

newsletter



TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

JURÍDICO - LABORAL · Marzo 2021

#03

newsletter

JURÍDICO - LABORAL · Marzo 2021

#03

Santiago Blanes Mompó
Socio Área Laboral



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

INDICE

1. Publicado el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos	5
2. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales: ¿procede en caso de improcedencia del despido?.....	6
3. Publicada la L 2/2021: medidas para la prevención del Covid-19.....	8
4. Plus de quebranto de moneda: ¿debe ser proporcional a la duración de la jornada?.....	9
5. ¿Tiene derecho a la prestación por desempleo quien se adscribe voluntariamente a un ERTE?	11
6. No vulnera el derecho a la igualdad denegar un permiso por el fallecimiento de parientes de la pareja de hecho.....	12
7. Huelga: la empresa no puede imponer unilateralmente los servicios mínimos	13
8. Contratas y subcontratas. ¿Evita el certificado negativo de la TGSS la responsabilidad solidaria de la empresa principal?	14
9. Acoso laboral. La reiteración de conductas no determina por sí misma la existencia del delito	16
10. ¿Qué convenio se aplica a los trabajadores de la empresa subcontratada?	17
11. ¿Se puede embargar la indemnización por extinción de contrato?	19
12. El TJUE vuelve a pronunciarse sobre las guardias en régimen de disponibilidad no presencial.....	19
13. COVID-19: Prórroga de la moratoria concursal.....	21
14. La empresa debe informar de los pactos de horas complementarias a la representación de los trabajadores	23
15. Jubilación anticipada por cese involuntario en el trabajo. La lista de causas de acceso es cerrada.....	24
16. Nuevo procedimiento de acreditación de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral	26

17. El TS confirma que la empresa no puede geolocalizar a los trabajadores a través de su móvil personal.....	27
18. Excedencia por cuidado de familiares. ¿Se puede solicitar para atender a hijos mayores de 3 años?	28
19. Nueva regulación del registro electrónico de apoderamiento de la Seguridad Social ..	29
20. ¿Puede la empresa abonar las pagas extras prorrateadas?.....	30
21. Entra en vigor la obligación de disponer de un plan de igualdad para las empresas de más de 100 trabajadores.....	31
22. Contratos de interinidad: ¿con qué categoría se contrata al sustituto?	32
23. ¿Es tiempo de trabajo el desplazamiento entre la entrada al recinto empresarial y el puesto de trabajo?	33

1. Publicado el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos

RD 203/2021, BOE 31-3-2021

Resumen

Con vigencia desde el 2-4-2021, se ha publicado el Reglamento que regula el funcionamiento del sector público por medios electrónicos tanto en las relaciones entre administraciones, como de estas con los ciudadanos y las empresas. No obstante, las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y desempleo seguirán rigiéndose por su normativa específica.

Desarrollo

Mediante el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, se ha aprobado el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. El nuevo Reglamento tiene por objeto el desarrollo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en lo referido a la actuación y el funcionamiento electrónico del sector público.

La nueva norma deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en este real decreto y, en concreto, el RD 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Su objetivo es mejorar la eficiencia administrativa, incrementar la transparencia y la participación, garantizar servicios digitales fácilmente utilizables y mejorar la seguridad jurídica. La norma consta de 65 artículos distribuidos en cuatro títulos, diez disposiciones adicionales y un anexo de definiciones.

Respecto su aplicación al ámbito de la Seguridad Social, el RD 203/2021 disp. adic. 10ª establece que, de acuerdo con lo dispuesto en la LPAC disp.adic.1ª, los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta y o regulen trámites adicionales o distintos se deben regirse por lo dispuesto en su leyes especiales y supletoriamente por lo dispuesto en la LPAC. Entre ellos señala expresamente a las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y desempleo.

Su entrada en vigor está prevista para el día 2-4-2021.

2. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales: ¿procede en caso de improcedencia del despido?

STCo 15-3-21

Resumen

El TCo declara que, cuando se produce una vulneración de los derechos fundamentales y, aunque el despido se declare improcedente y no nulo, el órgano judicial está obligado a pronunciarse sobre la indemnización por daños y perjuicios. La falta de pronunciamiento vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Desarrollo

La trabajadora venía prestando servicios para una empresa tecnológica que, tras la tramitación de un expediente disciplinario, le comunica su despido por causas disciplinarias al atribuírsele diversos incumplimientos. Al haber detectado una falta de rendimiento, la empresa había monitorizado su equipo informático, con el fin de determinar en que empleaba su jornada laboral y más particularmente, cuál era su ocupación y si esta era lo suficientemente completa como para no poder dedicar parte de su jornada laboral a las funciones encomendadas.

La empresa comprueba que la trabajadora tan solo dedicaba un 30% de su jornada a labores profesionales, empleado el resto a cuestiones personales o a no realizar labor alguna.

La trabajadora presenta demanda de despido. El juzgado de lo social declara su nulidad por entender que con la monitorización del ordenador se han vulnerado los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Considera que la monitorización no estaba justificada y que se verificó en condiciones desproporcionadas, pues el objetivo perseguido por la empresa podía haberse alcanzado por otras vías menos invasivas. En consecuencia, condena a la empresa a la readmisión y al abono de una indemnización por daños y perjuicios consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales. En suplicación se estima el recurso parcialmente y se declara el despido improcedente, que no nulo, dejando sin efecto la indemnización a la que había sido condenada la empresa. En cuanto que no se admite el recurso de casación para la unificación de doctrina, la trabajadora interpone recurso de amparo ante el TCo.

El objeto del recurso de amparo es por una parte determinar si la interpretación que el TSJ hace del ET art.55.5, calificando el despido como improcedente pese a haber sido declarado nula la prueba de monitorización del equipo de la trabajadora vulnera el derecho de tutela judicial efectiva (Const art.24) en relación con el derecho a la intimidad (Const.art.18.1) y el secreto de las comunicaciones (Const. art. 18.3) y por otra, determinar si al dejar sin efecto la indemnización por daños y perjuicios ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El TCo recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva (Const art. 24.1) comprende el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho, imponiéndoles tanto la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas como que esta tenga contenido jurídico y no resulte arbitraria.

Asimismo, recuerda que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, por plausible que ésta resulte, no convierte un razonamiento judicial en arbitrario ni, por tanto, obliga al TCo a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer.

En el supuesto enjuiciado, la sentencia impugnada distingue aquellos supuestos en que la decisión extintiva vulnera un derecho fundamental -en cuyo caso necesariamente procede la declaración de nulidad del despido-, de aquellos otros en que el despido no ha ocasionado dicha vulneración, al haberse derivado ésta del proceso de obtención de pruebas, por lo que podrá ser calificado como procedente o no, en función de que existan pruebas desconectadas de la obtenida con violación de derechos fundamentales y libertades públicas (LRJS art. 90.2).

Para el TCo, esta distinción no merece ser calificada de arbitraria o de manifiestamente irrazonable. Además, señala que, a falta de una decisión del TS, esta doctrina ha sido compartida por otros tribunales superiores de justicia. En consecuencia, concluye que no puede apreciarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Considera que la solución adoptada por la resolución impugnada desvinculando la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de la calificación del despido, tiene anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico, sin que pueda ser calificada de arbitraria o manifiestamente irrazonable.

Aunque el TCo señala que existen otras interpretaciones posibles, declara que no se trata de una tercera instancia a la que le corresponda decidir cuál de esas interpretaciones es la correcta, pues en tal caso se estaría efectuando un control de mera legalidad, rectificando la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE, excediéndonos del objeto propio del amparo, que es determinar si en ese ejercicio se ha violado o no alguna garantía constitucional.

En definitiva, la argumentación de la sentencia impugnada que desvincula la calificación del despido de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, no puede ser tildada de arbitraria o manifiestamente irrazonable.

Respecto de la falta de pronunciamiento sobre la indemnización, el TCo recuerda que la LRJS art. 183.1 establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, dependiendo no de la calificación del despido, sino del hecho de haber sufrido una discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

Por ello, considera que al desestimar la fijación de cualquier indemnización, con la argumentación de que no se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales, el TSJ lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. Para el TCo, este argumento resulta incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce, que se vulneraron los derechos de la trabajadora al monitorizar su ordenador.

En consecuencia, el TCo anula la sentencia dictada por el TSJ y acuerda la retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de la citada resolución para que, en congruencia con lo interesado en el recurso de suplicación en relación con la indemnización solicitada por la demandante, el órgano judicial resuelva de manera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Nota. La sentencia cuenta con el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer. Entiende que no se trata de un simple problema de interpretación de la legalidad ordinaria, sino que tiene un alcance constitucional innegable, que habría requerido la aplicación del canon reforzado que tiene establecido este Tribunal para supuestos similares a éste. Señala el voto que, de acuerdo con dicho canon, la respuesta a la pretensión de la actora debería haber sido estimatoria, pues el despido se produce a partir de una patente y grave vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, ya que su empresa monitorizó su ordenador para controlar su rendimiento laboral, sin informarle previamente de ello, y, a partir de esa actuación, procedió a su despido disciplinario.

3. Publicada la L 2/2021: medidas para la prevención del Covid-19

L 2/2021, BOE 30-3-21

Resumen

Con vigencia desde el 31-3-2021 se ha publicado la L 2/2021, resultado de la tramitación como proyecto de Ley del RDL 21/2020, por el que se establecieron las medidas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableciendo las bases que regirían en la nueva normalidad. La Ley incluye medidas aplicables a los centros de trabajo.

Desarrollo

Con vigencia desde el 31-3-2021 se ha publicado la L 2/2021 resultado de la tramitación como proyecto de Ley del RDL 21/2020, por el que se establecieron las medidas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableciendo las bases que regirían en la nueva normalidad. Se mantiene la obligatoriedad del uso de mascarillas en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, así como en los medios de transporte, en cualquier caso y aunque pueda mantenerse la distancia del 1,5m.

Con carácter general, la L 2/2021 reproduce la regulación del RDL de procedencia incluyendo medidas en diferentes ámbitos (establecimientos sanitarios, centros docentes, servicios sociales, hoteles y hostelería...). Como ya se estableció en el RDL 21/2020, en el ámbito laboral y sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de PRL y del resto de la normativa laboral, la empresa (a través del titular de la actividad o el director del centro o establecimiento) debe adoptar las siguientes medidas:

- Adoptar medidas de 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.

- Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos.
- Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los 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 entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores EPIs adecuados al nivel de riesgo.
- Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia.
- Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

Por su parte, los trabajadores, no deben acudir a su centro de trabajo en caso de presentar síntomas compatibles con la enfermedad o estén en aislamiento domiciliario o en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19. En caso de tener síntomas compatibles con la enfermedad, debe contactarse de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la CCAA o centro de salud correspondiente y, en su caso, con el correspondiente servicio de prevención de riesgos laborales. De manera inmediata, el trabajador debe colocarse una mascarilla y abandonar su puesto de trabajo hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario.

El incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en este RDL que constituyan infracciones administrativas en salud pública se sancionan por Ley General de Salud Pública (L 33/2011 tit.IV).

La competencia tanto para la vigilancia, inspección y control del cumplimiento de las medidas, como para la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores le corresponde a los órganos competentes del Estado, de las CCAA y de las entidades locales según sus respectivas competencias.

4. Plus de quebranto de moneda: ¿debe ser proporcional a la duración de la jornada?

SAN 19-2-21

Resumen

La AN declara el derecho de los trabajadores a percibir el importe del concepto no salarial del quebranto de moneda sin reducción alguna en función de la jornada realizada. Su carácter indemnizatorio obliga a que este plus sea abonado en cuantía íntegra, y considera discriminatorio el que su cuantía sea reducida en proporción a la reducción del salario.

Desarrollo

El convenio colectivo de entidades de crédito regula un plus por quebranto de moneda para el personal que efectúe pagos y cobros en ventanilla y soporte a su propio riesgo y cuenta las diferencias económicas por errores en su labor. La entidad bancaria interpreta que dicho plus debe ser percibido en función de la jornada realizada. Por el contrario, la representación legal de los trabajadores considera que se trata de un concepto indemnizatorio que compensa el riesgo de trabajo y por tanto no se puede efectuar una reducción proporcional del quebranto de moneda. Por ello, interpone demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la AN. Solicita que se declare el derecho de quienes realicen funciones de pagos y cobros a percibir el importe del concepto no salarial del quebranto de moneda en su totalidad, sin que se practique reducción alguna en función de la jornada realizada.

Para resolver la cuestión, la AN recuerda que la doctrina del TS ha interpretado que el quebranto de moneda, no es una contraprestación económica al trabajo realizado. Se trata de un concepto no salarial que se identifica como verdadera indemnización. Por tanto, en cuanto que no tiene la consideración legal de salario, debe incluirse en su importe íntegro. Aunque es cierto que el mayor tiempo de trabajo puede provocar más exposición al riesgo, su importe no está configurado en atención al tiempo de exposición, sino al manejo de moneda que es la tarea encomendada, no pudiendo entenderse que ello se vinculó al tiempo de trabajo, ni por ende calificable como prestación divisible.

Por el contrario, en el supuesto enjuiciado el quebranto de moneda se abona de modo proporcional al tiempo en caja, y ello es contrario a la doctrina jurisprudencial. Aunque es cierto que el mayor tiempo de trabajo puede provocar más exposición al riesgo, su importe no se configura en atención al tiempo de exposición, sino al manejo de moneda, por tener que llevar la expedición y cobranza, no pudiendo entenderse que ello se vincule al tiempo de trabajo, ni por ende pueda ser calificable como prestación divisible.

Considera, además, que esta reducción en proporción a reducción de salario ataca tanto lo dispuesto en el convenio colectivo, como las condiciones de igualdad que deben regir las condiciones laborales de los trabajadores que se hallan a tiempo parcial, en relación con los que se hayan a tiempo completo, al no resultar aplicable la regla prorrata temporis, atendiendo a la propia naturaleza no divisible del concepto en liza.

Por todo ello, se estima la demanda y se declara el carácter extrasalarial plus de quebranto de moneda, por lo que debe abonarse en cuantía íntegra, sin que la empresa se haya acreditado que su naturaleza sea salarial.

5. ¿Tiene derecho a la prestación por desempleo quien se adscribe voluntariamente a un ERTE?

STSUD 23-2-21

Resumen

Quien se adscribe voluntariamente a la suspensión del contrato al amparo de un ERTE se considera en situación legal de desempleo, por lo que tiene derecho a la prestación. No puede considerarse que la falta de trabajo se deba a su propia y exclusiva voluntad puesto que la causa real suspensiva es la existencia de causas económicas que sirvieron de base al acuerdo de ERTE.

Desarrollo

El SEPE deniega la prestación por desempleo a una trabajadora que se adscribió voluntariamente a la suspensión de su contrato en virtud del ERTE acordado en la empresa, pese a la existencia de una cláusula que impedía que pudieran quedar afectados quienes, como la trabajadora, hubieran sido incluidos en un ERTE anterior salvo que existieran razones organizativas excepcionales. El SEPE considera que la trabajadora no se encontraba en situación legal de desempleo ya que la falta de trabajo se debió a su propia y exclusiva voluntad.

Frente a la estimación de la demanda presentada por la trabajadora tanto en primera instancia como en suplicación, recurre el SEPE en casación para la unificación de doctrina.

Para el TS no cabe duda de que en el caso analizado concurrió la situación legal de desempleo, puesto que se suspendió temporalmente la relación laboral de la trabajadora en el marco de un ERTE por causas económicas. El hecho de que la trabajadora comunicara su intención de acogerse a la suspensión del contrato, pese a la existencia de la cláusula acordada en el marco del ERTE, no permite afirmar que se suspendiera su contrato por su propia y exclusiva voluntad, puesto que la causa real suspensiva fue la existencia de causas económicas, que sirvieron de base al acuerdo alcanzado en el expediente de regulación de empleo.

El objetivo de la cláusula era evitar que los trabajadores que ya habían sido incluidos en un ERTE, quedaran incluidos en uno nuevo. Pero este acuerdo tuitivo de los trabajadores no puede conducir a que si es la trabajadora quien solicita su inclusión en el ERTE, se vea privada de la prestación de desempleo durante el período en que su contrato estuvo suspendido y no percibió salario.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y reconoce el derecho de la trabajadora a la prestación por desempleo.

6. No vulnera el derecho a la igualdad denegar un permiso por el fallecimiento de parientes de la pareja de hecho

SAN 15-2-21

Resumen

No vulnera el principio de igualdad denegar el permiso retribuido recogido en el convenio colectivo para el caso de fallecimiento, enfermedad o accidente grave de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad cuando el sujeto causante es familiar de la pareja de hecho. El matrimonio y la pareja de hecho son realidades jurídicas distintas, lo que justifica un trato jurídico desigual.

Desarrollo

Un sindicato plantea demanda de conflicto colectivo planteando la cuestión relativa a interpretar la expresión “parientes por afinidad” que emplea el convenio colectivo para referirse a las personas causantes del permiso retribuido por fallecimiento, enfermedad o accidente grave de parientes hasta el segundo grado. Mientras la empresa entiende que se refiere a los parientes del cónyuge, los sindicatos consideran que debe extenderse a los parientes de la pareja de hecho, pues de lo contrario quedaría vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (Const art.14).

La AN considera que la aplicación del principio «in claris non fit interpretatio» obliga a rechazar la interpretación del sindicato demandante. El convenio colectivo reconoce el permiso por fallecimiento de parientes de primer grado de consanguinidad o afinidad y por accidente o enfermedad graves de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.

La norma es clara al no equiparar a los parientes del cónyuge con los parientes de la pareja de hecho. Y es que el significado de «parientes por afinidad», según la RAE, es el «parentesco que, por el matrimonio, se establece entre cada cónyuge y los parientes del otro». Por lo tanto, si se hubiera querido incluir a los parientes de las parejas de hecho se tenía que haber recogido expresamente.

Esta interpretación en modo alguno vulnera el principio de igualdad (Const art. 14), ni puede merecer reproche legal alguno puesto que tampoco la regulación legal del permiso (ET art.37.3. b) equipara al cónyuge con la pareja de hecho, pese a haber sido redactado por la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por otro lado, es criterio constante del TCo el considerar que la diferencia de trato legislativo entre las personas unidas en matrimonio y quienes conviven maritalmente de hecho, sin que nada les impida contraer matrimonio, es compatible con el principio de igualdad (TCo 66/1994; 184/1990). El matrimonio es una institución constitucionalmente protegida (Const art. 32) mientras que las uniones de hecho no. No son, por lo tanto, instituciones equivalentes, de donde resulta que el establecimiento por la norma de diferencias entre ambas instituciones no es per se contrario al derecho a la igualdad ante la ley (TCo auto 8/2019).

Por ello, la AN desestima la pretensión y considera que los permisos retribuidos se podrán disfrutar si el que genera el hecho causante es pariente del cónyuge, pero no si el que lo genera es pariente de la pareja de hecho, sin que resulte vulnerador del principio de igualdad ni de trato discriminatorio.

7. Huelga: la empresa no puede imponer unilateralmente los servicios mínimos

STS 9-2-21

Resumen

El TS declara que cuando una empresa impone unilateralmente servicios mínimos sin recabar la intervención de la autoridad gubernativa, vulnera el ejercicio del derecho de huelga. Apreciada la vulneración, se condena a la empresa a indemnizar a la representación de los trabajadores.

Desarrollo

La representación legal de los trabajadores de la empresa, dedicada a la actividad de mantenimiento ferroviario y que dispone de tres centros de trabajo y unos servicios de atención territorial para atender las averías ocasionadas mientras las unidades están en circulación, convoca para todos sus centros de trabajo una jornada de huelga total y dos de paros parciales.

La empresa notifica al comité de empresa que los servicios mínimos fijados para las diferentes jornadas obligarán a prestar servicios al 37%, al 35% y al 33% en los diferentes centros de trabajo y al 55% para los servicios de atención territorial.

Para la representación de los trabajadores, se ha producido un ejercicio abusivo de la empresa en la fijación de los servicios mínimos, que, al haberlos impuesto unilateralmente, ha vulnerado su derecho a la huelga. Por ello, interpone demanda de tutela de derechos fundamentales solicitando que se declare vulnerado el derecho y se condene a la empresa al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios. El TSJ estima la demanda y la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión a resolver consiste en determinar si es conforme a derecho la actuación de una empresa que consiste en imponer unilateralmente los servicios mínimos en cada uno de sus centros de trabajo, y en su caso, si los impuestos son abusivos.

El TS recuerda que la Const. art.28.2 reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, estableciendo que cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios (RDL 17/1977 art.10). Por tanto, considera que la intervención de la autoridad gubernativa es preceptiva, insoslayable y constitutiva de los requisitos de validez para la imposición de servicios mínimos que impidan a un determinado número de trabajadores su participación en la huelga.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina constitucional, al otorgar a la autoridad gubernativa, en cuanto que dotada de imparcialidad respecto de las partes del conflicto, un papel irrenunciable, puesto que cuando se trata de limitar o privar el ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, esa decisión solo puede ser adoptada por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno. No pudiendo dejar la fijación de los servicios mínimos en manos de los sujetos privados. No obstante, señala que, una vez concretados por

la autoridad competente, nada impide que la puesta en práctica de los servicios mínimos se delegue a los órganos de dirección y gestión de la entidad afectada.

En consecuencia, el TS concluye que la empresa carece de la facultad de imponer unilateralmente cualquier clase de servicio mínimo, por mucho que su actividad pudiese estar vinculada a la prestación de servicios públicos de carácter esencial. Esta decisión es abusiva, ilícita, y nula de pleno derecho, por haberse adoptado sin que haber mediado una resolución de la autoridad gubernativa

Respecto de la fijación de la indemnización, el TS considera aplicable la LISOS art.8.10, que tipifica como falta muy grave los actos del empresario lesivos del derecho de huelga. El TS dadas las circunstancias, confirma que la cuantía de la indemnización debe establecerse en 6.001 euros.

Por todo lo expuesto, se desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia, con imposición de las costas a la empresa y a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

8. Contratas y subcontratas. ¿Evita el certificado negativo de la TGSS la responsabilidad solidaria de la empresa principal?

STS cont-adm 3-2-21

Resumen

El TS declara que, salvo que atendiendo a las circunstancias concurrentes, se considere que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información sobre las deudas del contratista o subcontratista coincidentes con la realidad, los certificados negativos no impiden la aplicación de la responsabilidad solidaria a la empresa principal respecto de las deudas generadas vigente la contrata.

Desarrollo

Una empresa propietaria de un hotel contrata a otra empresa para ejecutar las obras de reforma en el establecimiento, que a su vez, como empresa principal, subcontrata parte de la ejecución de la obra con otra empresa.

En el momento de la firma del contrato, la empresa subcontratista aporta una certificación negativa de deudas con la Seguridad Social (exigida por el ET art.42.1), comprometiéndose a estar al corriente del pago de las cuotas, acreditando este hecho con la presentación de la certificación negativa y con el justificante acreditativo de estar al corriente en el pago de cuotas de la Seguridad Social (TC2).

El 25-5-2015, el 12-8-2015, el 7-9-2015 y el 9-10-2025, se presentaron certificados emitidos por la TGSS en la que se indicaba que la empresa se encontraba al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social y no tenía pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la SS.

No obstante, en estas certificaciones se señalaba que estas no afectaban a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación al respecto.

No obstante, la empresa subcontratista genera deudas con la Seguridad Social entre el 1-8- y el 20-10-2015 y la ITSS levanta actas de liquidación declarando la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el pago de las deudas.

La empresa principal que entiende que las certificaciones presentadas tienen eficacia liberatoria, presenta demanda que es desestimada en primera instancia y estimada en apelación.

La TGSS interpone recurso de casación en interés de ley para la formación de jurisprudencia.

La cuestión que debe resolverse consiste en determinar el alcance del liberatorio sobre las deudas contraídas con la Seguridad Social de los certificados de descubiertos emitidos en el marco de una subcontrata (ET art.42) y si la eficacia liberatoria, en su caso, alcanza además de a las deudas anteriores a la subcontrata a las generadas durante la vigencia de la subcontrata.

El TS recuerda que, en caso de subcontrata de obras o servicios, el empresario principal debe comprobar que los contratistas se encuentran al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, recabando por escrito certificación negativa de descubiertos emitido por la TGSS, que debe emitirla en el plazo 30 días improrrogables, transcurrido el cual, el empresario queda exonerado de responsabilidad, respecto de las deudas anteriores a la contrata. También señala que, respecto de las deudas contraídas durante la ejecución de la misma, el empresario principal responde solidariamente durante tres años de las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas (ET art.42.1 y 2).

Por otra parte para resolver la cuestión el TS recuerda que esta cuestión ha sido resuelta por su jurisprudencia aunque refiriéndose a un supuesto de sucesión de empresa, que, no obstante, considera de aplicación, al considerar que lo que en ella se interpreta es el efecto liberatorio de las certificaciones negativas y por tanto interpreta lo siguiente:

- a) El ET art.42.1 ET no permite atribuir responsabilidad solidaria al empresario principal por las deudas del contratista o subcontratista anteriores a su contratación o subcontratación.
- b) Respecto de los descubiertos en que incurra el contratista o subcontratista durante la ejecución de la contrata, el TS considera que, con carácter general, la emisión de certificados negativos por la TGSS no exonera al empresario principal de responsabilidad solidaria salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista.

En el supuesto enjuiciado lo adeudado por la empresa contratista se refiere a un periodo (del 1-8-2015 al 23-10-2015) en el que, por razón de las fechas de las certificaciones negativas, la última de 9-10-2015, la TGSS no podía certificar la existencia de deudas pendientes y apremiadas respecto de septiembre y octubre.

Y respecto del mes de agosto, la proximidad de la finalización del periodo de pago voluntario atendiendo al momento de solicitar la certificación y emitirse evidencian la imposibilidad de dar fe de que en ese momento hubiese una deuda ya reclamable, luego de emitir un certificado positivo.

Por todo ello, se estima el recurso, casando y anulando la sentencia dictada en el recurso de apelación y confirmando la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo.

9. Acoso laboral. La reiteración de conductas no determina por sí misma la existencia del delito

STS penal 21-1-21

Resumen

La gravedad, exigida como elemento adicional del delito de acoso, no puede estar basada exclusivamente en la reiteración, sino que exige un plus frente al acoso que, por sí mismo, implica repetición o acumulación de conductas o de actos.

Desarrollo

Mediante sentencia firme dictada en el Orden Social se declaran derivados de accidente de trabajo los períodos en que la trabajadora estuvo en situación de IT al considerar que responden al conflicto laboral mantenido con su superior jerárquico.

La trabajadora interpone contra este querrela por delito de acoso laboral que resuelve la AP de Santander absolviéndole de la acusación por faltar un elemento del tipo penal: la gravedad del acoso. La trabajadora recurre en casación argumentando que cuando hay reiteración y persistencia de actos de hostigamiento u hostilidad, no puede negarse la gravedad.

La cuestión planteada consiste en determinar si el acoso sufrido por la trabajadora reúne el requisito de gravedad exigido para ser considerado constitutivo de delito.

El tipo penal de acoso laboral está recogido en el art.173.1. 2º del CP, sancionando con la pena de prisión de seis meses a dos años a los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. de la lectura del precepto, el TS extrae los siguientes elementos del delito de acoso laboral:

1. Realizar contra otros actos hostiles o humillantes, sin llegar a constituir trato degradante.
2. Que tales actos sean realizados de forma reiterada.
3. Que se ejecuten en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional.
4. Que el sujeto activo se prevalga de su relación de superioridad.
5. Que los actos tengan la caracterización de graves.

En el caso analizado el TS aprecia la existencia de todos estos elementos excepto la gravedad del acoso. No es que no exista acoso sino que el acoso no reviste la gravedad que exige el CP. Fundamenta su apreciación en los siguientes argumentos:

- No se trata de una conducta sistemática o continuada (diaria o semanal) sino que se manifiesta en determinadas ocasiones.
- Las actuaciones no tienen graves efectos laborales para la trabajadora.
- Subyace en el asunto un importante conflicto interpersonal por distintos modos de enfocar el trabajo que ha dado lugar a que la trabajadora evite todo contacto verbal directo con su superior jerárquico, lo que supone una situación que dificulta las relaciones entre dos personas que deben trabajar juntas cotidianamente.

- Aunque los problemas laborales han causado a la trabajadora problemas de índole psíquico no cabe atribuirlos exclusivamente a su superior, sino que han concurrido por una situación conflictiva con todos sus compañeros.

No cabe afirmar, por lo tanto, que se cumpla el requisito típico relativo al grave acoso sufrido por la demandante puesto que los actos han confluído con un tormentoso ambiente laboral en que se han interrelacionado diversas causas y que han incidido de manera importante en las consecuencias que esta situación conlleva para la demandante. La reiteración de conductas no determina por sí misma la gravedad, aunque entre los factores que deben ponderarse para catalogar de grave un acoso ocupa un lugar importante el hecho de la mayor o menor repetición y la mecánica sistemática, metódica y perseverante de los actos de acoso, circunstancias que no se dan en el caso analizado pues los actos se espacian durante largos períodos.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación absolviendo al querellado de todas las acusaciones.

10. ¿Qué convenio se aplica a los trabajadores de la empresa subcontratada?

STSUD 12-2-21

Resumen

El TS declara que, aunque una actividad constituya parte de su núcleo central de actividad, puede ser lícitamente subcontratada siempre que no constituya una cesión ilícita de trabajadores. Por ello, el convenio aplicable a la empresa contratista o subcontratista no es el aplicable a la empresa principal, salvo que la negociación colectiva establezca otra cosa.

Desarrollo

La empresa, una cadena hotelera, ha externalizado en otra empresa la gestión, supervisión y control del servicio de limpieza de las habitaciones. Una de las trabajadoras, que había sido elegida representante de los trabajadores, es despedida.

El juzgado declara la nulidad de su despido y que el convenio colectivo aplicable en las consecuencias de la nulidad era el de hostelería de la provincia de Sevilla y su categoría la de camarera de pisos. La empresa presenta recurso de suplicación solicitando que se declare que el convenio colectivo aplicable es el de limpieza de la provincia de Sevilla y que su categoría la de limpiadora. Al ser desestimado, presenta recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por tanto, la cuestión que se plantea consiste en determinar, es si, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora, el convenio colectivo aplicable debe ser el de limpieza o el de hostelería.

EL TS recuerda que tanto el ET como la Const. regulan la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo. Y recuerda que la legislación vigente (ET art.42) no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la principal y tampoco a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de la principal.

No obstante, señala que, en ocasiones, la negociación colectiva ha establecido la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas en los supuestos en los que empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad.

En cuanto que en el supuesto enjuiciado la obligación de equiparación de las condiciones salariales no existía en el momento de los hechos enjuiciados- que sí se ha establecido con posterioridad-, el TS concluye que el convenio colectivo aplicable es el de limpieza y no el de hostelería. En efecto, señala el TS que, aunque la actividad contratada por la cadena hotelera -limpieza de habitaciones- constituye parte de su núcleo central de actividad, puede ser lícitamente subcontratada siempre que no se ocurra en una cesión ilícita de trabajadores, por lo que el convenio aplicable a la empresa contratista o subcontratista no es el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista.

Asimismo, el TS considera que, el acuerdo de hostelería cuya aplicación pretende la trabajadora solo incluye entre su ámbito de aplicación las empresas que realizan actividades de hospedaje o alojamiento de clientes, y no es esta la actividad que realiza la empresa contratista o subcontratista, que es la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina departamento de pisos.

Por todo ello, el TS estima el recurso casando y anulando la sentencia del TSJ declarando que el convenio colectivo aplicable a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador derivado de las consecuencias derivadas de la nulidad del despido es el de limpieza.

NOTA. Voto particular de la magistrada Rosa Virolés, que considera que el resultado de la externalización de los servicios de limpieza y mantenimiento de habitaciones, en el que se encuentran las denominadas camareras de pisos, servicio prestado mayoritariamente por mujeres, no es otro que un beneficio económico empresarial a costa de una rebaja en los salarios de las personas trabajadoras. La magistrada, aplicando también la perspectiva de género, considera que al caso concreto debió de aplicarse el convenio colectivo de hostelería y no el de limpieza. Lo contrario vulnera el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra, y aboca al colectivo externalizado a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social.

11. ¿Se puede embargar la indemnización por extinción de contrato?

DGT CV 30-10-20

Resumen

La indemnización por rescisión del contrato de trabajo no tiene la consideración de salario por lo que puede ser objeto de embargo.

Desarrollo

Se plantea ante la Dirección General de Tributos la consulta relativa a si se debe efectuar el embargo sobre la indemnización por extinción de contrato de trabajo.

En su contestación, la DGT recuerda que:

- los límites de embargabilidad (LEC art.607) son aplicables a los ingresos siempre que tengan la consideración de sueldos, salarios y pensiones, debiendo remitirse a la normativa laboral para su determinación (LGT art.7.2).
- tienen consideración de salario, la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena. No tienen la consideración de salario, entre otras, las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones (ET art.26).
- los límites de embargabilidad se aplican exclusivamente a las percepciones que tengan la consideración de salario de acuerdo con ET art.26 (en este sentido, DGT 27-7-10 V1730-10; 28-11-11 V2803-11 y 9-4-19 V0765-19).

En base a lo anterior, la DGT responde, con efectos vinculantes, que la indemnización por rescisión del contrato no tiene la consideración de salario, y por lo tanto no se beneficia de los límites recogidos en LEC art.607.

12. El TJUE vuelve a pronunciarse sobre las guardias en régimen de disponibilidad no presencial

STJUE 9-3-21, C-344/19

STJUE 9-3-21, C-580/19

Resumen

El TJUE interpreta el derecho de la UE en el sentido de que un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial solo constituye, en su totalidad, tiempo de trabajo, cuando las limitaciones impuestas al trabajador afectan de manera considerable a su capacidad para administrar su tiempo libre durante ese período.

Desarrollo

Se plantean ante el TJUE dos asuntos sobre la interpretación de la Dir 2003/88/CE sobre ordenación de tiempo de trabajo, al considerar si los periodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo deben o no considerarse tiempo de trabajo.

En el asunto C-344/19, un técnico especializado se encargaba de garantizar el funcionamiento, durante varios días consecutivos, de centros de transmisión de televisión situados en una montaña en Eslovenia. El trabajador prestaba, además de 12 horas de trabajo ordinario, guardia de 6 horas diarias en régimen de disponibilidad no presencial.

Durante los periodos de guardia, el trabajador no estaba obligado a permanecer en el centro de transmisión en cuestión, pero debía estar localizable por teléfono y, en caso de necesidad, poder presentarse en dicho centro en el plazo de 1 hora.

Señala el TJUE que la situación geográfica de los centros de transmisión, difícilmente accesibles, en la práctica, obligaba al trabajador a permanecer en estos centros durante sus servicios de guardia, disponiendo, a tal efecto, de un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario, sin grandes posibilidades en lo que a las actividades de ocio de refiere.

En el asunto C-580/19, un funcionario desempeñaba funciones de bombero en la ciudad de Offenbach del Meno (Alemania). Entre sus funciones, el trabajador debía efectuar regularmente periodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial. Durante estos periodos de guardia no estaba obligado a estar presente en un lugar determinado, pero debía estar localizable y poder llegar, en caso de aviso, al término municipal de dicha ciudad en 20 minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio que se hallaba a su disposición.

En ambos supuestos los trabajadores consideran que debido a las limitaciones impuestas, los periodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial debían considerarse íntegramente tiempo de trabajo y ser retribuidos como tales, con independencia de que hubieran realizado o no un trabajo concreto durante esos periodos.

Ante la negativa empresarial de considerar estos periodos como tiempo de trabajo, reclaman ante el órgano jurisdiccional nacional, alemán y esloveno respectivamente, que presenten las correspondientes cuestiones prejudiciales ante el TJUE. En particular, cuestiona si en aplicación de la Dir 2003/88, los periodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial deben calificarse como tiempo de trabajo o, por el contrario, de período de descanso ya que ambos conceptos se excluyen mutuamente.

El TJUE recuerda que el período durante el cual el trabajador no lleva a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un «período de descanso». Señala que su jurisprudencia ha establecido que un período de guardia debe calificarse automáticamente de tiempo de trabajo cuando el trabajador debe permanecer, durante ese período, en su lugar de trabajo, distinto de su domicilio, y mantenerse a disposición de su empresario. Por esta razón ha entendido, que los periodos de guardia, incluidos aquellos que se realizan en régimen de disponibilidad no presencial, están comprendidos también, en su integridad, en el concepto de tiempo de trabajo cuando las limitaciones impuestas al trabajador durante esos periodos afectan de manera considerable y objetiva a su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. Por el contrario, si no existen esas limitaciones, solo debe considerarse tiempo de trabajo el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante tales periodos.

Para el TJUE, comprobar si un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial debe calificarse o no como tiempo de trabajo corresponde a los tribunales nacionales y no tiene carácter automático. No obstante, considera que se deben tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

- El carácter razonable del plazo de que dispone el trabajador para retomar sus actividades profesionales a partir del momento en que su empresario solicita su intervención, lo que, por regla general, implica que ha de presentarse en su lugar de trabajo.
- Las demás limitaciones impuestas al trabajador –como la obligación de tener consigo un equipamiento específico cuando deba presentarse en su lugar de trabajo–, como las facilidades que se le conceden, como por ejemplo, es la puesta a disposición de un vehículo de servicio que permita hacer uso de excepciones a las normas de tráfico de aplicación general.
- La frecuencia media de las intervenciones realizadas por un trabajador durante sus períodos de guardia, siempre que esta pueda estimarse de manera objetiva.

Respecto del modo de retribución de los trabajadores por los períodos de guardia, el TJUE señala que no se rige por la directiva de ordenación del tiempo de trabajo (Dir 2003/88), por lo que no se opone a una normativa nacional, un convenio colectivo o una decisión de un empresario que, a efectos de su retribución, trate de forma distinta los períodos durante los cuales se efectúan realmente prestaciones de trabajo y aquellos durante los cuales no se lleva a cabo ningún trabajo efectivo, aun cuando dichos períodos deban considerarse como tiempo de trabajo. Respecto de los períodos de guardia no calificados como tales, tampoco se opone a la directiva que se abone una cantidad destinada a compensar los inconvenientes que le causen dichos períodos.

Asimismo, el TJUE recuerda que el hecho de que un período de guardia que no se califique como tiempo de trabajo no afecta en las obligaciones específicas que incumben a los empresarios, ya que no pueden establecer períodos de guardia que, por su duración o frecuencia, puedan constituir un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos períodos se califiquen de «períodos de descanso», en el sentido de la Directiva.

13. COVID-19: Prórroga de la moratoria concursal

RDL 5/2021, BOE 12-3-21

Resumen

Con vigencia a partir del 12-3-2021 se han aprobado ayudas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia. Entre las medidas incluidas se amplía hasta el 31-12-2021 la moratoria concursal establecida previamente hasta el 14-3-2021.

Desarrollo

Con vigencia desde el 12-3-2020 se ha publicado el RDL 5/2021 de e medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial. Entre las medidas incluidas, se modifica la L 3/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Las modificaciones incluidas por la norma en este ámbito son las siguientes:

- a) Se amplía hasta 31-12-2021 la exención del deber del deudor que se encuentre en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso y la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que presenten los acreedores (moratoria concursal).
- b) Se aclara que el cómputo del plazo de dos meses del que dispone el deudor para solicitar la declaración de concurso voluntario se inicia a partir de la fecha de finalización del plazo de suspensión del citado deber.
- c) Se adoptan medidas tendentes a facilitar y fomentar que las empresas, profesionales y autónomos que se encuentren en dificultades para cumplir con un convenio, un acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación homologado, puedan presentar una modificación del mismo. A estos efectos:
 - Se aplaza el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél, siempre que el deudor presente una propuesta de modificación del convenio y ésta se admita a trámite dentro de un determinado plazo.
 - Se facilita la modificación del convenio, del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación homologado.
 - Se permite que hasta el 31-12-2021, el deudor presente una modificación del acuerdo en vigor o presente uno nuevo, sin necesidad de que transcurra un año desde la homologación del mismo. Posibilidad de renegociar ya vigente para todos aquellos acuerdos homologados hasta el 14-3-2021 cualquiera que hubiese sido la fecha de su homologación.
 - Si el acreedor presenta una solicitud de declaración de incumplimiento de acuerdo de refinanciación, de convenio o de acuerdo extrajudicial de pagos, se prevé su inadmisión a trámite, dándose un plazo para la renegociación de un nuevo acuerdo o convenio. Este régimen se aplica para nuevas empresas, profesionales y autónomos, desde el 12-3-2021 hasta el 30-9-2021 Durante este plazo, los juzgados deben inadmitir a trámite las declaraciones de incumplimiento presentadas por los acreedores durante el este período, con la finalidad de que se produzca la renegociación.
- d) Se establecen normas la tramitación preferente de determinadas actuaciones para:
 - La protección de los derechos de los trabajadores.
 - Mantener la continuidad de la empresa.
 - Conservar el valor de bienes y derechos.
- e) Se simplifican las subastas de bienes, para facilitar el funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia.

- f) También se flexibilizan los incidentes de reintegración de la masa activa para facilitar el cierre de la fase común y el modo de enajenación de la masa activa en la fase de liquidación. La finalidad es evitar que los bienes pierdan su valor por el retraso en la tramitación del concurso y de facilitar la satisfacción de sus créditos a los acreedores, evitando, en la medida de lo posible, insolvencias derivadas.

14. La empresa debe informar de los pactos de horas complementarias a la representación de los trabajadores

STS 16-2-21

Resumen

El TS considera que la empresa también debe facilitar a los representantes legales de los trabajadores información y copia de los pactos de horas complementarias que se materializan entre empresa y trabajadores a tiempo parcial, una vez formalizado y vigente el contrato de trabajo. En cuanto que un nuevo pacto de horas complementarias cambia el contrato inicial mudando alguna de sus características; por tanto, el convenio obliga, también, a la entrega de la copia del pacto de horas complementarias que se produce con posterioridad al contrato.

Desarrollo

Tras un requerimiento de la ITSS, la empresa, que cuenta con centros de trabajo en varias CCAA, comienza a remitir a la RLT las horas complementarias realizadas por los trabajadores a tiempo parcial. Al tal efecto, les remite un informe en el que aparece el nombre del trabajador, el número de horas complementarias, el tipo de contrato de trabajo y si las horas complementarias son voluntarias o pactadas. La RLT considera que la empresa también debe remitir los acuerdos de horas complementarias cuando estos son posteriores a la celebración del contrato. Ante la negativa empresarial, interpone demanda de conflicto colectivo ante la AN, que estima la demanda. Disconforme con la sentencia, la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

Por tanto, la cuestión que se plantea consiste en determinar si la entidad demandada está obligada a facilitar a los representantes legales de los trabajadores información y copia de los pactos de horas complementarias que se materializan entre empresa y trabajadores a tiempo parcial, una vez formalizado y vigente el contrato de trabajo.

El TS recuerda que las horas complementarias de los contratos a tiempo parcial son horas ordinarias que pueden adicionarse a las que constituyen el objeto del contrato. Señala que su realización solo puede exigirse cuando existe un pacto sobre las mismas, están sometidas al cumplimiento de determinados requisitos y se retribuyen como ordinarias (ET art.12.5). Para el TS la finalidad de estas cautelas es proteger los derechos de los trabajadores a tiempo parcial y recuerda que es competencia de la RLT vigilar por el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo (ET art.64.7 e y f). F

Asimismo, el TS recuerda que los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a recibir del empresario información sobre las previsiones de celebración de nuevos contratos (incluidos los contratos a tiempo parcial) y la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial.

Entiende que el TS que, atendiendo al espíritu y a la finalidad de la ley, la referencia a las horas complementarias debe entenderse de forma amplia ya que los derechos de información de los representantes de los trabajadores no son neutros que se agotan en su mero cumplimiento, puesto que la información está al servicio de las competencias y facultades del órgano de representación de los trabajadores. En el caso de las horas complementarias al servicio de la labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa legal y convencional sobre las mismas, para lo que resulta imprescindible el conocimiento del pacto sobre horas complementarias.

Por ello, el TS concluye que debe interpretarse que la información sobre las horas complementarias en los contratos a tiempo parcial debe ser total y comprender todos los aspectos de las mismas y, especialmente también, el pacto sobre su realización. Mantener lo contrario se llegaría al absurdo de que si el contrato incorpora un pacto sobre horas complementarias, tal pacto y contenido sería conocido por los representantes de los trabajadores cuando se hiciese efectiva la obligación de entrega de la copia básica. En cambio, si se formalizase una vez suscrito el contrato no podría ser conocido por los representantes de los trabajadores, lo que parece absurdo. Bastaría disociar el momento temporal de suscripción del contrato y del pacto de horas complementarias para eludir parte de la información sobre horas complementarias a la que los representantes tienen derecho.

Por todo lo expuesto, se desestima el recurso planeado por la empresa y se confirma la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN.

15. Jubilación anticipada por cese involuntario en el trabajo. La lista de causas de acceso es cerrada

STSUD 10-2-21

Resumen

El TS declara que la resolución judicial del contrato por incumplimiento empresarial en el pago del salario no permite acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador. Aunque el incumplimiento esté motivado por una situación de crisis económica de la empresa, que finalmente es declarada en concurso, la situación no es equiparable a una de las causas de extinción del contrato motivadas por una reestructuración empresarial de las listadas en el art.207.1.d de la LGSS.

Desarrollo

Tras declararse judicialmente la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa de la obligación de pago puntual de los salarios, la trabajadora solicita la pensión de jubilación

anticipada por causa no imputable a su voluntad, que el INSS deniega por no reunir los requisitos legalmente exigidos.

El TSJ Madrid, revocando la sentencia de instancia, reconoce el derecho de la trabajadora a la pensión de jubilación anticipada al estimar que el incumplimiento en el pago del salario que provocó la resolución del contrato está motivado por la situación de crisis económica por la que atravesaba la empresa, la cual finalmente fue declarada en concurso de acreedores. Entiende que la extinción del contrato declarada judicialmente implica, por lo tanto, una causa económica objetiva y el hecho de que la empresa no acudiera al cauce del despido por causas objetivas no altera la existencia de una realidad que debe considerarse incluida entre las causas de extinción del contrato de trabajo que pueden dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.

El INSS y la TGSS recurren en casación para la unificación de doctrina señalando que las causas de cese involuntario recogidas en el art.207.1.d de la LGSS constituye una lista cerrada y que la situación de la trabajadora no puede equipararse a ninguna de ellas.

Para el TS, la minoración de la edad de jubilación recogida en el art.207.1 de la LGSS se halla estrictamente vinculada a la concurrencia de la circunstancia que constituye el elemento esencial de la propia institución jurídica: la involuntariedad del cese. Pero el precepto no equipara a ello cualquier supuesto de desempleo sino que efectúa una clara concreción de los supuestos en que se reconoce la existencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuación de la relación laboral y que enumera del siguiente modo:

1. El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ET art.51).
2. El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ET art.52.c).
3. La extinción del contrato por el juez del concurso (LCon art.64).
4. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.
5. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor (ET art.51.7).

Se excluyen, por consiguiente, las demás situaciones que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo y que también obedecen a causa no imputable al trabajador, por lo que tampoco cabe incluir los incumplimientos contractuales del empresario.

Sostener lo contrario, señala el TS, llevaría a desdibujar la finalidad buscada por el legislador que, expresa y taxativamente, ha querido centrar de forma limitada y estricta la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada y, para ello, ha definido un concepto elaborado ad hoc como es el de la reestructuración empresarial fijando y concretando el contenido y alcance del mismo.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y revoca la sentencia recurrida.

16. Nuevo procedimiento de acreditación de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral

RD 143/2021, BOE 10-3-21

Resumen

Con vigencia a partir del 11-3-2021, se modifica el RD 1224/2009, por el que se regula el procedimiento de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral. A partir de esta fecha no va a ser necesaria la publicación de una convocatoria sino que las administraciones competentes mantendrán abierto un procedimiento con carácter permanente.

Desarrollo

El RD 143/2021 modifica, con vigencia a partir del 11-3-2021, el RD 1224/2009, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral. La modificación tiene por objeto flexibilizar el procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, para hacer posible la realización de los objetivos establecidos en el Plan de Modernización de la Formación Profesional. Las principales novedades son las siguientes:

1. No se van a realizar convocatorias del procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, sino que las administraciones competentes mantendrán abierto un procedimiento con carácter permanente.
2. Se establece un plazo máximo de 6 meses para resolver las solicitudes, transcurrido el cual, se entenderá desestimada por silencio administrativo.
3. Las administraciones competentes darán publicidad a los lugares y medios para formalizar las inscripciones; los centros en los que se desarrollará el procedimiento en función del sector productivo; el procedimiento y los plazos para presentar reclamaciones al resultado de la evaluación de las unidades de competencia.
4. Se flexibiliza la experiencia laboral requerida para participar en el procedimiento. A partir de ahora se debe justificar, al menos 3 años, con un mínimo de 2.000 horas trabajadas en total, en los últimos 15 años (en lugar de 10 años) transcurridos antes de la presentación de la solicitud.
5. Los centros autorizados para desarrollar las distintas fases del procedimiento son: los centros públicos que imparten enseñanzas de formación profesional del sistema educativo, los centros integrados públicos de formación profesional y los Centros de Referencia Nacional. Los centros integrados de formación profesional privados concertados podrán ser autorizados por la administración competente en cada ámbito territorial para desarrollar las distintas fases.

Los procedimientos iniciados antes del 11-3-2021 se van a seguir rigiendo con la normativa vigente en el momento en el que se iniciaron, pero podrán acogerse a la nueva regulación si se considera que es más favorable a los intereses de los ciudadanos.

17. El TS confirma que la empresa no puede geolocalizar a los trabajadores a través de su móvil personal

STS 8-2-21

Resumen

El TS ha confirmado que imponer al trabajador la obligación de aportar un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar su trabajo supone un abuso de derecho empresarial, ya que quiebra con la ajenidad en los medios que caracteriza al contrato de trabajo. Por ello, confirma que es abusivo un sistema de trabajo en el que cuando los trabajadores realicen labores de reparto van a ser geolocalizados mediante una app descargada en su teléfono móvil personal.

Desarrollo

La empresa, dedicada a la elaboración de productos cocinados para el reparto a domicilio, anuncia a la representación de los trabajadores que va a implantar un nuevo sistema de trabajo dirigido a facilitar a los clientes el seguimiento de sus pedidos. Para ello, comunica que los empleados que realicen funciones de reparto deben aportar un teléfono con conexión a internet de su propiedad, y descargarse la aplicación informática de la empresa que permite la geolocalización del dispositivo y del trabajador durante su jornada laboral. El responsable de activar y desactivar la aplicación al iniciar y concluir su turno de trabajo es el trabajador y la empresa se compromete a abonar a sus empleados un importe fijo por jornada de trabajo.

Como consecuencia de este nuevo sistema, la empresa incluye en las nuevas contrataciones una cláusula contractual según la cual, en caso de incumplimiento reiterado de estas condiciones, la empresa puede extinguir el contrato y suspenderlo durante un periodo de hasta 2 meses si, en caso de avería, el teléfono móvil no se repara en el plazo de 10 días.

Disconformes con las medidas planteadas, las representaciones sindicales del CCOO y UGT interponen demanda de conflicto colectivo en la que solicitan que se declare la nulidad de este proyecto y de todas las medidas previstas en él. La AN estima la demanda y la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

El TS estima el recurso y confirma la sentencia de la AN que declaraba la nulidad de proyecto presentado por la empresa y la nulidad de las obligaciones y de las medidas disciplinarias previstas por considerar que vulneran el derecho a la privacidad de los trabajadores por las siguientes razones:

- a) Aunque la geolocalización por la que se va a tener un seguimiento del pedido es un método adecuado para el mejor servicio al cliente, el TS confirma que la medida no supera el juicio de proporcionalidad. La medida es idónea, pero se podría haber obtenido la misma finalidad con medidas que supongan una menor injerencia en los derechos fundamentales. Es decir, el medio o instrumento al que ha acudido la empresa para obtener aquel objetivo no es adecuado por existir otros medios invasivos.
- b) En la implantación del sistema de geolocalización la empresa no ha proporcionado a los trabajadores la información exigida legalmente (RGPD art 12 y 13).
- c) Imponer al trabajador la obligación de aportar un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo supone un manifiesto abuso de derecho empresarial, ya que

quiebra con la ajenidad en los medios que caracteriza al contrato de trabajo y responsabiliza al trabajador de cualquier impedimento en la activación del sistema de localización. Además, la compensación ofrecida por la empresa por la aportación del terminal móvil únicamente compensa su utilización en el trabajo, pero no si la contratación no era deseada por el empleado para el desarrollo de su vida personal.

- d) La denominada cláusula de resolución incluida en los nuevos contratos y en los pactos novatorios, implica de hecho la adopción de un régimen de disciplinario al margen de la negociación colectiva, ya que en la práctica actúa como una auténtica causa de despido disciplinario pues para que opere la extinción contractual no indemnizada se prescinde de las garantías formales propias del despido disciplinario (ET art. 55).

Por otra parte, el TS confirma que las medidas se adoptaron sin cumplir las requisitos de información y consulta previa al comité de empresa (ET art.64.5 f). Confirma que empresa incumplió esta obligación, ya que se limitó a informar de las medidas que pretendía adoptar pero sin detallar los datos personales que debía aportar el trabajador para acceder a la aplicación, o su tratamiento hasta que la aplicación ya se había puesto en marcha.

18. Excedencia por cuidado de familiares.

¿Se puede solicitar para atender a hijos mayores de 3 años?

STSUD 5-2-21

Resumen

Los hijos menores de edad mayores de 3 años no pueden causar derecho a una excedencia por cuidado de familiares en base a que no pueden valerse por sí mismos, salvo que la razón para atender a su cuidado no sea la edad sino un accidente, enfermedad o discapacidad. Por ello, se deniega la excedencia por cuidado de familiares solicitado para atender a un hijo de 9 años que necesita ayuda escolar para superar el curso.

Desarrollo

Una trabajadora solicita excedencia por cuidado de familiares para atender al cuidado de su hijo de 9 años que, según informe del director de su centro escolar, necesita ayuda para superar el curso.

La empresa deniega la excedencia por no concurrir las condiciones fijadas en el convenio colectivo, de redacción plenamente coincidente con el art.46.3 ET. Por ello, la trabajadora solicita excedencia voluntaria y, tras un año en esta situación, solicita el reingreso, a lo que la empresa responde que solo dispone de una vacante en otro centro de trabajo y en jornada de 20 horas semanales en horarios rotatorios. Ante esta situación la trabajadora presenta demanda en solicitud de que se reconozca su derecho a la excedencia por cuidado de familiares y que se compute el año en que estuvo en situación de excedencia a efectos de antigüedad, con derecho a la reserva de puesto de trabajo.

La demanda es desestimada en primera instancia pero estimada en suplicación, por ello recurre la empresa en casación para unificación de doctrina.

El TS recuerda que la excedencia por cuidado de familiares es un supuesto distinto de la excedencia por cuidado de hijos que requiere que el familiar cumpla dos requisitos acumulativos:

- a) Que no pueda valerse por sí mismo por razón de edad, accidente, enfermedad o discapacidad por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad.
- b) Que no desempeñe actividad retribuida.

Para el TS la excedencia por cuidado de familiares no incluye el supuesto de hijo de 9 años que necesita ayuda para superar el curso escolar porque no concurren los requisitos señalados. Y es que la necesidad de ayuda escolar para superar el curso académico no puede equipararse con el requisito de no poder valerse por sí mismo. Tampoco puede interpretarse que todos los hijos mayores de 3 años sin excepción, no pueden valerse por sí mismos.

Por otro lado, la edad de los hijos se regula en la excedencia por cuidado de hijos, por lo que no es razonable interpretar que la excedencia por cuidado de familiar permite cualquier edad para el cuidado de hijo estableciendo una regulación contraria al límite de 3 años, que permitiría causar derecho a una segunda excedencia, adicional a la reconocida hasta los 3 años, porque por razón de edad no pueden valerse por sí mismos. Cuestión distinta es que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de 3 años no sea la edad sino un accidente, enfermedad o discapacidad, en cuyo caso el cuidado de hijo podría insertarse en el concepto de excedencia por cuidado de familiares.

Este razonamiento lo corrobora la L 39/1999, que introdujo la excedencia por cuidado de familiares en el ET y cuya exposición de motivos señalaba que respondía a la necesidad de cuidar de personas mayores y enfermas. También confirma esta interpretación el requisito que exige que el familiar no desempeñe actividad retribuida y es que en nuestro ordenamiento está prohibido el trabajo de los menores de 16 años, por lo que no puede entenderse que cumplan el requisito de no desempeñar actividad cuando no tienen opción de realizarlo.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina.

19. Nueva regulación del registro electrónico de apoderamiento de la Seguridad Social

OM ISM/189/2021, BOE 5-3-21

Resumen

Se ha publicado la nueva regulación del registro electrónico de apoderamiento de la Seguridad Social que entrará en vigor el 2-4-2021 sustituyendo a la recogida en la OM ESS/189/2021. A estos efectos, se aprueban los modelos inscribibles en el registro en función de los distintos tipos de apoderamiento y de las actuaciones a realizar.

20. ¿Puede la empresa abonar las pagas extras prorrateadas?

STSUD 8-2-21

Resumen

La empresa no puede decidir unilateralmente el prorrateo de las pagas extra y si el convenio colectivo lo prohíbe, la retribución percibida mensualmente por la trabajadora corresponderá a conceptos salariales distintos de pagas extraordinarias. El hecho de que el convenio colectivo no establezca las consecuencias de incumplir la prohibición de prorrateo no puede suponer que la empresa pueda imponerlo unilateralmente.

Desarrollo

La trabajadora, que presta servicios para una empresa incluida en el sector de servicios sanitarios, percibe junto a sus retribuciones mensuales una cuantía que la empresa indica que corresponde al abono prorrateado de las pagas extra (navidad y verano).

La trabajadora considera que, en cuanto que el convenio colectivo prohíbe el prorrateo de las pagas extras, lo abonado mensualmente por la empresa debe considerarse como salario mensual y la empresa es deudora de las pagas extra. En consecuencia, presenta demanda en reclamación de cantidad que es estimada tanto en la instancia como en suplicación, por lo que la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

El TS recuerda que ha abordado la cuestión del prorrateo de las pagas extra en múltiples ocasiones, y que su doctrina interpreta que, a través de la negociación colectiva puede acordarse el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias (ET art.31). Por esta razón, para determinar si es válido el abono prorrateado de las pagas extra se deberá atender al contenido y a la finalidad pretendida por el convenio colectivo aplicable, puesto que son los negociadores quienes pueden determinar tanto la posibilidad del prorrateo como las circunstancias del mismo.

Para el TS, en el supuesto enjuiciado la finalidad del convenio era evitar el prorrateo de las dos pagas extras, fijando el periodo dentro del cual debe abonarse cada una de ellas.

Recuerda el TS que las disposiciones del convenio son vinculantes para quienes se hallan dentro de su ámbito de aplicación y en el caso que se enjuicia se ha producido su vulneración. Considera el TS que el que la empresa haya imputado explícitamente el pago al concepto de pagas extras en cada mensualidad, no es suficiente ni para determinar la naturaleza de esa parte de la retribución, que no puede depender de la calificación dada unilateralmente por una de las partes, ni para justificar una actuación contraria a lo establecido en el convenio colectivo.

Por consiguiente, si el convenio no contiene una regla explícita que precise las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de prorrateo, debe interpretarse que lo que cada persona trabajadora percibe mes a mes no es, en ningún caso, retribución por pagas extras sólo porque tal sea la calificación que la empresa le otorgue.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia, confirmando la sentencia dictada en suplicación.

Nota. La sentencia incluye voto particular del Magistrado Sr. D. Ángel Blasco Pellicer, en la que considera que el recurso debió ser estimado. Recuerda que el prorrateo se estuvo llevando a cabo desde el inicio de la relación contractual, sin oposición por parte de la trabajadora, y sin merma alguna del salario establecido por convenio colectivo.

Considera que, a falta de consecuencias expresas previstas por el convenio, no puede establecerse como consecuencia del incumplimiento la necesidad de volver a abonar lo que ya estaba abonado extemporáneamente.

21. Entra en vigor la obligación de disponer de un plan de igualdad para las empresas de más de 100 trabajadores

LO 3/2007 -redacc RDL 6/2019-

Resumen

El 7-3-2021 finaliza el plazo para que las empresas de más de 100 trabajadores aprueben el plan de igualdad que deben implantar. El incumplimiento de esta obligación supone una infracción grave sancionada con multa de 626 a 6.250 €.

Desarrollo

La LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece la obligación de las empresas de 50 o más trabajadores de elaborar y aplicar un plan de igualdad como conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LO 3/2007 art.45.2 y 46.2). No obstante, esta obligación se establece de forma escalonada según el tamaño de la empresa:

- Empresas de 151 a 250 trabajadores: deben contar con un plan de igualdad desde el 7-3-2020.
- Empresas de 101 a 150 trabajadores: deben contar con planes de igualdad desde el 7-3-2021.
- Empresas de 50 a 100 trabajadores: deberán contar con planes de igualdad a partir del 7-3-2022.

El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción grave sancionada con multa de 626 a 6.250 €. También se sanciona con esta multa el incumplimiento de la obligación cuando venga establecida en el convenio colectivo aplicable en la empresa. Si la obligación deriva de una sanción sustitutoria de infracción en materia de discriminación, el incumplimiento constituye una infracción muy grave sancionada con multa de 6.251 a 187.515 €.

22. Contratos de interinidad: ¿con qué categoría se contrata al sustituto?

STS 9-2-21

Resumen

En cuanto que el contenido y las funciones a desarrollar por el trabajador interino son las mismas que las desarrolladas por el sustituido, nada justifica un trato salarial desigual, salvo que venga motivado por razones sólo concurrentes en el trabajador sustituido. Aunque el convenio prevea un sistema de promoción profesional, este no puede aplicarse para evitar contratar a los interinos con la categoría profesional del sustituido.

Desarrollo

Los trabajadores de una entidad bancaria (Banco Sabadell), cuando prestan servicios en virtud de contratos temporales de interinidad, son incluidos en el nivel salarial más bajo del convenio, inferior al de los titulares de los puestos que sustituyen.

Para la empresa, esto es así puesto que tanto el convenio colectivo, como el pacto de empresa establecen la necesidad de cumplir determinados requisitos para acceder a un nivel salarial superior, recogiendo la promoción a nivel superior en función de los años efectivos de prestación de servicio.

Uno de los sindicatos con representación en la empresa presenta demanda de conflicto colectivo en la solicita que estos contratos de interinidad sean celebrados con el nivel profesional y salarial correspondiente al trabajador sustituido y, en consecuencia, se condene a la empresa al abono de las de las diferencias entre el salario que hubiera recibido el trabajador sustituido y el efectivamente devengado por el interino. La sala de lo social de la AN estima la demanda y la entidad bancaria interpone recurso de casación ante el TS.

El TS recuerda que el ET equipara entre los derechos de los trabajadores con contrato duración indefinida y de duración determinada (ET art.15.6), señalando que, en caso de apreciar discriminación, la consecuencia es la nulidad de los preceptos reglamentarios o de las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa (ET art.17).

Asimismo, señala que su doctrina establece cuando es evidente que el contenido y naturaleza de las funciones a desarrollar por los trabajadores interinos se corresponde con aquéllas que dejan de desempeñar los sustituidos y, siendo, pues, comparables las mismas, nada puede justificar un trato salarial desigual que no venga motivado por razones claramente individualizadas, sólo concurrentes en el trabajador sustituido e inexistentes en el trabajador interino.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado el TS señala lo siguiente:

- a) No están en discusión pluses o complementos personales, vinculados con las especiales condiciones y cualificaciones del trabajador, sino la discrepancia que se produce en el nivel retributivo que se asigna al interino, es decir, la remuneración inherente al puesto de trabajo.

- b) La aplicación de un acuerdo de empresa no puede suponer una minoración de los derechos contemplados en el convenio colectivo, del mismo modo que éste ha de respetar los establecidos en preceptos de rango superior.
- c) No se ha acreditado que las personas contratadas en régimen de interinidad lo sean para desempeñar un puesto diverso a la de la persona titular.
- d) Aunque el convenio colectivo establezca un único grupo profesional, sí aparecen funciones diferenciadas entre los distintos niveles, además, es contrario a la lógica sostener que todo el personal realiza las mismas tareas con idéntica responsabilidad, formación y exigencia pero percibe remuneraciones diversas.
- e) Tanto las normas aplicables como la doctrina del TS abocan a la equiparación retributiva. En concreto: el nivel retributivo de quien desempeña un puesto interinamente ha de ser el propio de ese puesto cuando es desempeñado por quien sea su titular.
- f) El convenio establece un sistema de clasificación profesional dentro de un grupo profesional único y la promoción a un nivel superior, que es una cuestión distinta a la exigencia del respeto al mandato legal que impone mantener el nivel que venía aplicándose cuando el puesto de trabajo pasa a ser desempeñado por un trabajador interino.
- g) Aunque lo normal sea el acceso a un nivel superior tras haber desempeñado durante un tiempo puestos de trabajo con niveles inferiores asignados, el convenio también contempla otras posibilidades (acuerdo individual, decisión empresarial).
- h) La equiparación se refiere al nivel retributivo, pero no a los complementos o condiciones que pueden concurrir en el trabajador sustituido como insistentemente pretende la parte recurrente.

Como consecuencia de ello, el TS concluye, aplicando esta doctrina, que el contenido y naturaleza de las funciones a desarrollar por los trabajadores interinos debe corresponderse con las que dejan de desempeñar los sustituidos y, en cuanto que ambas son comparables, nada justificaría un trato salarial desigual cuando no viene motivado por razones individualizadas que solo concurren en el trabajador sustituido e inexistentes en el trabajador interino.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación planteado y se confirma la sentencia de dictada por la sala de lo social de la AN.

23. ¿Es tiempo de trabajo el desplazamiento entre la entrada al recinto empresarial y el puesto de trabajo?

STSUD 26-1-21

Resumen

No es tiempo de trabajo el de desplazamiento del trabajador desde el lugar donde presta los servicios hasta donde se realiza la entrada y viceversa. Durante ese periodo de tiempo, el trabajador no está a disposición del empleador ya que es un desplazamiento rutinario y necesario para acceder al lugar en el que comienza a estarse realmente a disposición del empleador.

Desarrollo

Los trabajadores pertenecientes al colectivo de bomberos y de técnicos de operaciones del Aeropuerto de Palma, prestan su trabajo en régimen de turnos en el servicio de salvamento y extinción de incendios y en la dependencia del servicio en el área de maniobras y plataformas respectivamente. Trabajadores pertenecientes a ambos colectivos presentan demanda en reclamación de cantidad en la que solicitan que el tiempo que transcurre desde que se ingresa en el recinto aeroportuario hasta la llegada al Bloque Técnico, en el que ficha la entrada y se produce la efectiva incorporación a su puesto de trabajo, sustituyendo al trabajador que se releva, y también el empleado en el regreso, sea considerado tiempo de trabajo y por tanto abonado como horas extraordinarias

Aunque la demanda se desestima en la instancia, se estima en suplicación, declarando que el tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distintos lugares donde se ordene la prestación de servicios, así como su regreso, es jornada de trabajo a todos los efectos, al considerar que durante ese periodo está a disposición del empresario. Disconforme, la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión a resolver consiste en determinar si ese tiempo de desplazamiento (también el empleado en sentido inverso) debe o no ser considerado tiempo de trabajo y, por tanto, ser remunerado.

El TS, aplicando su doctrina, considera que el recurso debe ser estimado y desestimada la demandada presentada por los trabajadores por las siguientes razones:

- a) Los trabajadores inician y finalizan su prestación de servicios en el lugar en el que permanecen cuando no están realizando actuación o intervención en el recinto aeroportuario. Es en este mismo lugar, y no en el bloque técnico del aeropuerto, dónde se realiza el relevo entre el equipo saliente y el entrante, se comprueba que ha llegado y se dan las novedades sobre el material, equipos y vehículos.
- b) El relevo consiste en tomar posesión del puesto designado y recoger todo el equipo personal del saliente, pasando novedad del estado del equipo, por lo que queda claramente indicado dónde y cuándo se entiende que comienza la efectiva prestación de servicios.
- c) El tiempo que transcurre yendo desde el llamado Bloque Técnico hasta el lugar dónde se inician y finalizan su prestación de servicios el trabajadores no se está a disposición del empleador, sino que se está llevando a cabo una tarea preparatoria y análoga a la del desplazamiento desde el vestuario de la empresa hasta el lugar de trabajo.
- d) Que por razones de seguridad haya de accederse primero al Bloque Técnico y utilizar una tarjeta magnética de acceso no significa que haya comenzado a discurrir el tiempo de trabajo. Durante este periodo de tiempo, el trabajador no debe llevar a cabo tarea personal alguna, ni puede ser destinado a cometido alguno.
- e) No es un supuesto análogo al de los desplazamientos producidos cuando no existe centro de trabajo fijo (TJUE) y tampoco es análogo el caso a los de recogida de uniforme o de armas en lugares diversos al del centro de trabajo. En el supuesto enjuiciado se produce un desplazamiento rutinario (siempre igual) y necesario para acceder al lugar en que comienza a estarse realmente a disposición del empleador.

- f) El convenio colectivo de empresa prevé un tiempo para el relevo, pero no para el desplazamiento hasta el Bloque Técnico hasta el Parque SSEI y viceversa.
- g) Salvo supuestos excepcionales, no puede imputarse a la jornada de trabajo el lapso transcurrido desde que se finaliza la actividad laboral propiamente dicha hasta que se llega al edificio de servicios técnicos. Es el momento en el que se produce el relevo cuando puede considerarse que se está en el puesto de trabajo y comienza a desarrollarse la actividad productiva.
- h) Que exista constancia (al parecer, magnética) de las horas de acceso y abandono de las instalaciones del aeropuerto no significa que estemos en presencia de un registro de jornada en el que conste que se está prestando actividad remunerada desde ese mismo momento.



TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

VALENCIA

Avenida de Aragón 30 (Edificio Europa) · Planta 1ª · 46021 Valencia

MADRID

Calle de Alfonso XII, 62 (Edificio Spaces Retiro) · Planta 2ª · 28014 Madrid

BARCELONA

Calle Tuset, 32, 4, 3 · 08006 Barcelona

Tel. +34 96 339 47 53 · Fax + 34 96 369 39 81

tomarial@tomarial.com · www.tomarial.com

