto, «a río revuelto, ganancia de pescadores» (por cierto, que acaban de ver mejoradas algo sus duras condiciones de trabajo, al exigirse contrato por escrito, **culminando la trasposición de la Directiva 2017/159, de 19 de diciembre de 2016**).

En definitiva, sin ignorar sus bondades en aras de una sociedad, y de una empresa, con mayores garantías de seguridad frente al riesgo de contagio por COVID-19, estos y otros útiles son una **tentación permanente para el refuerzo del principio de autoridad biopolítica de personas y sociedades**. Consecuentemente, a menudo, bajo la moderna



aparición digital de esta suerte de nuevos salvoconductos, ahora en versión digital, típicos de la época medieval, que determinen, sin las debidas garantías, qué personas (trabajadoras o no) pueden (podemos) hacer una vida normalizada, dentro y fuera del trabajo, y disponer de libertad de movimientos, incluso ahora que ha finalizado el estado de alarma. Al menos de momento.

Referencias bibliográficas

Gómez Abelleira, F. J. (7 de mayo de 2020). Modificaciones horarias por razones preventivas ligadas al COVID-19. [Entrada en un blog]. Recuperado de <<https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/modificaciones-horarias-por-razones.html>>.

Rojo Torrecilla, E. (11 de junio de 2020). Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Finaliza la saga Covid-19? [Entrada en un blog]. Recuperado de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/emergencia-sanitaria-y-legislacion_11.html>.