

**NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL JULIO 2020**

## Índice

1. Despido por causas económicas. ¿Cómo se acredita la disminución de ingresos?	4
2. Cese de falso becario: ¿cómo se calcula la indemnización por despido?	5
3. El despido de una trabajadora sometida a tratamiento de fertilidad no siempre es nulo	7
4. ¿Cuándo afecta la reducción de plantilla al número de delegados sindicales?	8
5. ¿Cuándo es abusiva la cláusula que fija un rendimiento mínimo?	10
6. El TS declara que el tiempo de desplazamiento al primer cliente es tiempo de trabajo	12
7. El TS vuelve a pronunciarse sobre la obligación de ofrecer un servicio de comedor	13
8. COVID-19: primer pronunciamiento judicial sobre la prohibición de extinguir contratos por causas objetivas	15
9. Abonar en B parte de la nómina justifica la extinción indemnizada del contrato	16
10. Más aclaraciones de la TGSS sobre las declaraciones responsables	18
11. Publicada la Ley sobre la derogación del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo	20
12. ¿Se puede encomendar a los vigilantes de seguridad la toma de temperatura para prevenir el COVID?	20
13. Extinción de la IT por incomparecencia al reconocimiento médico: ¿qué requisitos deben cumplir las notificaciones?	22
14. Las lesiones derivadas de un parto se consideran accidente no laboral	24
15. Empresa multiservicios sin convenio propio: ¿qué convenio se aplica?	25
16. Tiempo empleado en justificar ausencias y solicitar cambios de turno: ¿es parte de la jornada de trabajo?	27
17. El TCo considera discriminatorio reducir el descanso retribuido tras una guardia a una médico con reducción de jornada por guarda legal	29
18. Baja por ansiedad derivada de una acusación de abuso sexual: ¿puede calificarse como accidente laboral?	30
19. Más bonificaciones para trabajadores fijos discontinuos en actividades turísticas	32
20. Modificaciones en el Ingreso Mínimo Vital	33
21. Impago de cuotas a la SS. La crisis empresarial no constituye fuerza mayor que lo legitime	34
Por ello, el TS desestima la demanda y confirma la sanción impuesta.	35

22. Mejora de las condiciones de trabajo en el sector marítimo pesquero 35
23. ¿Es causa de despido usar el móvil de la empresa durante la baja? 37
-

# 1. Despido por causas económicas. ¿Cómo se acredita la disminución de ingresos?

STSUD 26-6-20

## Resumen

El TS declara que en el despido individual por causas económicas no se exige acreditar la disminución de ingresos mediante la aportación de las cuentas anuales. Rige en esta cuestión la libertad probatoria, siendo idóneas las declaraciones trimestrales del IVA de dos años sucesivos de cuya comparativa se infiere la disminución persistente de ingresos.

## Desarrollo

Una trabajadora impugna su despido objetivo por causas económicas que es declarado improcedente en primera instancia. El TSJ Madrid, tras aceptar la revisión de los hechos integrando las declaraciones trimestrales del IVA aportadas por la empresa, confirma la sentencia de instancia. Considera que, pese a reflejar las declaraciones del IVA un descenso en los ingresos, son insuficientes para acreditar la existencia de causas económicas ya que no se aporta la contabilidad social ni explicación de tal omisión.

La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina suscitando 2 cuestiones:

1. Si la sentencia del TSJ Madrid incurre en incongruencia omisiva por no pronunciarse sobre uno de los pedimentos del recurso relativo al recálculo de la indemnización correspondiente atendiendo a la antigüedad de la trabajadora. En relación con esta cuestión, el TS observa la existencia de una incongruencia omisiva por error en tanto que en su fundamentación jurídica admite que la antigüedad computable a efectos de calcular la indemnización por despido es la postulada por la empresa, y sin embargo no expresa ni refleja en el fallo ningún pronunciamiento al respecto.

2. Denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, dado que la sentencia del TSJ Madrid ha entendido que la prueba aportada por la empresa es insuficiente para acreditar las causas económicas.

Conforme al art.51.1 del ET, se entiende que concurren causas económicas cuando de los datos de la empresa se desprenda una situación económica negativa en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entiende que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año

anterior. No se infiere de esta regulación la exigencia de aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios. Se trata esta de una documentación exigida por el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo (RD 1483/2012) de cuyo articulado no se infiere que sea también de aplicación a los despidos individuales por causas objetivas como el analizado en el supuesto de hecho. Tampoco esta documentación es un elemento acreditativo excluyente. El TS considera que rige en esta cuestión el principio de libertad probatoria, siendo idóneas las declaraciones tributarias del año 2014 y 2015 de cuya comparativa se infiere la disminución persistente de ingresos. La concurrencia de la causa económica no queda enervada por la persistencia de un saldo favorable en el resultado final pues la disminución persistente es, por sí misma, uno de los supuestos previstos en la ley.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y acuerda la procedencia del despido objetivo y la regularización que resulte procedente de la cuantía indemnizatoria.

## **2. Cese de falso becario: ¿cómo se calcula la indemnización por despido?**

STSUD a 23-6-20

### **Resumen**

El TS declara que la relación del becario con la universidad era laboral, por lo que lo que se trata de un despido calificado de improcedente. El salario a tener en cuenta para el cálculo de esta indemnización no es el que el trabajador viniera percibiendo realmente en el momento del despido sino el fijado por el convenio en función de las circunstancias concretas de antigüedad y categoría profesional. Haber prestado la actividad al amparo de un nexo extralaboral no es obstáculo para proyectar sobre los servicios prestados las normas laborales.

### **Desarrollo**

La trabajadora había prestado servicios como becaria para una universidad hasta el cese en su actividad. Durante este periodo había desempeñado entre otras funciones; labores de gestión relativas al grado, actualización de la web de la Universidad y la red social, información y atención a los alumnos, profesores y altos cargos públicos. La actividad se realizó bajo el amparo de diversas becas, bajo la supervisión de distintos decanos y vicedecanos, cumpliendo el mismo horario que el resto del personal de la facultad, así como el disfrute de vacaciones. La retribución percibida era de 620 euros, inferior a la del convenio colectivo de universidades.

La trabajadora interpone demanda de despido, que es desestimada al considerarse que no ha existido un despido verbal, sino una baja voluntaria, porque días después de cesar en su actividad para la Universidad estaba trabajando para una empresa privada. En suplicación, el TSJ declara improcedente el despido y fija la indemnización en función la cuantía efectivamente percibida por la becaria.

Disconforme con la cuantía indemnización, la trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS. Por su parte, la Universidad considera que el procedimiento de despido no es el adecuado para esta reclamación e impugna el recurso.

La cuestión debatida consiste en determinar si para calcular la indemnización por despido ha de estarse al promedio de lo que se venía abonando al amparo del vínculo extralaboral (relación de becario) o, por el contrario, a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación.

El TS comienza considerando que es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido, sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella una reclamación inadecuada. Por el contrario, el proceso ordinario es adecuado cuando la pretensión se dirige AL cobro de una indemnización, pero limitada a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Por tanto cuando, se pongan en cuestión la propia existencia de la indemnización; los elementos básicos para su determinación; la propia naturaleza de la indemnización debida o, como sucede en el supuesto enjuiciado, la validez de cláusulas contractuales determinantes para configurar la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido.

Respecto del salario regulador de la indemnización por despido, el TS recuerda que su doctrina ha establecido que el salario regulador de la indemnización por despido es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa. Por tanto, el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, no es el que trabajador viniera percibiendo realmente en el momento del despido de ser inferior al establecido en convenio colectivo aplicable, sino precisamente el fijado por este en función de las circunstancias concretas de antigüedad y categoría profesional.

Por todo ello, el TS concluye lo siguiente: a) En el litigio sobre despido cabe discutir el salario que corresponde percibir. b) Que previamente se prestara la actividad al amparo de un nexo extralaboral no es obstáculo para proyectar sobre los servicios prestados las normas laborales. c) Que se viniera cobrando menos de lo que prescribe el convenio colectivo no impide que la indemnización por despido se calcule conforme al mismo.

En consecuencia, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, declarando que la cuantía a tener en cuenta es la fijada por el convenio colectivo.

### **3. El despido de una trabajadora sometida a tratamiento de fertilidad no siempre es nulo**

SUD 2-7-20

#### **Resumen**

Para que el despido disciplinario de una trabajadora posterior a un aborto y sometida a un tratamiento de fertilidad pueda ser declarado nulo por discriminación por razón de sexo, es preciso que la empresa tenga conocimiento de esta circunstancia y no acredite debidamente la causa de despido alegada.

#### **Desarrollo**

El 8-9-2016, la trabajadora recibe carta de despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo desde febrero de 2016. Considerando que en realidad el despido obedece al tratamiento de fertilidad que viene recibiendo, la trabajadora impugna el despido. Frente a la sentencia de instancia que declara el despido improcedente, la trabajadora recurre ante el TSJ Madrid que declara el despido nulo por ser discriminatorio por razón de sexo. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por el TSJ Galicia 8-7-14, EDJ 129204.

El TS considera que no concurre entre las sentencias comparadas la contradicción necesaria para analizar el recurso. En ambos casos se someten a juicio dos supuestos de despido de una trabajadora que está sometida a un tratamiento de fertilidad en los que no se trata de analizar si existe en el supuesto la nulidad objetiva por razón de embarazo (ET art.55), sino de si concurren los elementos necesarios para considerar el despido nulo por discriminación por razón de sexo por estar basado esencialmente en el hecho de que la trabajadora estuviera sometida a un tratamiento de fertilidad.

En la sentencia analizada existen unos indicios de nulidad que la empresa no ha desvirtuado:

a) Consta acreditado que la trabajadora sufrió un aborto el 7-5-16 que le ocasionó unas consecuencias patológicas que quedan debidamente reflejadas en los informes médicos de la baja por IT, situación en la que estuvo entre el 11 y el 17 de mayo. Además iba a iniciar un tratamiento de fertilidad el 15-9-2016.

- b) La trabajadora nunca fue reconvenida o amonestada por ningún tipo de incumplimiento de sus obligaciones laborales. Antes al contrario, había recibido repetidas felicitaciones por su desempeño profesional.
- c) No se acreditan, en la carta de despido, datos concretos y concluyentes acerca de la disminución voluntaria del rendimiento. La sentencia de instancia, ante la vaguedad de la causa invocada, declaró el despido improcedente, sin que la empresa impugnara esta declaración.
- d) Aunque la empresa mantiene el desconocimiento del aborto y del seguimiento de programas de fertilidad con anterioridad al despido, el TSJ Madrid alcanza la convicción de que la causa real del mismo fueron motivos propios de la condición femenina de la trabajadora, lo que le llevó a declarar la nulidad del despido por discriminatorio por razón de sexo.

El TS no considera equiparable a este supuesto el referido en la sentencia aportada de contraste que rechazó la declaración de nulidad del despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad debido a que no queda acreditado que la empresa supiera que la trabajadora había iniciado un tratamiento de fertilidad dado que los partes de IT no reseñaban esa circunstancia a petición de la trabajadora.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia recurrida declarando el despido nulo por ser discriminatorio por razón de sexo.

#### **4. ¿Cuándo afecta la reducción de plantilla al número de delegados sindicales?**

SAN 24-6-20

##### **Resumen**

La AN considera que no vulnera el derecho de indemnidad la reducción del número de delegados sindicales y del crédito horario en un supuesto que se produjo tras comunicar el sindicato su disconformidad con el acuerdo alcanzado en la negociación de un ERTE ETOP. Considera ajustada a derecho la medida pues entre la comunicación del período de consultas y la relativa a la reducción de representación sindical se produjo una reducción de la plantilla que reunía los requisitos exigidos por el TS, es es, que sea significativa y prolongada en el tiempo.

##### **Desarrollo**

El 30-3-2020 la dirección de la empresa comunica a la representación sindical la apertura de un ERTE ETOP debido a la crisis sanitaria causada por el COVID-19. El período de negociaciones finaliza sin acuerdo, pese a ello la empresa comunica un acta informando del acuerdo alcanzado.

El 7-4-2020, el sindicato UGT denuncia este hecho ante la Dirección General de Trabajo para que se manifieste sobre la existencia o no de las causas ETOP alegadas por la empresa así como sobre la conducta de la empresa que transformó en acuerdo un no acuerdo.

El 20-4-2020, la empresa remite un correo al Sindicato UGT informándole de que, debido a la reducción de la plantilla en el centro de trabajo, únicamente le corresponde 1 delegado sindical, en lugar de los 2 que tenía hasta ahora, pasando su crédito horario de 80 horas (pues el sindicato optó por otorgar a un único delegado sindical la representación a que tenía derecho, acumulando en él el crédito horario) a 35 horas.

El sindicato considera que la reducción del crédito horario sindical constituye un acto de represalia pues se produjo 10 días después de haberse posicionado el sindicato en contra de la comisión negociadora del ERTE ETOP. Por ello presenta demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical y garantía de indemnidad. La empresa niega la existencia de tal represalia y justifica la decisión en la reducción de la plantilla, lo que implica la reducción del número de delegados sindicales, pasando de dos a uno, con la consiguiente reducción del crédito horario.

La AN recuerda que, en el ámbito laboral, la garantía de indemnidad impide que puedan adoptarse medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (TCo 14/1993). Pero la denuncia de la vulneración del derecho debe ir acompañada de la acreditación de indicios que generen una razonable sospecha a favor de esta afirmación y, sólo en este caso surge para el demandado la carga de probar la ausencia de móvil atentatorio contra los derechos fundamentales.

En el caso analizado no se aportan tales indicios pues las comunicaciones que el sindicato remitió tanto a la empresa, expresando su desconcierto por el acta que manifestaba el acuerdo alcanzado en el período de consultas, como a la autoridad laboral, no fueron realizadas por el delegado sindical, sino por otra persona del sindicato. Pero aunque concurrieran, la empresa ha justificado suficientemente su decisión que desvirtúa la existencia de cualquier represalia. Y es que aunque a 30-3-2020 se refería en la memoria que acompañaba al ERTE una plantilla de 763 trabajadores, antes de la comunicación sindical, y por lo tanto antes de la comunicación de la reducción del crédito horario, la plantilla había quedado reducida por debajo de los 750 trabajadores debido a la finalización de 22 contratos por obra o servicio determinado y 3 despidos disciplinarios. Pero para que tal disminución de la plantilla produzca efectos en el número de delegados sindicales y el crédito horario, el

TS exige que sea significativa y prolongada en el tiempo, requisitos que quedan acreditados en este caso pues los bajas continuaron en la empresa con posterioridad.

Por ello, la AN desestima la demanda al no apreciar la lesión del derecho fundamental alegada.

## **5. ¿Cuándo es abusiva la cláusula que fija un rendimiento mínimo?**

TS 3-7-20, EDJ 601144

### **Resumen**

El TS declara nula por abusiva la cláusula de un contrato que establece un rendimiento mínimo que se considera de difícil cumplimiento. Además, constituye una cláusula tipo, impuesta por la empresa a todos los contratos de trabajo sin que quepa admitir de ninguna de las maneras que la misma fue convenida libremente con los trabajadores.

### **Desarrollo**

La ONG viene incluyendo en cada contrato de trabajo suscrito por el personal con categoría de captador, una cláusula en virtud de la cual los firmantes quedan obligados al cumplimiento de unos objetivos mínimos semanales para una jornada de 20 horas semanales. En caso de no alcanzar estos objetivos mínimos las consecuencias son una amonestación con efectos disciplinarios, y en caso de incumplimiento reiterado (3 periodos consecutivos o 6 no consecutivos o no alcanzar un promedio semanal de 4 socios) la consecuencia será la extinción (ET art.49.1. b). Esta cláusula es idéntica en todos los contratos de trabajo de los captadores, con independencia de las condiciones de trabajo (planning de trabajo). Se acredita que únicamente un 11% de los trabajadores captadores alcanzan los resultados de media, aunque ningún trabajador ha logrado objetivos todos los meses y el incumplimiento ha dado lugar a varios despidos y existen sanciones por incumplimiento.

La representación sindical entiende que esta cláusula contractual es nula por cuanto ha sido impuesta unilateralmente por la empresa e impone un régimen disciplinario por la no consecución de objetivos sin valorar ni probar la voluntariedad del trabajador. Además entienden que es abusiva porque el rendimiento impuesto no es razonable, pues es de imposible cumplimiento. Por ello, interpone demanda de conflicto colectivo ante el TSJ que estima la demanda y disconforme, la representación de la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

Para el análisis de la cláusula contractual, el TS recuerda su doctrina mayoritaria. Por un lado establece que cuando un contrato de trabajo establece una cláusula de rendimiento mínimo, se está en presencia de un rendimiento pactado. De esta manera, si el empresario pretendiera despedir al trabajador por razones disciplinarias (ET art.52.2. d) tendría que acreditar no solo la disminución del rendimiento pactado, sino que ese se había producido de manera continuada y voluntaria, lo cual exigiría probar la realidad de la conducta. Por otro, se autoriza la extinción del contrato de trabajo por las causas en él válidamente consignadas, salvo que constituyan abuso manifiesto de derecho por parte de empresario. Esto supone que una cláusula en la que se trata de establecer un número o un valor mínimo de ventas puede ser válida, pero para ello debe ser ejercitada con arreglo a los principios de la buena fe y sin incurrir en abuso manifiesto de derecho.

En el supuesto enjuiciado, el TS considera que cláusula controvertida constituye una cláusula tipo, impuesta por la empresa a todos los contratos de trabajo en el ámbito del conflicto, sin que quepa admitir de ninguna de las maneras que la misma fue convenida libremente con los trabajadores. Asimismo, de la literalidad de la cláusula se concluye que entre las fórmulas extintivas posibles (ET art. 49.1.b y 54.2.e) la empresa optó por la vía disciplinaria, puesto que, si los trabajadores no alcanzan los objetivos pactados, la empresa los amonesta. Aunque, en caso de no cumplimiento de los objetivos, la consecuencia es la extinción del contrato de acuerdo con la ET art.49.1. b, o que se contradice con la aplicación de medidas disciplinarias. Por tanto, nos encontramos, por tanto, ante una cláusula contractual, que mezcla las dos fórmulas extintivas. Además, el hecho de que la empresa se reserve, caso de incumplimiento de los objetivos, la posibilidad de sustituir la extinción del contrato por otras fórmulas disciplinarias (amonestaciones suspensiones de empleo y sueldo...) revela que los objetivos propuestos no son razonables por la práctica imposibilidad de alcanzarlos, puesto que si lo fueran, carecería de sentido que la empresa se reserve la posibilidad de mantener la relación laboral de trabajadores improductivos en su plantilla.

Por lo demás, ha quedado plenamente acreditado que los objetivos contenidos en la cláusula son de imposible cumplimiento, puesto que se ha acreditado en 2016 solo un 11% de los captadores ha podido cumplir con los objetivos y, además, el incumplimiento ha aumentado progresivamente en todos los grupos y que muy pocos trabajadores alcanzan los objetivos. Por lo que es patente que son abusivos por irrazonables y de imposible consecución. Tampoco concurren los criterios de comparación exigidos por la jurisprudencia, pues aunque las circunstancias de cada una de las zonas son diferentes, la cláusula de objetivos mínimos es idéntica en los contratos de todos los captadores, lo cual provoca una diferencia en los resultados alcanzados, sin que sea responsabilidad de los trabajadores.

Por todo ello se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto la sentencia dictada por el TSJ Galicia.

## **6. El TS declara que el tiempo de desplazamiento al primer cliente es tiempo de trabajo**

STS 7-7-2020

### **Resumen**

El TS considera que los desplazamientos desde el domicilio de los trabajadores al domicilio del cliente son tiempo de trabajo. A pesar de contar con centros de trabajo, la empresa optó por iniciar el cómputo de la jornada desde el domicilio del trabajador y ese sistema de cómputo debe aplicarse a todos los trabajadores, independientemente de la duración del desplazamiento o de la distancia al domicilio del cliente.

### **Desarrollo**

Los trabajadores prestan servicios para una empresa dedicada a la reparación de elevadores que, a pesar de contar con centro de trabajo, ha optado porque los trabajadores acudan directamente al lugar del cliente, sin pasar previamente por la sede de la empresa.

Mientras para una parte de ellos la jornada comienza a computarse desde su domicilio particular, para los trabajadores de las localidades de Eibar y San Sebastián, la jornada comienza a computarse cuando llegan al domicilio del primer cliente al que van a atender. Al finalizar la jornada, ambos grupos de trabajadores llevan hasta sus domicilios los vehículos de la empresa empleados para los desplazamientos.

Disconforme con esta práctica empresarial, la representación sindical de la empresa interpone demanda de conflicto colectivo solicitando que la jornada de los trabajadores de los centros de Eibar y San Sebastián, también comience a computarse desde su domicilio y no desde el del primer cliente. En primera instancia, el TSJ País Vasco desestima la demanda por entender que la diferencia de trato entre ambos grupos de trabajadores está justificada y no es discriminatoria en cuanto que para los trabajadores que prestan servicios en estos municipios los desplazamientos resultan cortos y carecen de cualquier factor de dificultad añadida.

Disconforme, la representación de los trabajadores interpone recurso de casación ante el TS

El TS comienza recordando el marco jurídico de la UE sobre tiempo de trabajo (Dir 88/2003) y la aplicación que de la misma hizo el TJUE (TJUE 9-10-15, asunto TYCO, C-266/14) declarando que, para los supuestos de empresas sin centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo que los trabajadores emplean a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros de trabajo de los clientes asignados por su empresario es

tiempo de trabajo. Mientras los sindicatos demandantes consideran aplicable esta doctrina al supuesto enjuiciado, la empresa la considera inaplicable, ya que los trabajadores sí disponen de centro de trabajo y han comenzado siempre su jornada en el domicilio del cliente.

Por tanto, la cuestión debatida consiste en determinar si el tiempo empleado para el desplazamiento domicilio-clientes es tiempo de trabajo, o si por el contrario, ha de considerarse período de descanso.

Para resolverla, el TS parte de considerar que la actividad de la empresa solo puede realizarse en el domicilio de sus clientes, de manera que, los desplazamientos al cliente son consustanciales con la actividad de la empresa. Por tanto, aplicando la doctrina del TJUE, si el desplazamiento al domicilio del cliente es esencial para el despliegue de la actividad de la empresa es claro que debe ser considerado tiempo de trabajo. Esto también se produce cuando el desplazamiento se realiza desde el domicilio de los trabajadores que se trasladan, según la planificación empresarial, a los domicilios de los clientes, salvo en el supuesto enjuiciado, para los trabajadores de los municipios de San Sebastián y Éibar.

Considera el TS que el que los desplazamientos se localicen exclusivamente en los municipios reiterados y sean de menos distancia que los realizados por sus compañeros no justifica el trato discriminatorio puesto que, en ambos casos, forman parte esencial de la actividad empresarial.

No hay razón, por tanto, para considerar tiempo de trabajo a los desplazamientos de mayor distancia, puesto que, cuanto mayor sea la distancia mayor será el tiempo de cómputo de la jornada y menor cuanto más reducido sea el tiempo de desplazamiento.

Por todo ello, se estima el recurso de casación, interpuestos por la representación sindical de los trabajadores.

## **7. El TS vuelve a pronunciarse sobre la obligación de ofrecer un servicio de comedor**

STSUD 23-6-20

### **Resumen**

El TS reitera que actualmente no existe ninguna norma en vigor, de carácter legal o convencional, de la que pueda desprenderse que el empresario esté obligado a instalar un comedor de empresa en un centro de trabajo con las características establecidas en la normativa de 1938.

## Desarrollo

Una parte de los trabajadores, que tienen jornada partida con un horario flexible y un tiempo máximo para comer de dos horas, solicita a la empresa que proceda a habilitar un comedor en el centro de trabajo en los términos establecidos en el D 8-6-1938 y en la OM 30-6-1938, reguladores de los comedores laborales.

Ante la negativa empresarial, la representación de trabajadores interpone demanda de conflicto colectivo en la que se solicita que se declare el derecho de los trabajadores a disponer de un comedor de empresa en el centro de trabajo. La demanda se estima tanto por el juzgado de lo social como por el TSJ. Disconforme, la empresa, que considera que esta normativa no está vigente, plantea recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por tanto, la cuestión que se debate consiste en determinar si la normativa sobre el establecimiento de comedores de empresa en los centros de trabajo se encuentra o no vigente.

Para resolver su cuestión el TS aplica la doctrina contenida en su jurisprudencia anterior (TS 13-12-18, rec. 1857/2017 y 2262/2017; TS 13-2-19, rec. 3228/2017) en la que establece que las normas sobre comedores laborales del año 1938 no están vigentes.

Entiende que esta regulación fue incorporada al RGSHT de 1940, derogado por la OGSHT (O 16-3-1971) y que, a su vez, ha sido derogada por el RD 486/1997 (Disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en los Lugares de Trabajo).

El RD 486/997, que es la legislación actualmente vigente a estos efectos, no impone a las empresas la obligación de instalar comedores en sus centros de trabajo en los términos del Decreto y la Orden de 1938. Aunque sí obliga a poner a disposición de los trabajadores locales adecuados destinados a dormitorios y comedores, refiere a exclusivamente a los trabajos al aire libre en los que los trabajadores no puedan acudir cada día a pernoctar a su lugar de residencia.

## **8. COVID-19: primer pronunciamiento judicial sobre la prohibición de extinguir contratos por causas objetivas**

Sentencia J Social núm 3 Sabadell 6-7-20, nº 93/2020

### **Resumen**

Un juzgado de lo social ja declarado nulo el despido de una trabajadora con un contrato temporal por obra y servicio que se extinguió un día antes de la publicación del RDL 9/2020 que declaraba que la fuerza mayor y las causas ETOP consecuencia del COVID-19 no pueden justificar la extinción de un contrato. Se considera que el contrato era indefinido por fraudulento y condena a la empresa a readmitir a la trabajadora y al abono de los salarios de tramitación.

### **Desarrollo**

La trabajadora, que encadenaba contratos temporales desde 2019, el último por obra o servicio determinado, es despedida un día antes de la entrada en vigor del RDL 9/2020, que prohibía el despido por causas objetivas asociadas al COVID-19. la trabajadora demanda a la empresa y solicita la nulidad de su despido, entre otras razones, por vulneración del RDL 9/2020, pues si bien no había sido publicado en la fecha de la notificación de la extinción del contrato, su contenido había sido anunciado días antes en diversos medios de comunicación.

El JS comienza analizando la temporalidad del contrato extinguido y concluye declarando su carácter indefinido y no temporal ya que carecía de causa legal y, por tanto, había sido suscrito en fraude de ley. Dispone que en nuestro ordenamiento jurídico el contrato indefinido constituye la regla general de la que se apartan los supuestos tasados y específicamente diseñados por el legislador.

Con relación a la vulneración del RDL 9/2020, el JS recuerda que esta norma establecía que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que tuvieran su origen en el COVID-19, no se podrían entender como justificativas de la extinción de un contrato de trabajo ni de un despido (RDL 9/2020 art.2).

El Juzgado considera que, en realidad, la extinción del contrato de la trabajadora se ha producido como consecuencia de la situación derivada de la declaración del Estado de Alarma y que, además, existían las circunstancias que habilitaban a la empresa para adoptar las medidas incluidas en el RDL 8/2020 (ERTEs por causas ETOP o por fuerza mayor. Por ello, al extinguir la relación laboral, la empresa no solo aduce una causa que no justifica la extinción, sino que también incumple las disposiciones legales adoptadas por el legislador para evitar la destrucción de empleo, y es esa finalidad la que debe predominar en la interpretación de la normativa que regula el despido en el

ámbito excepcional del COVID-19. Por otra parte, el JS considera inverosímil que la empresa desconociera los términos de la norma en el momento de notificar la extinción, dado que su contenido se había comunicado previamente en diversos medios de comunicación.

Respecto de la calificación del despido, el JS desecha que el despido sea tanto procedente como improcedente, y considera que la extinción del contrato constituye un fraude de Ley, pues la empresa se ampara en una causa inexistente para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico -la extinción de una relación laboral por causas derivadas del COVID-19, por lo que entiende que lo que procede es la anulación del despido.

En consecuencia, se estima la demanda y se declara la nulidad del despido de la trabajadora, condenando a la empresa a la readmisión de la trabajadora y al abono de los salarios de tramitación.

## **9. Abonar en B parte de la nómina justifica la extinción indemnizada del contrato**

STSUD 18-6-20

### **Resumen**

El Tribunal Supremo declara en unificación de doctrina que el que la empresa abone, de modo continuado, parte de las retribuciones fuera de nómina justifica la extinción indemnizada del contrato a petición del trabajador.

### **Desarrollo**

Los trabajadores vienen prestando sus servicios para la empresa como peones agrícolas con carácter fijo discontinuo. Cada uno de ellos percibía una cantidad en nómina y otra en sobre. Además, al finalizar cada periodo trabajado, la empresa emitía unos finiquitos que luego no se cobraban. Los trabajadores presentan una demanda solicitando la extinción indemnizada de su relación laboral. La demanda es estimada por el juzgado de lo social que declara extinguida la relación laboral y fija la correspondiente indemnización. La empresa recurre en suplicación y el TSJ estima el recurso. Entiende que el incumplimiento contemplado legalmente ha de referirse, concretamente, a los deberes que tiene con el trabajador y no a otros incumplimientos que, sin perjuicio de ser graves, desplegarán las consecuencias jurídicas que deriven de su actuación. Disconformes, los trabajadores interponen recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

Por tanto, la cuestión a debatir consiste en determinar si procede la extinción causal del contrato de trabajo cuando la empresa abona una parte de las retribuciones sin declarar ante los organismos competentes de la seguridad Social y de la Hacienda Pública.

EL TS recuerda que la legislación laboral permite la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario (ET art.50). Además de una lista abierta de supuestos, se añade cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor. El TS ha interpretado que el término obligaciones debe extenderse a todas aquellas, cualesquiera que sea su origen, que hayan sido asumidas por el empresario; que para determinar la gravedad del incumplimiento, cuando se trata de una obligación periódica se ha solido atender a su reiteración; y que la ausencia de reclamación por parte del trabajador ante los incumplimientos empresariales no ha sido considerada como motivo que enerve la concurrencia de la causa resolutoria.

En el supuesto enjuiciado, el TS considera que la obligación de cotizar no es genérica, sino que se corresponde con las bases definidas por la Ley y la base de cotización viene constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena. Por ello, si la empresa oculta parte de las remuneraciones no solo desarrolla una conducta administrativamente sancionable sino que también perjudica a quien trabaja pues la mayoría de las prestaciones económicas se calculan en función de lo previamente cotizado. Además, este perjuicio proyecta sus efectos también sobre eventuales recargo de prestaciones o prestaciones a cargo del FOGASA entre otros aspectos. Asimismo, el que la cantidad realmente percibida no conste en los recibos de salarios es una conducta sancionable y, además, dificulta la consecución de la finalidad perseguida al establecer esa obligación documental. Por otra parte, la eventual conformidad del trabajador con la conducta defraudadora de la empresa no afecta a la existencia de un incumplimiento.

Por todo ello, el TS concluye que la ocultación documental de una parte del salario y a lo largo de un periodo muy dilatado; el incumplimiento del deber de cotizar a la Seguridad Social con arreglo a lo previsto legalmente; y la obtención de documentos de finiquito firmados pero que no se abonan, son claras manifestaciones de grave incumplimiento de las obligaciones empresariales respecto de los trabajadores

En consecuencia, estima el recurso para la unificación de doctrina planteado, declarando que el abono continuado de cantidades fuera de nómina si encaja en el ET art.50.1c, considerando que es causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato el incumplimiento grave de sus obligaciones por partes del empresario, con derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

## **10. Más aclaraciones de la TGSS sobre las declaraciones responsables**

BNR 16/2020

### **Resumen**

La TGSS aclara, en un nuevo boletín de noticias RED, la forma en que deben presentarse las declaraciones responsables para acceder a las bonificaciones para el mantenimiento de los contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística. Además, aclara y amplía la información aportada en el BNR 15/2020.

### **Desarrollo**

La TGSS informa, a través del BNR 16/2020 de las siguientes cuestiones:

I. Las bonificaciones previstas para el mantenimiento de los contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística establecidas por el RDL 25/2020, se aplican de oficio por la TGSS previa comunicación de los siguientes aspectos:

a) Declaración responsable sobre la vinculación al sector del turismo. Debe presentarse del siguiente modo:

- Por el Sistema RED mediante la anotación de la CAUSA DE PECULIARIDAD DE COTIZACIÓN 017- TURISMO-COMERC-HOSTELERÍA.C/FIJ.DISCONT.TURISMO HOST.C.FIJ.

D. Las declaraciones responsables se podrán realizar hasta el momento en el que se presente la liquidación de cuotas correspondiente a cada mes.

- Respecto de cada CCC y de cada uno de los meses de julio, agosto, septiembre y octubre.

- Antes de solicitar el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al período de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dicha declaración. Para que las bonificaciones resulten de aplicación se requiere de la previa presentación de la declaración responsable.

b) Identificación de personas trabajadoras a las que resulten de aplicación las bonificaciones. Se realiza en el ámbito de afiliación a través del valor 420 del campo TIPO SITUACION ADICIONAL-. Una vez que esté disponible la anotación de dicho valor para el mes de julio se informará a través de los medios telemáticos disponibles. El

plazo para la comunicación de dicho valor respecto del mes de julio se extenderá hasta el día 30-8-2020.

II. Se amplían las funcionalidades de CASIA (Coordinación, Atención y Soporte Integral al Autorizado RED) implementando controles dirigidos a garantizar la cumplimentación y la calidad de los Datos complementarios, evitando de esta manera la apertura de casos con información insuficiente o errónea que precisen la petición de nueva información y el consiguiente retraso en su resolución. Las instrucciones sobre la utilización del servicio pueden consultarse en el Manual para la utilización del servicio CASIA.

III. Se aclara y amplía la información incluida en el BNR 15/2020 en relación a las siguientes cuestiones:

a) La solicitud a través de CASIA del número de Seguridad Social correspondiente a los trabajadores que vayan a ser dados de alta por el autorizado RED, únicamente debe ser realizada en los supuestos excepcionales en los que dichos trabajadores no puedan obtenerlo directamente a través del servicio existente en la Sede electrónica por no disponer de los medios técnicos necesarios para ello.

b) No procede la declaración responsable 060 en los supuestos en los que la suspensión de contratos o reducción de la jornada por causas ETOP relacionadas con el COVID-19, se produzca con posterioridad al 27-6-2020. Los expedientes que se hayan iniciado tras la finalización de un ERTE basado en la fuerza mayor, se deben comunicar mediante la declaración responsable 061.

c) La presentación de la comunicación de la renuncia expresa a exenciones 064 relativa a la renuncia a las exenciones en la cotización por las empresas que fueran a proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen los ERTE no se puede realizar a través del Sistema RED. Estas comunicaciones se deben presentar a través de un nuevo trámite que se implantará próximamente en la aplicación CASIA a tal efecto.

d) La presentación de la declaración responsable sobre la situación de fuerza mayor total o parcial correspondiente al mes de junio no exige que se hubiera presentado previamente la correspondiente declaración responsable en relación a estas situaciones respecto del mes de mayo.

## **11. Publicada la Ley sobre la derogación del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo**

L 1/2020, BOE 16-7-20

### **Resumen**

Tras su tramitación parlamentaria se publica, con el mismo contenido pero con rango de Ley, la derogación de las faltas de asistencia intermitentes, justificadas o no como causa de despido objetivo.

### **Desarrollo**

Mediante el RDL 4/2020, y con vigencia desde el 20-2-2020 se derogó el el ET art. 52.d) que contemplaba como causa de despido objetivo las faltas de asistencia al trabajo, justificadas o no justificadas pero intermitentes, que superasen determinados límites y que llevaba aparejada una indemnización de 20 días por año de servicio (máximo de 12 mensualidades), inferior a la establecida para el despido improcedente (33 días/24 mensualidades). Tras su tramitación parlamentaria, y con vigencia a partir del 17-7-2020 se publica la L 1/2020 que mantiene el mismo contenido.

De nuevo, la norma justifica la medida por la necesidad de garantizar jurídicamente los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente las que padecen alguna discapacidad, sufren enfermedades crónicas o de larga duración o que se dedican al cuidado de personas dependientes, que son, en su mayoría, mujeres. Asimismo, considera que la medida cumple con las directrices del TJUE (sentencias TJUE 18-1-18, asunto Ruiz Conejero y 11-9-2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica) en su interpretación de la Dir. 2000/78, que prohíbe la discriminación por razón de discapacidad.

## **12. ¿Se puede encomendar a los vigilantes de seguridad la toma de temperatura para prevenir el COVID?**

STSJ C. Valenciana 22-6-20

### **Resumen**

El TSJ C. Valenciana ha desestimado la demanda presentada por la representación sindical de los vigilantes de seguridad frente a la medida empresarial de atribuirles la tarea de tomar la temperatura de los empleados que acceden al centro de trabajo. La existencia de un riesgo laboral específico no desvirtúa la justificación de una medida

que responde a una situación de carácter extraordinario y tiene como única finalidad la de proteger la integridad física de las personas.

## **Desarrollo**

La representación sindical de los vigilantes de seguridad que prestan servicios en una cadena de hipermercados presenta demanda de conflicto colectivo frente a la decisión de la empresa de atribuirles la tarea de tomar la temperatura de los empleados como medida previa al acceso al centro de trabajo.

Considera que la medida es injustificada en cuanto que excede del ámbito funcional de la actividad profesional de los vigilantes de seguridad, no forma parte de la función de protección, los trabajadores afectados no están formados ni habilitados para tal injerencia en la intimidad personal y además supone un riesgo para la integridad física de los vigilantes afectados.

El TSJ C. Valenciana considera que la toma de temperatura es una actividad propia de los servicios de prevención y salud (LPRL art.4 y 10; RD 39/1997 art.11); no obstante, la resolución del conflicto colectivo debe abordarse teniendo en cuenta el contexto social y sanitario que tiene lugar desde el 14-3-2020 como consecuencia de la declaración del estado de alarma, fecha a partir de la cual los establecimientos comerciales abiertos al público se vieron obligados a adoptar una serie de medidas extraordinarias para garantizar en la medida de lo posible la seguridad de las personas frente a posibles contagios.

En este contexto, la toma de temperatura de los trabajadores que acceden al centro de trabajo es una medida que tiene como finalidad exclusiva evitar que personas con sintomatología asociada al COVID-19 accedan a sus instalaciones con el correspondiente riesgo de contagio al resto de trabajadores y a posibles usuarios de los supermercados, poniendo así en peligro las medidas de contención de la pandemia y la propia integridad física de las personas que puedan encontrarse en el centro comercial, cuya vigilancia tiene encomendada la empresa de seguridad.

El control en el acceso al centro es una función propia de los vigilantes recogida tanto en la L 5/2014 de seguridad privada como en el convenio colectivo aplicables, y en este caso esta tarea implica la introducción de un criterio nuevo de restricción al mismo, que por el carácter excepcional de las circunstancias se proyecta tanto en la función específicamente contemplada en la norma de garantizar la seguridad de las personas que se encuentran en el local , como en la más genérica de contribuir y colaborar en el plan específico de prevención de riesgos laborales frente al COVID 19. Por ello, el TSJ C. Valenciana entiende que la función encomendada tiene en pleno encaje en las funciones legales, convencionales y contractuales atribuidas a los vigilantes de seguridad.

En relación con el riesgo que conlleva la realización de esta función, el TSJ C. Valenciana señala que la empresa ha elaborado un protocolo tendente a evitar los posibles contagios, y a formar y concienciar a los vigilantes. Además ha dotado a los vigilantes de equipos de protección adecuados y protocolos de actuación que eviten el contacto directo y permitan mantener las distancias de seguridad con el sujeto examinado mediante la utilización de un aparato de medición sin contacto. Por lo tanto, se acredita que existe una valoración del riesgo inherente a la actividad encomendada con la correspondiente adopción de las medidas preventivas tendentes a neutralizar el riesgo previamente identificado.

En atención a estas circunstancias, el TSJ C. Valencia desestima la demanda.

### **13. Extinción de la IT por incomparecencia al reconocimiento médico: ¿qué requisitos deben cumplir las notificaciones?**

STSUD 8-6-20

#### **Resumen**

El TS declara que la incomparecencia a un reconocimiento médico, al que ha sido citado mediante un burofax que no pudo ser entregado por el servicio de Correos, que dejó el correspondiente aviso, no es causa de extinción de la prestación de IT si no se ha notificado también mediante su publicación en el BOE.

#### **Desarrollo**

La trabajadora, que presta servicios para una empresa que tiene cubiertos los riesgos profesionales con una Mutua, sufre un accidente de tráfico y causa baja médica por accidente no laboral. Durante la IT la trabajadora es citada por la Mutua para varios reconocimientos médicos acudiendo a los mismos. Con posterioridad, mutua le remite un burofax citándole a otro reconocimiento médico, que no pudo ser entregado por el servicio de correos dejando aviso. Ante su incomparecencia, la Mutua remite otro burofax requiriéndola para que el plazo máximo de 10 días hábiles justifique la incomparecencia. Este burofax tampoco fue entregado dejando aviso por el servicio de correos. Trascurrido el citado plazo sin justificación, acuerda la extinción de la IT.

Disconforme, la trabajadora reclama e interpone demanda de Seguridad Social contra el acuerdo de la Mutua de extinción de la prestación de IT por incomparecencia a una de las visitas de control realizadas por los servicios médicos de la Mutua; y solicitando el abono de la prestación del IT hasta la fecha del alta médica. Se estima la demanda

que se confirma en suplicación por lo que la mutua interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TSJ.

La cuestión que se plantea versa acerca de la extinción o no de la prestación de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada de la beneficiaria al reconocimiento médico que le había notificado mediante burofax con acuse de recibo no retirado, y no seguido de publicación oficial.

Para la resolución del debate el TS recuerda que la LGSS establece que el derecho al subsidio por IT se extingue por la incomparecencia injustificada a los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos. Asimismo, señala que la citación debe comunicarse al trabajador con una antelación mínima de 4 días hábiles y que si la incomparecencia no se justifica en los 10 días hábiles siguientes, se procede a la extinción del derecho al subsidio. Asimismo, señala que los sujetos no obligados a ser notificados en forma telemática en la sede electrónica de la Seguridad Social que no hubiesen optado por dicha forma de notificación, serán notificados en el domicilio que expresamente hubiesen indicado para cada procedimiento. Cuando las notificaciones no hayan podido realizarse en la sede electrónica de la Seguridad Social o en el domicilio del interesado se practicarán exclusivamente por medio de un anuncio publicado en el BOE. En el mismo sentido la LPAC señala que la Agencia Estatal del BOE pondrá a disposición de las diversas Administraciones Públicas un sistema automatizado de remisión y gestión telemática para la publicación de los anuncios de notificación en el BOE.

En cuanto que el supuesto enjuiciado la vía de notificación elegida ha sido el burofax, por lo que el TS entiende que esta elección debe aparejar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa que lo regula (Reglamento de Servicios postales), según la cual cuando no se encuentre al destinatario en su domicilio, se le dejará aviso haciendo constar la identificación del remitente y que tiene un mes para retirar el envío de las oficinas de Correos. En cuanto que en la fecha en la que la Mutua colaboradora lleva a cabo la segunda de sus comunicaciones, igualmente por burofax, todavía no se habría agotado el intento ni los plazos previstos en aquél para que la afectada recogiese la comunicación objeto de aviso, no podría achacarse a ésta la falta de diligencia debida en su actuación, máxime cuando había acudido de manera puntual a los anteriores reconocimientos.

No obstante, para el TS, considera que, tal y como ha declaró en su jurisprudencia anterior (TS 9-5-19, rcud 3427/2017; TS 12-1-17, EDJ 12893; TS 12-1-14, rcud 2433/2015), cuando falla la notificación domiciliaria o, cuando intentada la notificación, no se hubiese podido practicar debe exigirse la citación a través del BOE. Esa conclusión es una consecuencia tanto de lo dispuesto en la LGSS como de la LPAC. El cumplimiento de este requisito debe exigirse en aras de una mayor garantía jurídica de la trabajadora afectada, por cuando el acuerdo de la Mutua colaboradora disponiendo la extinción de la prestación económica de IT le resulta claramente perjudicial. Además, la utilización de esta vía no supone mayor demora en la

tramitación o mayor carga para quien gestiona la prestación, pues existe un tratamiento específico en el seno del BOE para estos procedimientos, dotado de mayor celeridad -lo que permite su adecuación a las exigencias inherentes a la mecánica de la incapacidad temporal-, y gratuidad.

Por todo ello concluye que el incumplimiento por la Mutua del trámite diseñado por el legislador supuso que la beneficiaria de la prestación no estuviese adecuadamente citada, razón por la que su incomparecencia no puede calificarse de injustificada. Esto supone que se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina conformando la sentencia impugnada.

## **14. Las lesiones derivadas de un parto se consideran accidente no laboral**

STSUD 2-7-20

### **Resumen**

El TS, aplicando la perspectiva de género, considera que la incapacidad permanente absoluta reconocida a una mujer por las lesiones sufridas con ocasión de un parto debe considerarse derivada de accidente no laboral y no de enfermedad común.

### **Desarrollo**

Debido a las lesiones sufridas con ocasión de un parto, la trabajadora es declarada en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión equivalente al 100% de la base reguladora de 565,63 €/mes. La mujer discrepa de la base reguladora por entender que las lesiones derivan de un accidente no laboral y que, por lo tanto, debe fijarse en 979,54 €/mes. Por ello presenta demanda sobre determinación de contingencia.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la incapacidad permanente absoluta reconocida como consecuencia de las complicaciones y lesiones sufridas en el parto deriva de enfermedad común o, por el contrario, de accidente no laboral.

El TSJ Valladolid, revocando la sentencia de instancia, considera que la contingencia debe ser calificada de enfermedad común. Para alcanzar esta conclusión parte de la consideración de que el accidente no laboral se caracteriza porque se produce por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, que no obedece a una acción súbita y violenta. Aunque entiende que en el caso analizado se produjo un elemento súbito y violento (desgarro obstétrico de IV grado) y no un deterioro psico-físico progresivo, considera que el acontecimiento no puede calificarse de externo, en el sentido de

ajeno a la propia persona, por lo que rechaza que la incapacidad derive de accidente no laboral.

El TS discrepa de la calificación del TSJ Valladolid en base a las siguientes consideraciones:

1. Lo sucedido en el parto encaja mal con el concepto de enfermedad, que supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, sino que se asemeja más a la acción súbita y violenta inherente al concepto de accidente.
2. El embarazo y el parto no son, en sí mismos, ninguna enfermedad, lo que dificulta aún más incluir lo sucedido en el parto en la noción de enfermedad. Tampoco el parto puede asimilarse fácilmente a cualquier otra intervención hospitalaria.
3. El embarazo es un elemento diferencial que incide de forma exclusiva sobre las mujeres, lo que obliga a aplicar el criterio de interpretación de la perspectiva de género. Lo sucedido en el parto difícilmente encaja en el concepto de enfermedad, ajustándose con mayor naturalidad al concepto de accidente. Pero, por si la expresión de acción externa pudiera generar alguna duda, como lo ocurrido en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer, la perspectiva de género refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, pues sólo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en que se acuda a la atención sanitaria. De ahí que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la Entidad Gestora, conduzca a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva.

En atención a estas consideraciones, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y declara derivada de accidente no laboral la incapacidad permanente absoluta reconocida a la trabajadora.

## **15. Empresa multiservicios sin convenio propio: ¿qué convenio se aplica?**

STS 11-6-20

### **Resumen**

El TS declara que, ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicios, las relaciones laborales deben regularse por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores. El TS considera que este criterio es más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto.

## Desarrollo

La empresa tiene por objeto social el desempeño de diversas actividades, entre ellas, prestación de servicios de hostelería y alimentación a entidades públicas y privadas, el cuidado, promoción, asistencia, rehabilitación, inserción social y todo tipo de tratamiento a personas de la tercera edad, que padezcan enfermedades, o discapacidad mediante la gestión de residencias.

En ningún momento consta la actividad preponderante en la empresa. Como consecuencia de una subrogación, pasa a prestar los servicios de alimentación, comedor y cafetería en dos residencias.

Tanto la empresa como la anterior adjudicataria aplicaban a sus trabajadores el convenio de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que era el mismo que aplicaba la anterior adjudicataria.

En cuanto que la actividad desempeñada por los trabajadores consiste en la elaboración y distribución de los menús tanto para los usuarios como para los trabajadores de los centros, la representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare que el convenio colectivo aplicable es el de restauración colectiva.

El TSJ estima la demanda al considerar que la actividad que desarrollaban los trabajadores de la empresa multiservicios en las citadas residencias encaja de lleno en el ámbito funcional del convenio cuya aplicación se reclamaba, cuyas retribuciones eran superiores a las del convenio que se venía aplicando. Disconforme, la representación de la empresa presenta recurso de casación ante el TS.

La cuestión que se debate consiste en determinar cuál debe ser el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de una empresa multiservicios que desarrolla diversas actividades cuando no existe una actividad preponderante y tampoco tiene convenio propio.

Para la resolución del recurso, el TS parte de considerar que al no existir una actividad preponderante y ser la única contratada por la empresa cliente la de alimentación y comedor, que solo está regida por el convenio de restauración, se ha de determinar si se aplica el convenio de la actividad desarrollada por los trabajadores o convenio sectorial de aplicación en la empresa cliente; y no entre el convenio de la actividad preponderante y el de la actividad desarrollada por el trabajador.

El TS resuelve que, ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicios, las relaciones laborales deben quedar reguladas por el convenio sectorial que comprenda en su ámbito funcional la actividad desarrollada por los trabajadores. Esto supone que sus condiciones laborales se determinen en función de

la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores.

En consecuencia concluye que el criterio para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en cuando en el supuesto enjuiciado la actividad prestada es una sola. Además, esta solución atiende a lo que dispone el convenio de referencia y, además, no afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

Además, esta doctrina ha sido la seguida por la sala en su jurisprudencia anterior al establecer que los trabajadores afectados deben regirse por el convenio sectorial que corresponda a la actividad subcontratada (TS 22-2-19, EDJ 519506). Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la sentencia dictada por el TSJ.

## **16. Tiempo empleado en justificar ausencias y solicitar cambios de turno: ¿es parte de la jornada de trabajo?**

AN 24-6-20

### **Resumen**

El tiempo empleado en remitir solicitudes (permisos, vacaciones, cambios de turnos...) a través de una aplicación informática no puede considerarse tiempo de trabajo. Asimismo, la AN considera que la aplicación no vulnera la normativa de protección de datos.

### **Desarrollo**

La empresa, perteneciente al sector de contact center, comunica a los trabajadores el lanzamiento de una aplicación que tiene como fin servir de herramienta para enviar determinadas solicitudes, entre ellas, las de cambio de turno y de banda horaria, permisos por lactancia, no retribuido, petición de festivos, libranzas, reclamaciones de nóminas. No obstante la comunicación de las bajas laborales sigue realizándose de forma presencial.

La representación sindical impugna esta decisión entre otros motivos por considerar que la medida puede vulnerar la normativa de protección de datos, ya que no existe posibilidad de enviar la documentación y sus anexos de forma encriptada, teniendo en cuenta que alguno de los datos a transmitir tiene además una especial protección (relativos a la salud de las personas trabajadoras y sus familiares o los relativos al embarazo o la lactancia). Además, considera que, en cuanto el procedimiento para cumplimentar las solicitudes es complejo y no siempre se puede llevar a cabo desde el puesto de trabajo vulnera el derecho al descanso de los trabajadores que se ven compelidos a justificar las ausencias bien en las pausas PVD reguladas en el Convenio sectorial, bien en su tiempo libre y desde sus domicilios. En consecuencia, interponen demanda de conflicto colectivo ante la sala de lo social de la AN.

Respecto de la vulneración de la normativa de protección de datos, la AN recuerda, aplicando su jurisprudencia anterior, que cuando el supuesto acto de tratamiento de datos se produce en el marco de una relación contractual, como es el contrato de trabajo, su licitud está supeditada a que el mismo sea necesario para la ejecución del mismo. En el supuesto enjuiciado, todas las solicitudes tramitadas a través de la plataforma se refieren a datos necesarios para el normal desenvolvimiento de una relación contractual en el marco del contact center. Además, las bajas se siguen realizando de forma presencial.

Respecto a si el tiempo dedicado a cumplimentar las solicitudes mediante la plataforma informática, vulnera el derecho al descanso de los trabajadores por no poder ejecutarse durante el horario de trabajo, la AN considera que la respuesta debe ser negativa. Recuerda que según la jurisprudencia del TS la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio o tal, o como se establece en el ET art.34.5, el tiempo en que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo. Esta jurisprudencia es acorde con la normativa comunitaria (Dir 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo) que define el tiempo de trabajo como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones y, por oposición, como todo período que no sea tiempo de trabajo; y también con la interpretación del TJUE que califica como tiempo de trabajo cualquiera que se destine a estar a disposición del empresario, sin tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada durante el mismo (TJUE 3-10-00 asunto SIMAP; 9-9-03, asunto Jaeger; 1-12-05, asunto Dellas, entre otras).

En el supuesto enjuiciado no puede considerarse que un trabajador en el momento de justificar una ausencia, o de formular una solicitud al empleador se encuentre efectivamente prestando servicios, por estar a disposición del empleador. Además no se ha acreditado que sea necesario más tiempo para tramitar las solicitudes, sino más bien todo lo contrario, pues el actual sistema simplifica los trámites del anterior

Por todo ello, se desestima de la demanda planteada por la representación de los trabajadores.

## **17. El TCo considera discriminatorio reducir el descanso retribuido tras una guardia a una médico con reducción de jornada por guarda legal**

STCo 2-7-2020, Rec 500/19

### **Resumen**

El TCo considera que vulnera el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo la asignación, a una médico con reducción de jornada por guarda legal, de unos periodos de descanso retribuido tras cada guardia diferentes a los de sus compañeros médicos con jornada completa.

### **Desarrollo**

Una médico del servicio de urgencias de un hospital venía realizando una jornada ordinaria de 1.523 horas anuales de trabajo (7 horas al día) y otra complementaria de 44 guardias al año de 10 horas de duración cada una. Cada guardia generaba un descanso de 24 horas al día siguiente (saliente de guardia), y a efectos retributivos se tomaban 7 de esas horas como de trabajo efectivo.

La médico solicitó la reducción de jornada para el cuidado de hijos en un 33% en términos anuales, de tal forma que las horas trabajadas por cada jornada y cada guardia no sufrieron reducción alguna. En aplicación de esta reducción, la empleadora procedió a reducirle, en la misma proporción, el número de horas de su jornada ordinaria (que pasó de 1.523 a 1.020,41 horas), el número de guardias médicas obligatorias (que pasó de 44 a 30), así como el número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia (reduciéndolo de 7 a 4,69 horas). La médico considera que la reducción del descanso retribuido por cada guardia -que fue avalada por el TSJ Málaga- produce una diferencia de trato injustificada entre trabajadores a tiempo completo y trabajadoras con jornada reducida, así como una discriminación indirecta por razón de sexo por lo que presenta recurso de amparo ante el TCo.

El Tribunal considera que no existe una justificación razonable que legitime la diferencia de trato recibido. La reducción tanto de la jornada ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (cuidado de los hijos), cuyo ejercicio no puede generar un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: de 10 horas. Aunque la médico recurrente realiza menos guardias fruto de la reducción para el cuidado de los hijos, las que sí realiza (las 30 guardias), las lleva a cabo, al igual que el resto de sus compañeros, a jornada completa de 10 horas. Por tanto, ante una

misma situación (guardias de 10 horas), que generan el derecho a un descanso retribuido de 7 horas, no puede la empleadora asignarle otro de 4,69 horas so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar.

También puede apreciarse una discriminación indirecta por razón de sexo porque el método de cálculo usado por la empleadora para asignar los períodos de descanso retribuidos por cada saliente de guardia ha provocado en la médico un perjuicio efectivo y constatable que ha generado un trato peyorativo en sus condiciones de trabajo fruto del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos. Y aunque este método de cálculo es formalmente neutro, ha perjudicado a un número mayor de mujeres que de hombres, pues la demanda de amparo formulada por la médico forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes son mujeres médicas.

En atención a estas circunstancias, el TCo estima el recurso de amparo y, declarando vulnerado el derecho de la médico a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, retrotrae las actuaciones al momento anterior al del dictado de la sentencia del juzgado de lo social a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

## **18. Baja por ansiedad derivada de una acusación de abuso sexual: ¿puede calificarse como accidente laboral?**

STSJ Sevilla 27-02-20

### **Resumen**

El TSJ Sevilla declara que la IT por trastorno de ansiedad derivada de una denuncia por acoso sexual interpuesta por una compañera de trabajo tiene carácter laboral. Revoca la sentencia del juzgado de lo social que aplicó la presunción de culpabilidad por la incoación de un proceso penal, más aún cuando finalmente la sentencia fue absolutoria.

### **Desarrollo**

El trabajador, que presta servicios como enfermero para un servicio de salud, es acusado por una de sus compañeras de trabajo de un delito de abusos sexuales (tocamientos en el quirófano mientras movilizaba a un paciente) producidos durante la jornada laboral. Como consecuencia de estos hechos se le incoa un expediente

disciplinario por presunto acoso sexual. Dicho expediente queda suspendido tras denuncia penal que supone el inicio del correspondiente proceso penal.

El trabajador inicia un proceso de IT con diagnóstico de trastorno de ansiedad. En cuanto que considera que su origen es laboral, presenta ante el INSS una solicitud dirigida a la determinación como profesional de la contingencia causante de la IT. El INSS resuelve declarando el carácter común de la contingencia, al considerar acreditado que las lesiones deriven de accidente de trabajo. El trabajador interpone demanda ante el juzgado de lo social que, al entender que el trabajador demandante es presuntamente responsable de los hechos de acoso denunciados por su mera imputación en el proceso penal y no considerar acreditado el ambiente de hostilidad en el trabajo, desestima la demanda. En definitiva, no aprecia la relación de causalidad entre el daño psíquico y la prestación laboral por lo que desestima la demandada. Disconforme el trabajador interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

Para resolver la cuestión el TSJ parte de considerar que el proceso de IT controvertido tiene por causa un síndrome de ansiedad reactivo consecuencia de un suceso acaecido en el trabajo, por entender que fue estigmatizado en su lugar de trabajo con motivo de la denuncia de una compañera sobre acoso sexual, motivadora de la incoación de un procedimiento penal que en el momento de dictarse la sentencia aquí recurrida aún no había sido resuelto. A diferencia de en el juzgado de los social, el TSJ considera que el mero hecho de estar incoado un proceso penal por delito leve no puede suponer una presunción de culpabilidad en el actor en relación con los hechos acaecidos, ya que ello supondría atentar contra el derecho a la presunción de inocencia en el ámbito penal, ya que se está efectuando automática y directamente una atribución presunta de culpabilidad cuando aún ni siquiera se ha practicado prueba alguna en el proceso penal correspondiente. Tras no haber admitido la prejudicialidad penal, el juzgado de lo social debió haber realizado en el ámbito laboral un juicio sobre la culpabilidad, lo que era relevante a efectos de aplicar la LGSS art. 156.4 b), que excluye de la calificación de AT a los causados por dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

Considera el TSJ que esta argumentación del Juzgado de instancia hubiera debido suponer la nulidad de la sentencia para que el juzgador analizase la cuestión debatida sin aplicar dicha presunción de culpabilidad por la mera existencia de un proceso penal, pero dado que durante la tramitación del recurso ha sido dictada sentencia absolutoria del trabajador, quedando excluidos de los hechos la intencionalidad denunciada por su compañera, procede a conocer y a valorar la prueba y las circunstancias existentes en el presente procedimiento. Es por ello que concluye que, una vez firme sentencia que excluye la responsabilidad del trabajador razonando que los hechos no fueron constitutivos de abuso, agresión o acoso laboral y que considera que lo que existió fue más bien una incorrecta interpretación de su compañera de trabajos y, además, se ha acreditado la existencia de un trastorno psíquico por ansiedad que puede relacionarse directamente con la situación vivida por el

demandante tras una acusación de este tipo, lo cual es perfectamente verosímil, y sujeto a la lógica, el proceso de IT deriva de AT.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la sentencia dictada por el juzgado de lo social.

## **19. Más bonificaciones para trabajadores fijos discontinuos en actividades turísticas**

RDL 25/2020, BOE 6-7-20

### **Resumen**

Se amplía a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre la bonificación a la prolongación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística.

### **Desarrollo**

El RDL 25/2020 establece bonificaciones a las empresas encuadradas en los sectores del turismo, así como los del comercio y hostelería vinculadas al sector del turismo, que reúnan los siguientes requisitos:

- que generen actividad productiva en los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2020;
- que inicien o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores fijos discontinuos.

La cuantía de la bonificación en esos meses es del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y FP de dichos trabajadores.

La TGSS va a aplicar estas bonificaciones a instancia de la empresa, que debe realizar, con carácter previo, las siguientes actuaciones:

- Comunicar la identificación de los trabajadores.
- Presentar, a través del Sistema RED, una declaración responsable sobre su vinculación al sector del turismo respecto de cada CCC y mes de devengo. Esta presentación se debe realizar antes de solicitar el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al período de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dichas declaraciones.

Estas bonificaciones, son de aplicación en todo el territorio nacional. Son compatibles con las exenciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social, sin que el importe resultante de aplicar ambos beneficios pueda superar el 100% la cuota empresarial que hubiera correspondido ingresar.

## **20. Modificaciones en el Ingreso Mínimo Vital**

RDL 25/2020, BOE 6-7-20

### **Resumen**

Se modifica la cesión de datos en la gestión del IMV para posibilitar que el INSS facilite a las CCAA y a las entidades locales la información necesaria para el reconocimiento y control de las prestaciones que son de su competencia y, también, les comunique las resoluciones relativas a las prestaciones del IMV. También se habilita la transmisión de información entre el INSS y las Haciendas Forales en idénticos términos que los previstos en relación con la AEAT.

### **Desarrollo**

Con vigencia desde el 7-6-2020 se modifica el RDL 20/2020 sobre el Ingresos Mínimo Vital para con relación a las siguientes cuestiones:

1. Se establece la obligación del INSS de comunicar, sin necesidad de recabar el consentimiento del titular de los datos personales, las resoluciones de las prestaciones de ingreso mínimo vital a las CCAA y entidades locales. La finalidad es facilitarles la información estrictamente necesaria para el reconocimiento y control de las prestaciones competencia de dichas administraciones. También deben comunicar las resoluciones de las prestaciones del ingreso mínimo vital a los órganos competentes de la AGE, de las CCAA y, en su caso, a las corporaciones locales, para la realización de aquellas actividades que, en el marco de la colaboración y cooperación, deban realizar dichas administraciones, en materia de gestión y control del ingreso mínimo vital que corresponde al INSS.
2. Se habilita la transmisión de información entre el INSS y las Haciendas Forales en idénticos términos que los previstos en relación con la AEAT, lo que resulta necesario para la aplicación de la citada disposición transitoria en los territorios forales.

## **21. Impago de cuotas a la SS. La crisis empresarial no constituye fuerza mayor que lo legitime**

STS 22-5-20

### **Resumen**

Los problemas económicos de la empresa, por extraordinarios que sean, no constituyen una circunstancia de fuerza mayor que exculpe de la responsabilidad administrativa de ingresar las cuotas de Seguridad Social. Por ello, el TS confirma la sanción de 159.992,53 € impuesta a una empresa por no ingresar en tiempo y forma las cuotas de Seguridad Social durante 4 años por importe de casi 200.000 €.

### **Desarrollo**

Mediante resolución del Consejo de Ministros de 5-7-2019, se impone a la empresa una sanción de 159.992,53 € como consecuencia del acta de infracción extendida por la ITSS por no ingresar en tiempo y forma las cuotas Seguridad Social en el periodo de junio de 2014 a noviembre de 2018 que, en cómputo global, ascendían a 199.965,67 euros. La empresa impugna la resolución solicitando su anulación. Alega que la crisis severa, desde el 2009 y hasta el 2014, hizo que la empresa redujera su nivel de ventas de forma drástica, lo que justifica que no pudiera hacer frente al pago de las cuotas a la Seguridad Social.

El TS, rechaza en primer lugar la excepción de falta de competencia formulada por el Abogado del estado. El TS viene entendiendo en esta materia que si el acta de infracción no va acompañada de un acta de liquidación de cuotas, la competencia es del orden social. En el caso analizado lo que se impugna no es una actuación administrativa recaída en procedimiento de liquidación de cuotas, sino en procedimiento sancionador, como consecuencia de un acta de infracción, que ha finalizado en una sanción. El supuesto no tiene encaje, por lo tanto, en art.3 f) LRJS que excluye de conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social las actas de liquidación y de infracción, conjuntas o con tramitación simultánea, sino en la regla general de atribución competencial al orden social del art.2 del mismo texto legal.

En relación con el fondo del asunto, el TS recuerda que la falta de ingreso, en la forma y plazos reglamentarios, de las cuotas de Seguridad Social constituye una infracción grave salvo que concurra una de las siguientes circunstancias: que la falta de ingreso obedezca a una declaración concursal de la empresa, a un supuesto de fuerza mayor, o que se haya solicitado aplazamiento antes de la actuación inspectora y no se haya denegado (LISOS art.22.3). La empresa no cuestiona la calificación de la conducta sino que la misma está incurso en la excepción justificativa del impago, que vendría dada por la declaración de concurso o la existencia de fuerza mayor.

El TS rechaza que la difícil situación económica que pueda presentar la empresa sea subsumible en el concepto de fuerza mayor como causa exculpatoria. La regulación de la infracción grave por esta causa, en su redacción original, incluía como causa exculpatoria la situación extraordinaria de la empresa. Posteriormente, la L 13/2012 la sustituyó por la fuerza mayor descartando, de este modo, que los problemas económicos de la empresa, por extraordinarios que sean, tengan cabida como circunstancias exculpatorias de responsabilidad administrativa.

Por otro lado, la empresa ha ignorado el uso de instrumentos tendentes a dar salida jurídica a la alegada crisis, manteniendo conscientemente el endeudamiento. Y es que podría atribuirse una conducta negligente a la empresa que justifica el incumplimiento en su situación económica pero no insta el concurso de acreedores en base a la misma situación. Aunque instó el inicio de conversaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, ello no constituye la solicitud de declaración de concurso. Tampoco solicitó un aplazamiento en las cuotas de Seguridad Social que pudiera justificar el incumplimiento de la obligación.

Por ello, el TS desestima la demanda y confirma la sanción impuesta.

## **22. Mejora de las condiciones de trabajo en el sector marítimo pesquero**

RD 618/2020, BOE 2-7-20

### **Resumen**

Mediante esta norma se incluyen una serie de medidas que mejoran la protección laboral de los pescadores en los buques españoles y regulan las condiciones de habitabilidad en el desempeño de su trabajo y los protocolos de seguridad y asistencia. Entre estas medidas, se incluye la obligación de formalizar el contrato de trabajo por escrito y de informar a la persona trabajadora sobre los aspectos esenciales de su contrato. Con esta norma finaliza la transposición de la Directiva (UE) 2017/159.

### **Desarrollo**

Este Real Decreto tiene por objeto la mejora de las condiciones de trabajo en el sector marítimo pesquero. Con esta normativa, vigente desde el 3-7-2020, se culmina la transposición de la Directiva (UE) 2017/159, tras el acuerdo de los interlocutores sociales del sector pesquero. La aprobación de este real decreto es, además, un paso previo para la ratificación del Convenio 188 de la OIT sobre el trabajo en la pesca.

La disposiciones de esta norma se aplican a todos los pescadores que trabajen en cualquier puesto sujetos a una relación laboral en cualquier buque pesquero

abanderado en España o registrado bajo la plena jurisdicción española dedicado a la realización de operaciones de pesca comercial, así como a los empresarios o armadores que reciban la prestación de servicios de los anteriores. No obstante, las medidas incluidas destinadas a garantizar la protección de la seguridad y la salud en general, también se aplican a los pescadores trabajadores autónomos o por cuenta propia presentes en el mismo buque.

Entre las medidas incluidas en la norma se establece el derecho de los pescadores a bordo de buques de pesca que enarboleden pabellón español a ser repatriados a su país de residencia cuando el buque se encuentre en un puerto extranjero, en determinados supuestos de suspensión o extinción del contrato. Salvo en los supuestos de despido disciplinario declarado procedente, el coste de la repatriación recaerá sobre el armador. Asimismo, para asegurar esta obligación se obliga al armador a constituir un seguro o garantía financiera (art.4)

También se establecen obligaciones de suministrar los alimentos adecuados y agua potable de calidad (art.5); se regula el alojamiento o a bordo de los buques pesqueros, señalando que deben tener tamaño y calidad suficientes y estar equipados de forma apropiada (art.6).

La norma también incluye las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los alojamientos de determinados buques de pesca (art.7 y anexo) y medidas de protección de la salud y atención médica, especialmente en los casos de desembarco en puerto extranjero. (art.8).

La norma también modifica el RD 1561/1995 para prohibir el trabajo nocturno de los trabajadores menores de 18 años en el trabajo a bordo de los buques de pesca (entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana). Hasta ahora solo se contemplaba esta prohibición en los buques de marina mercante.

Asimismo, se inserta un nuevo capítulo II en el RD 1659/1998, sobre información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. Este nuevo capítulo I se refiere a las «Disposiciones aplicables al trabajo en la pesca», y añade los artículos 8, 9 y 10. Con relación a los trabajadores incluidas en el sector marítimo pesquero, se establece lo siguiente:

- a) El contrato de los pescadores se debe formalizar siempre el contrato por escrito.
- b) El pescador puede solicitar asesoramiento legal en el momento de proceder a la firma del contrato, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma con asesoramiento legal, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad.
- c) El contrato de los pescadores debe llevarse a bordo y estar a su disposición y de las autoridades interesadas que lo soliciten. Esta obligación no se aplica a los contratos de trabajo a bordo los buques pesqueros de hasta 24 metros de eslora, salvo si han de entrar en puerto extranjero.

- d) El armador deberá facilitar al pescador un ejemplar del contrato de trabajo firmado.
- e) Se regula el contenido mínimo del contrato de trabajo de los pescadores. Entre otros, se incluyen los datos de identificación de las partes y el número de registro del buque; el viaje o los viajes que se vayan a emprender, si esto puede determinarse en el momento de celebrar el acuerdo; la fecha de inicio y la cuantía de salario y la categoría o grupo profesional que desempeñe el pescador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo; las jornadas y los periodos de descanso, las vacaciones, los víveres; la cobertura sanitaria y de Seguridad Social, y las condiciones de terminación del contrato de trabajo y las condiciones correpondientes.
- f) El modelo de contrato de trabajo, que debe recoger el anterior contenido, debe ser el puesto a disposición por el SEPE y debe redactarse en tanto en español como en inglés.

Por último se señala que el incumplimiento de las anteriores normas está sometida al régimen de responsabilidades previstas en la LISOS, en la Ley de Puertos del Estado (RD 2/2011 Tit.V) y de la Ley de Pesca Marítima del Estado (L 3/2001 Tit V).

## **23. ¿Es causa de despido usar el móvil de la empresa durante la baja?**

STSJ Galicia 27-4-20

### **Resumen**

El TSJ Galicia confirma la procedencia de un despido por el uso habitual durante la situación de IT del móvil de empresa, la tablet y el dispositivo de telepeaje puestos a disposición del trabajador. Considera que estos hechos constituyen un abuso de confianza, dado que un protocolo de la empresa impedía su uso para cuestiones ajenas al trabajo. No impide la procedencia del despido que el perjuicio económico sea escaso o nulo.

### **Desarrollo**

El trabajador prestó servicios para la empresa hasta su despido por causas disciplinarias. Para el desarrollo de su puesto de trabajo, y para todos los que implican desplazamientos y trato por clientes, la empresa pone a disposición de los trabajadores un móvil, una tablet y un vehículo equipado con un dispositivo para facilitar el pago automático en las autopistas.

En la carta despido la empresa alega que aunque el trabajador ha permanecido en situación de IT como consecuencia de varios procesos consecutivos y casi ininterrumpidos desde el 24-10-17 hasta el momento de su despido (durante más de 12 meses), ha venido utilizando tablet, móvil y el dispositivo para el acceso a los peajes de las autopistas para fines exclusivamente personales, aunque se trata de medios puestos a su disposición para fines exclusivamente laborales.

La empresa considera que estos hechos son constitutivos de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza ya que suponen una apropiación indirecta de fondos para uso personal. Califica los hechos como una falta muy grave y despide disciplinariamente al trabajador. La empresa cuenta con un protocolo de utilización de dispositivos electrónicos, móviles y recursos informáticos firmado por los representantes de los trabajadores, en el que prohíbe el uso de cualquier dispositivo fuera de horario de trabajo salvo autorización expresa de la empresa.

El trabajador sostiene que las llamadas telefónicas y el uso de la tableta apenas han supuesto un coste a la empresa, puesto que dispone de tarifa plana para ambos dispositivos. Además, señala que no se puede concluir que las conexiones sean ajenas a la actividad laboral.

Por último, en relación al uso del dispositivo de telepeaje, indica que a pesar del cargo que aparece en las facturas (93,50 euros), él actuó de buena fe, ya que lo guardó en su vehículo particular y por eso se cargó involuntariamente el coste de los peajes. Además, señala que desconocía que no pudiera emplear los dispositivos referidos fuera del tiempo de trabajo. Por todo ello, interpone demanda contra el despido, pues dada la escasa entidad de los perjuicios no puede apreciarse transgresión de la buena fe contractual. Desestimada la demanda presenta recurso de suplicación del TSJ Galicia.

El TSJ considera que se ha acreditado tanto el uso del móvil, como de la tableta, como del dispositivo de telepeaje facilitados por la empresa de modo reiterado y fuera del tiempo de trabajo, desvinculados de tal actividad laboral hasta el punto de que tales conductas se desarrollaron estando en situación de incapacidad temporal. Además, tal conducta se desarrolló abusando de la confianza depositada en la parte actora por la empresa, en tanto que le entregó tales dispositivos y le mantuvo en posesión de los mismos durante el período de IT. Respecto de la transgresión de la buena fe contractual el TSJ, aplicando su doctrina, para que exista esta causa de despido resulta irrelevante que no existan perjuicios o que estos sean de escasa cuantía, ya que lo que se califica es si la actitud del trabajadores sancionable.

Respecto de la gravedad de la conducta, el TSJ considera que se trata de conductas repetidas y generalizadas. Realizadas además en un período de falta de prestación de servicios y en relación a los diversos dispositivos entregados por la empresa. Además, el protocolo instaurado en la empresa es claro y rotundo en relación a los usos no permitidos. Por otro lado, el trabajador dado el desempeño laboral que le corresponde como comercial -por tanto, realizando su actividad sin el control directo por parte del

empleador- recibe un amplio margen de confianza por parte de la empresa, que ha sido defraudada con una conducta continuada.

También se alega la existencia de la prescripción de los hechos imputados. Con relación a esta cuestión, el TSJ considera que se trata de una falta continuada de uso indebido para fines privados no permitidos por la empresa de los diversos dispositivos puestos a disposición del trabajador por la empresa, existiendo actos realizados en el mes de octubre de 2018. Además, hasta el momento en el que la empresa le solicitó la devolución de los dispositivos, cabe entender que existió una ocultación de su conducta por el trabajador que deriva, por tanto: de la custodia de los dispositivos por el propio trabajador; del hecho de que la empresa no le retirase los dispositivos durante el período de IT; pero también del hecho de que el trabajador retirase del vehículo de la empresa el dispositivo de telepeaje pasando a depositar el mismo, como también reconoce, en su vehículo particular.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la procedencia del despido.

