

newsletter



# TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

JURÍDICO - LABORAL · Junio 2021

#06



# newsletter

JURÍDICO - LABORAL · Junio 2021

#06

**Santiago Blanes Mompó**  
Socio Área Laboral



**TOMARIAL**  
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES



## INDICE

1. ¿Cuándo es nulo un plan de igualdad? .....	5
2. El TS obliga a abonar el plus de transporte regulado en una disposición convencional declarada inaplicable .....	7
3. Retrasar la publicación de circulares sindicales en la intranet empresarial puede vulnerar la libertad sindical .....	8
4. Carta Social Europea: aplicación del protocolo sobre reclamaciones colectivas .....	9
5. Plan Garantía Juvenil Plus de trabajo digno para las personas jóvenes.....	11
6. ¿Qué salario debe indicar en la copia básica del contrato? .....	13
7. Pensión de viudedad con varios beneficiarios. ¿Qué ocurre si fallece uno de ellos? .....	14
8. El derecho a adaptar la jornada por conciliación incluye el traslado a un centro de trabajo en otra localidad .....	15
9. ¿Se puede suprimir la prima vinculada al estado de alarma si se recupera la normalidad? .....	17
10. ¿Se pueden descontar en nómina los retrasos en el inicio de la jornada? .....	18
11. El TS recuerda que la indemnización por fin de contrato temporal declarado fraudulento y por despido improcedente son compensables.....	19
12. RDL 11/2021: el SEPE dicta instrucciones sobre la protección por desempleo.....	21
13. Actualización de la protección frente la exposición de agentes carcinógenos en el entorno laboral.....	23
14. Complemento de IT. No se aplica a las bajas por contagio del COVID 19 .....	24
15. Alta dirección. El TS declara que las indemnizaciones por despido y por falta de preaviso son compatibles .....	25
16. Las empresas no tienen obligación de hacer test de detección del COVID-19 .....	27
17. Publicada la ratificación de la Carta Social Europea revisada .....	28
18. El TS declara que los trabajadores sexuales tienen derecho a sindicarse.....	30

19. ¿Cómo se computan las pausas por uso de pantallas de visualización de datos?.....	31
20. Teletrabajo: las desconexiones no imputables al trabajador son tiempo efectivo de trabajo .....	32
21. Despido nulo. El período transcurrido hasta la readmisión también devenga vacaciones.....	34
22. ERTE Covid. Nuevas aclaraciones de la TGSS sobre declaraciones responsables e identificación de trabajadores .....	35
23. Nueva infracción en materia de relaciones laborales .....	36
24. ¿Cuándo existe obstrucción a la actuación de la ITSS? .....	37
25. ¿Cuándo prescribe la responsabilidad del empresario principal por el accidente de trabajo ocurrido en una contrata?.....	39
26. Sustituir huelguistas a iniciativa de otros trabajadores: ¿vulnera el derecho de huelga? .....	41
27. Nuevo boletín de la TGSS .....	42
28. La opción elegida respecto del domicilio a efectos de notificaciones, que puede modificarse a través del servicio “Modificación de domicilio de un CCC” .....	44

## 1. ¿Cuándo es nulo un plan de igualdad?

STS 25-5-21 Y STST 1-6-21

### Resumen

El TS ha dictado dos sentencias pronunciándose sobre la validez o nulidad de los planes de igualdad. En una de ellas declara la validez de un plan cuyo diagnóstico de situación ha sido elaborado conforme a la legislación anterior al RDL 6/2019. En la otra, se declara la nulidad del plan al haber sido negociado por la comisión de seguimiento que se constituyó para el plan anteriormente aprobado en la empresa. El TS, además, recapitula las reglas sobre legitimación aplicables a la negociación de los planes de igualdad.

### Desarrollo

Últimamente el TS se ha pronunciado sobre regulación de los planes de igualdad. Estas resoluciones son las siguientes.

**A.** Validez del plan cuyo diagnóstico ha sido elaborado según la legislación anterior (RDL 6/2019) (TS 1-6-21)

La empresa, perteneciente al sector de contact center, negocia con la representación de los trabajadores un Plan de Igualdad que finaliza con acuerdo el 4-6-2019. El diagnóstico de situación para su elaboración se realizó inicialmente en 2015 y posteriormente el 29-1-2019 (antes de la entrada en vigor de la RDL 6/2019).

La cuestión que se plantea consiste en determinar si un plan de igualdad cuyo diagnóstico ha sido elaborado según la legislación anterior debe ser declarado nulo, abriéndose un nuevo proceso de negociación. El TS considera que la respuesta debe ser negativa por las siguientes razones:

- a) En el supuesto enjuiciado, el diagnóstico de situación del plan debe considerarse negociado desde el momento en que todas las partes dispusieron de la posibilidad de poner de manifiesto sus objeciones y alegaciones al respecto, siendo de hecho ratificado con la firma del acuerdo sobre el plan de igualdad finalmente alcanzado con la RLT. Asimismo, tras la entrada en vigor del RDL 6/2019 ninguno de los sindicatos demandantes alegó en las posteriores reuniones la posible existencia de un déficit en los datos y en la información necesaria para elaborar el diagnóstico en relación con las materias enumeradas
- b) El RDL 6/2019 no incorpora ninguna norma transitoria respecto de los que pudieran haberse negociado conforme a la legislación anterior, sino que se remite a una ulterior regulación reglamentaria. Es decir, no se impone la ineficacia de los que pudieran haberse elaborado hasta la fecha y cumplieren con los requisitos anteriormente exigibles.
- c) Señala por último que el desarrollo reglamentario de los planes de igualdad se ha producido a través del 901/2020, que respecto de los planes anteriores a su promulgación no ha optado por la nulidad sino por su revisión y actualización en la medida en que resulte necesario para su correcta adecuación a la nueva normativa, estableciendo un plazo de 12 meses desde su entrada en vigor para su adaptación.

Por tanto, desestima el recurso planteado y concluye que no procede la declaración de nulidad del plan que había sido negociado y pactado con la RLT, con base a la supuesta ineficacia jurídica de un diagnóstico de situación que se elaboró conforme a la normativa legal existente en su momento sino que lo que procede es su revisión y actualización.

**B. Nulidad de un plan negociado con la comisión de seguimiento del plan (TS 25-5-21).**

Se cuestiona si es válido un plan de igualdad que ha sido negociado y aprobado por una Comisión de Seguimiento del plan que fue creada para la elaboración y seguimiento de un plan igualdad anterior.

Para resolver la cuestión el TS recapitula su doctrina sobre la negociación de los planes de igualdad y establece lo siguiente:

- a) Los planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores (a partir de 7-3-2021, de más de 100 trabajadores) deben ser negociados con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, que acrediten la legitimación con arreglo a las normas del ET.
- b) Cuando el plan de igualdad se aprueba en concordancia con un convenio colectivo de empresa, la redacción del plan de igualdad, puede hacerse mediante una comisión de ejecución o administración, mientras que si se trata de un convenio de ámbito superior, la implementación de esas medidas a través del plan de igualdad debe realizarse mediante una comisión negociadora.
- c) No cabe la negociación de los planes a través de por comisiones «ad hoc». No es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión ad hoc, que es una fórmula negociadora excepcional, habilitada por el legislador, cuando no hay representación legal de los trabajadores, para acometer la negociación de determinadas modalidades de negociación colectiva, anudadas a medidas de flexibilidad interna y externad)
- d) Para que el bloqueo negociador por parte de los representantes de los trabajadores solo justifique el incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad o la implementación unilateral de un plan de igualdad provisional, deberían darse circunstancias excepcionales (bloqueo negociador imputable exclusivamente a la contraparte; negativa de la misma a negociar, ausencia de cualquier tipo de representación).
- e) El plan gestado sin acuerdo es nulo, lo que subraya la necesidad de agotar las posibilidades de negociación del Plan, incluso acudiendo a los medios de solución extrajudicial del conflicto y planteamiento ante los Tribunales el oportuno conflicto colectivo para exigir el cumplimiento del deber de negociar de buena fe.

En el supuesto que se enjuicia la comisión de seguimiento de plan ni está apoderada por la Comisión Negociadora del Convenio colectivo de empresa, ni posee la composición requerida por el ET. Tampoco concurren las condiciones excepcionales para aceptar un Plan de Igualdad no pactado y con vigencia provisional. Por ello, el TS entiende que la negociación del plan en el seno de la comisión de seguimiento equivale a la realizada por una comisión ad hoc, posibilidad no permitida ni por la ley de Igualdad ni por el ET.

Añade que la eventual inquietud de la empresa por carecer de un Plan de Igualdad adecuado a su actual estructura no legitima el modo en que se ha gestado el impugnado. Su contenido no debe quedar al margen de la negociación del convenio colectivo, sino integrarse en él. Independientemente de las razones que llevaron a la aprobación del plan, lo cierto es que su aprobación acaba sustrayendo la negociación del mismo a quienes a quienes están legalmente habilitados para ello.



Por ello, el TS concluye que la negociación de los planes de igualdad, dada la relevancia de los objetivos perseguidos por el legislador para asegurar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa. La comisión de seguimiento en cuyo seno se adopta el Plan cuestionado carece de la suficiente legitimación y representatividad como para negociar un nuevo Plan. No se trata solo de que estuviera configurada como un órgano de aplicación y seguimiento sino que, cualesquiera que hubieran sido las previsiones al respecto contenidas en el anterior Plan de Igualdad, las exigencias legales solo permiten la negociación de este instrumento cumpliendo con las severas exigencias aplicadas a los convenios.

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

## **2. El TS obliga a abonar el plus de transporte regulado en una disposición convencional declarada inaplicable**

STS 26-5-21

### **Resumen**

La inaplicabilidad de un artículo de un convenio colectivo de ámbito autonómico, declarada judicialmente por minorar las condiciones de trabajo del convenio marco estatal, no impide que los trabajadores puedan seguir devengando conceptos en él recogidos y que no estén regulados en el convenio de ámbito superior, por cuanto supera su regulación.

### **Desarrollo**

Mediante sentencia del TSJ Madrid de 17-7-2017 se declara la inaplicabilidad de algunos artículos del Convenio Colectivo del sector privado de residencias y centros de día para personas mayores de la Comunidad de Madrid por minorar las condiciones de trabajo del convenio colectivo marco estatal. Como consecuencia, a partir de noviembre de 2017 la empresa deja de abonar el plus de transporte recogido en el art.34 declarado inaplicable.

Disconformes con esta medida, los sindicatos presentan demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare el derecho de los trabajadores a seguir percibiendo el citado plus, que es estimada por el TSJ Madrid. La empresa recurre en casación considerando vulnerado el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva al dejarse sin efecto el principio de invariabilidad de sentencias.

La cuestión litigiosa radica en determinar el alcance del efecto positivo de la cosa juzgada material de una sentencia que declaró inaplicable un precepto de un convenio colectivo.

La determinación de si concurre cosa juzgada positiva exige interpretar el alcance de la primera sentencia, y esta resolvió un asunto totalmente ajeno al plus de transporte. Aunque la sentencia declaró inaplicable el art.34 del convenio colectivo, en el proceso no se examinó

el plus de transporte en él recogido. Y es que la razón por la que se declaró el artículo inaplicable fue que minoraba las condiciones laborales establecidas en el convenio marco estatal, pero el plus de transporte no se regula en el convenio marco por lo que no minoraba las condiciones laborales en él reguladas, ni se cita en la sentencia. Por ello, no puede invocarse el principio de invariabilidad de sentencias para privar a los trabajadores de un derecho pactado con los representantes de los trabajadores y empresarios. La tesis de la empresa supondría que el dictado de una sentencia estimatoria de la demanda interpuesta por un sindicato que inaplica normas colectivas por minorar los derechos establecidos en un convenio marco, perjudicaría a los trabajadores al privarles del derecho a percibir un plus que no está regulado en el convenio colectivo de ámbito superior.

Respecto de la alegación empresarial de que debe dejarse de aplicar el convenio colectivo de Madrid porque es peor en su conjunto que el convenio Marco estatal debiendo aplicarse este, el TS señala que la concurrencia entre ambos convenios no debe resolverse con arreglo al principio de norma más favorable, sino el principio de norma mínima porque el convenio marco estatal manifiesta su carácter de derecho mínimo necesario de las materias que recoge respecto de los convenios de ámbito más reducido.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación y declara que la inaplicación de los artículos del convenio por minorar las condiciones de trabajo no impide que los trabajadores puedan seguir devengando el plus de transporte porque ese complemento no minoraba las condiciones establecidas en el convenio marco estatal.

### **3. Retrasar la publicación de circulares sindicales en la intranet empresarial puede vulnerar la libertad sindical**

STS 27-5-21

#### **Resumen**

El TS condena a una empresa a abonar una indemnización de 15.000 euros por retrasar la publicación de dos comunicados sindicales en la intranet empresarial. Aunque los comunicados finalmente fueron publicados días después en su redacción original, la negativa inicial vulnera el derecho a la libertad sindical.

#### **Desarrollo**

Mediante un acuerdo conciliatorio la empresa que puso fin a un procedimiento judicial, la empresa, una entidad bancaria, se comprometió a publicar en la intranet corporativa los comunicados que fueran emitidos por las secciones sindicales existentes en el banco sin ejercer el veto o control sobre la legalidad de los mismos y/o su veracidad o si exceden de los límites informativos. A pesar de este acuerdo, cuando la sección sindical remite dos comunicados para su publicación, la empresa deniega la misma alegando la falta de veracidad y exactitud de su contenido. En ambos casos, dos días después y, tras la reclamación sindical, la empresa procede a su publicación.

El sindicato considera que se ha producido una vulneración de sus derecho libertad sindical y plantea demanda ante la AN solicitando que declare vulnerado el derecho y se condene a la empresa al abono de la correspondiente indemnización. La AN estima la demanda y la empresa, que considera que únicamente hubo breves retrasos en su publicación y, por tanto, una restricción temporal limitadísima de este derecho fundamental de interponer recurso de casación ante el TS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la entidad bancaria ha vulnerado la libertad sindical por su negativa a publicar dos circulares sindicales, que finalmente sí se publicaron, a pesar de haberse comprometido a publicar los comunicados sindicales sin ejercer vetos ni controles.

Para resolver la cuestión el TS parte de recordar que, tal como lo ha determinado la jurisprudencia constitucional, el derecho a informar a los representados forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. También recuerda que control previo por la empresa del contenido de la información sindical es incompatible, con carácter general, con ese derecho a informar que forma parte de la libertad sindical.

Aunque en el supuesto enjuiciado únicamente se produjeron breves retrasos en su publicación respecto del protocolo acordado con la empresa, que exige su inmediata publicación, el TS considera que el derecho el derecho de libertad sindical no tiene por qué soportar restricciones temporales ni limitadas como que tuvieron lugar. La lesión del derecho de libertad sindical no se produce por esos retrasos, como por la inicial negativa empresarial a publicar las circulares o comunicados sindicales, aunque luego se acabaran publicando en su redacción original. Esta negativa empresarial, que ha sido clara, terminante e inequívoca, vulnera el derecho a la libertad sindical con independencia de que, más adelante, la empresa reconsidere su inicial posición y acceda a la publicación.

Respecto de la indemnización que corresponde por la vulneración de derechos fundamentales, el TS confirma cuantía de 15.000 euros establecida por la AN, confirmando la existencia de una manifiesta y reiterada voluntad de negar el derecho de información sindical; el apartamiento de los compromisos adquiridos en la conciliación judicial y en aras a evitar la reiteración de la conducta antisindical de la empresa.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación y se conforma la sentencia recurrida.

## **4. Carta Social Europea: aplicación del protocolo sobre reclamaciones colectivas**

Protocolo Carta Social Europea, BOE 28-6-21

### **Resumen**

Con vigencia a partir del 1-7-2021 se establece la aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas. Su aplicación permitirá que determinadas organizaciones puedan reclamar respecto de las materias en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta.

## Desarrollo

Con vigencia a partir del 1-7-2021 se establece la aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas. Su aplicación permitirá que organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores, organizaciones internacionales no gubernamentales y organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores, puedan presentar reclamaciones al Secretario General del Consejo de Europa, respecto de las materias en las que se les haya reconocido especial competencia, en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta.

El protocolo consta de un Preámbulo y 16 artículos y su contenido es el siguiente:

- a) Recoge la voluntad de los Estados miembros de adoptar nuevas medidas para mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta, lo que puede lograrse a través de un procedimiento de reclamaciones colectivas que reforzaría la participación de empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales (preámbulo).
- b) Establece qué organizaciones son competentes para presentar reclamaciones en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta (art.1).
- c) Recoge la posibilidad de que los Estados contratantes puedan declarar que reconocen el derecho a presentar reclamaciones contra dicho Estado a otra organización (distinta de las del artículo primero) dentro de su jurisdicción que tenga especial competencia en las materias reguladas en la Carta, y podrán hacerlo por un plazo determinado (art.2).
- d) Acota la posibilidad de hacer reclamaciones colectivas y las circunscribe a las materias en las que se haya reconocido especial competencia a las organizaciones internacionales no gubernamentales y a las organizaciones nacionales no gubernamentales (art.3).
- e) Desarrolla los requisitos para presentar una reclamación: debe ser por escrito; referirse a una disposición de la Carta aceptada por la Parte Contratante; explicar en qué medida dicha Parte no ha garantizado la aplicación de dicha disposición, y estar dirigida al Secretario General, que acusará recibo de la misma, la notificará a la Parte Contratante y la remitirá al Comité de Expertos Independientes (art.4 y 5).
- f) Se desarrollan el papel del Comité de Expertos Independientes y del Secretario General en el procedimiento de reclamaciones colectivas (art.6, 7 y 8).
- g) Desarrolla las mayorías por las cuales el Comité de Ministros, sobre la base del informe, podrá adoptar una resolución, así como podrá decidir consultar al Comité Intergubernamental de la Carta cuando el informe plantee nuevas cuestiones (art.9).
- h) Establece que la Parte Contratante afectada informará sobre las medidas que haya adoptado para poner en práctica las recomendaciones adoptadas por el Comité de Ministros, en un informe que presentará al Secretario General (art.10 y 11).

También se establecen elementos de interpretación del protocolo y se desarrolla lo relativo a la firma y la manifestación del consentimiento en obligarse por el Protocolo, a la entrada en vigor, a la posibilidad de denunciar el Protocolo y a las notificaciones que debe realizar el Secretario General en su condición de depositario del Protocolo.

## 5. Plan Garantía Juvenil Plus de trabajo digno para las personas jóvenes

Resol SEEES 24-6-21, BOE 25-6-21

### Resumen

Se aprueba el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027, que tiene como objetivo mejorar la cualificación de las personas jóvenes para que adquieran las competencias profesionales y técnicas necesarias para acceder al mercado laboral. El Plan va a servir de referencia para las entidades vinculadas al Sistema Nacional de Garantía Juvenil y permitirá que la UE libere fondos del FSE+ destinados al empleo juvenil.

### Desarrollo

El Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 se aprueba con el objetivo, entre otros, de mejorar la empleabilidad y el emprendimiento de las personas jóvenes y promover la creación de oportunidades del empleo e incrementar su cualificación e inserción laboral, dotándolas de más competencias profesionales, superando la brecha tecnológica y la segregación.

Las acciones del Plan se estructuran en 6 ejes (orientación, formación, oportunidades de empleo; igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional) e incorpora 69 medidas, entre las que destacan las siguientes:

- a) Flexibilidad y agilidad de la gestión para una orientación más efectiva que permita que las personas inscritas reciban una oferta de empleo o de formación en un plazo máximo de cuatro meses.
- b) Emprendimiento para personas jóvenes afectadas por la crisis sanitaria impulsando ayudas para afrontar el pago de cuotas a la Seguridad Social durante seis meses y también para la publicidad y transformación digital del negocio además de formación en marketing digital y comercialización a las personas emprendedoras.

Además, el Programa emprende con microcréditos va a permitir obtener financiación, sin necesidad de avales, a personas emprendedoras que no puedan acceder a un crédito ordinario.

- c) Favorecer la formación mediante itinerarios personalizados que prioricen la reincorporación a la educación reglada de las personas que hayan abandonado el sistema educativo de manera prematura.
- d) Primera experiencia profesional en las administraciones públicas que permita a los inscritos en el programa dotarse de experiencia y acceder a un empleo de calidad.
- e) Reincorporación al mercado laboral de las personas jóvenes que no buscan un empleo porque creen que no lo encontrarán. Los servicios públicos de empleo trabajarán desde una perspectiva local, mediante acciones coordinadas con los servicios sociales y de juventud para facilitar su integración en los servicios de orientación, en el Sistema Nacional de Empleo o bien en el sistema educativo.

- f) Acciones de empleo para personas LGTBI. Este colectivo va a disponer de un programa piloto de inserción sociolaboral para incorporar medidas específicas para erradicar situaciones discriminatorias.
- g) Orientación e inserción laboral de personas jóvenes migrantes.
- h) Personas con discapacidad: Se va a incidir en la cualificación específica de las personas orientadoras que atiendan este colectivo y se van a financiar acciones que den visibilidad a la inclusión de este colectivo en el empleo y permitan sensibilizar a las empresas. Además, se va a reforzar el «Servicio Puente» con la contratación de preparadores laborales de apoyo para el desarrollo de itinerarios personalizados de inserción para favorecer un empleo digno, de calidad y con autonomía personal.
- i) Orientación para la regeneración de espacios rurales y urbanos dirigida especialmente a jóvenes con iniciativa creativa que busquen llevar a cabo acciones con un fin principalmente social. Esto va a permitir obtener un doble impacto: la creación de empleo y responder a demanda habitacional de personas vulnerables. Las medidas que se van a adoptar son las siguientes:
- Sucesión generacional en el ámbito rural encaminadas a dar relevo generacional en empleos tradicionales.
  - Promoción de escuelas taller, talleres de empleo y programas mixtos de Empleo-Formación para incentivar la puesta en valor del patrimonio histórico, natural y cultural, la recuperación de oficios y generación de oportunidades laborales.
  - Programas de Empleo-Formación incluyendo la experiencia profesional en las empresas de la zona de intervención, con especial atención a la formación y el empleo en el marco del turismo rural.
  - Programa Redes Taller Joven para facilitar la movilidad dentro del territorio nacional en función de los intereses de las personas jóvenes con una ayuda específica que permitirá mejorar sus oportunidades.
- j) Oportunidades en la transición económica hacia la economía circular, economía digital, energías renovables, transición ecológica y economía azul. En estos ámbitos se llevará a cabo un mapa de oportunidades y necesidades en los diferentes territorios, desarrollar itinerarios integrales de empleo con programas de formación específicos. El Plan de Garantía Juvenil Plus apoyará la estancia de las personas jóvenes en centros de investigación y empresas tecnológicas.
- k) Escuelas profesionales duales que permita conectar la Formación Profesional con el empleo mediante una oportunidad laboral real y remunerada en empresas y un acompañamiento personalizado de entre 12 y 18 meses de duración.
- l) Escuelas de segunda oportunidad que permita incrementar las oportunidades laborales de las personas que abandonaron sus estudios a una edad temprana, adquiriendo formación en materias clave que permitan el acceso a la formación para obtener Certificados de Profesionalidad.

Todos los compromisos que se deriven de la aplicación de este Plan quedan condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en el ejercicio en curso y en los ejercicios siguientes.

## 6. ¿Qué salario debe indicar en la copia básica del contrato?

STS 26-5-21

### Resumen

El TS declara que es válida la copia básica del contrato que se limita a reproducir el contenido de los contratos originales, incluyendo la expresión «según pacto o según convenio» o consignando una cantidad que coincide con el salario mínimo de convenio y que no es el salario real del trabajador.

### Desarrollo

Para la realización de las funciones de control que tienen encomendadas, la empresa viene facilitando a los representantes de los trabajadores la copia básica de los contratos en las que, con relación al salario de los trabajadores, se limita a reproducir el contenido de los contratos originales, ya incluyendo la expresión «según pacto o según convenio», ya consignando una determinada cantidad que coincide con el salario mínimo de convenio, que no es el salario real del trabajador.

Una de las representaciones sindicales entiende que el salario a percibir por el trabajador es un dato esencial del contrato de trabajo, no siendo admisible que mediante una práctica fraudulenta se omita dicho conocimiento. Considera que la expresión según pacto/convenio no es válida y plantea demanda de conflicto colectivo. Al ser desestimada por la sala de lo social de la AN, el sindicato plantea recurso de casación ante el TS.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que el ET art.8.4 regula la obligación empresarial de entregar la copia básica con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente. También señala que la jurisprudencia del TS ha establecido que el empresario debe entregar una copia, pero no está obligado a suministrar datos distintos de los que figuren en el documento original. En efecto, en ningún punto de la norma establece la obligación de suministrar al Comité estos datos.

En el supuesto enjuiciado, la copia básica facilitada por la empresa a los representantes de los trabajadores reproduce el contenido de los contratos originales, ajustándose a la definición y calificación de copia básica: traslado o reproducción de un escrito (contrato) que recoge lo fundamental del mismo y que en materia salarial es su fiel reflejo. Además, tampoco se ha probado la existencia de fraude sobre si los datos aportados por la empresa son insuficientes o irreales. Señala el TS que, aunque resulta evidente que tiene que existir otro documento escrito donde conste ese pacto salarial, nada ha acreditado al respecto.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la demanda

**NOTA.** El Mº Fiscal solicitó la estimación del recurso para permitir el conocer el cumplimiento de los parámetros de la relación salarial entre trabajadores hombres y mujeres (ET art.28), Sobre este punto, el TS considera que ningún elemento permite sostener en el presente litigio que la parte demandada hubiera incumplido esa exigencia, ni la demanda formulada se proyecta en modo alguno sobre la misma, por lo que razones de congruencia le han impedido al TS pronunciarse sobre este extremo.

## 7. Pensión de viudedad con varios beneficiarios. ¿Qué ocurre si fallece uno de ellos?

STSUD 9-6-21

### Resumen

El TS ha declarado que, en caso de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad, al importe de la pensión que corresponde al cónyuge superviviente se debe añadir la porción de pensión que venía percibiendo el ex cónyuge a partir de su fallecimiento.

Esta misma solución no es aplicable al supuesto inverso en que quien fallece es el cónyuge superviviente.

### Desarrollo

Tras el fallecimiento de un trabajador el 15-7-1996, lucran pensión de viudedad su cónyuge y su ex cónyuge en proporción al período de convivencia. El 8-4-2017 fallece la ex cónyuge y la cónyuge solicita al INSS que se le abone la pensión de viudedad en su cuantía íntegra. La petición es denegada por el INSS puesto que la norma no contempla el acrecentamiento de la pensión de viudedad, mientras que sí lo hace con respecto a otros supuestos como la orfandad. La cónyuge superviviente presenta demanda que es estimada en primera instancia pero desestimada en suplicación. Por ello recurre en casación para unificación de doctrina planteando la cuestión referida a si es posible que la pensión de la cónyuge superviviente se acrezca con el importe de la pensión de la ex cónyuge cuando fallece esta.

El TS, tras analizar la evolución normativa y jurisprudencial de la pensión de viudedad en casos de crisis matrimonial, señala que ningún bloque normativo contiene una previsión que resuelva la cuestión suscitada. Por ello, analiza la cuestión partiendo de la premisa de que la persona viuda es titular de la pensión íntegra y solo cuando concurra otra beneficiaria le será minorada su cuantía, concluye que tras extinguirse el derecho a percibir pensión de viudedad de la primera esposa del causante recupera toda su amplitud el derecho originario e íntegro de la viuda. No se trata de realizar un nuevo cálculo, ni de revisar los porcentajes de pensión que deba abonar el INSS, ni de aplicar normas sobrevenidas al hecho causante, sino de que desaparecida la causa por la que el importe no es satisfecho en su integridad, cese el descuento o reparto. Se dispensa, así, una protección acorde con el carácter contributivo de la pensión de viudedad ya que el causante cumplió los requisitos exigidos para que el sistema de Seguridad Social abonase una pensión de viudedad a su fallecimiento, con independencia de si es compartida o no.

El TS aclara que no se trata, como en el caso de la orfandad absoluta, de un supuesto de acrecimiento de la pensión, que se produce cuando el derecho originario del beneficiario resulta incrementado. En el caso aquí analizado, lo que ocurre es que se restablece el derecho en su dimensión originarias. No hay nuevo hecho causante, ni se recalcula la pensión, y el INSS va a seguir abonando la misma pensión.

En atención a estas consideraciones, el TS estima el recurso de casación y declara que en caso de concurrencia de beneficiarios, al importe de la pensión de viudedad que le corresponde



al cónyuge superviviente, se le debe añadir la porción de pensión que ha venido percibiendo el excónyuge a partir del momento en que se extingue este derecho.

El TS advierte que no puede trasladarse esta solución al supuesto inverso de fallecimiento de la persona viuda y supervivencia del excónyuge, ni al de concurrencia de excónyuges.

## 8. El derecho a adaptar la jornada por conciliación incluye el traslado a un centro de trabajo en otra localidad

STSJ Galicia 25-5-21

### Resumen

El TSJ Galicia interpreta que el derecho de adaptar la jornada del ET art. 34.8 ampara, entre otras, las solicitudes de cambio de centro de trabajo, cuando ello fuese razonable y proporcionado en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Se reconoce el derecho de una trabajadora con dos hijos menores de doce años a que su empresa la cambie de sede geográfica para conciliar su vida familiar.

### Desarrollo

La trabajadora, que tiene dos hijos menores de 12 años, solicita por razones de conciliación, además de una reducción de su jornada habitual y la adaptación horaria, su traslado a otro centro de trabajo de situado en la localidad en la que reside junto a su familia. Trabajadora y empresa acuerdan la concreción horaria, pero la empresa no accede al traslado a pesar de haber contratado para ese centro a tres trabajadores, La trabajadora interpone demanda que es desestimada por el juzgado de lo social. Disconforme interpone recurso de suplicación ante el TSJ Galicia.

Para el TSJ la cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si el derecho a la adaptación de jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral incluye también el derecho al cambio de centro de trabajo en las condiciones convencionales y estatutarias.

Para resolverla el TSJ recuerda que el ET art.34.8 al regular el derecho a la adaptación de duración y la distribución de jornada incluye tanto la ordenación del tiempo de trabajo como la forma de la prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia. Interpreta que la mención a la forma de la prestación no puede restringirse al trabajo a distancia y considera que esta mención incluye todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia, que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Por todo ello, concluye que este precepto ampara también las solicitudes de cambio de centro de trabajo, cuando ello fuese razonable y proporcionado en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. No obstante, señala que no es un derecho absoluto, sino condicionado en su ejercicio, ya que el trabajador debe acreditar que la adaptación es necesaria para hacer efectiva la conciliación, exigiéndose, además, que la medida sea razonable y proporcionada con relación a las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el supuesto enjuiciado, la trabajadora alega que el traslado al lugar de trabajo facilitará la conciliación de su vida y en su negativa la empresa únicamente ha alegado motivos organizativos y preferencia de los trabajadores temporales a la transformación de sus contratos en indefinidos, además de la inexistencia real de vacantes que ofertar a la recurrente.

Para el TSJ, estas razones no son suficientes para desactivar el derecho a conciliar de la trabajadora. Recuerda que se han celebrado varios contratos temporales con posterioridad a la solicitud de conciliación, uno de los cuales fue transformado en indefinido. Esto supone que sí había una vacante y que la empresa ha obviado la petición de conciliación de la trabajadora. Considera que el derecho a la conciliación familiar es preferente al derecho a la transformación de un trabajo temporal en indefinido. Mientras el derecho a la conciliación es un derecho fundamental (Const. art. 14), el derecho al trabajo (Cons. art.35) no lo es, lo que conduce a primar el derecho de la trabajadora que solicita la conciliación por encima de los trabajadores temporales. Por ello, el TSJ concluye que los motivos alegados por la empresa no son suficientes para desactivar el derecho a conciliar geográficamente, pues había necesidad de un contrato indefinido a tiempo completo y la empresa solo alega el derecho a la estabilidad en el empleo del trabajador contratado. Es decir, la empresa ha preferido prescindir de quien ha ejercido un derecho fundamental para dar prioridad a quien no lo ha hecho y carece de preferencia, sin que se haya alegado un motivo suficiente por parte de la recurrida para justificarlo.

Por todo ello, el TSJ declara que la negativa empresarial a estimar la petición de la trabajadora es injustificada, por lo que al haber vulnerado su derecho a la conciliación también que debe condenarse al abono de una indemnización para el resarcimiento del daño que efectivamente producido. Para su cuantificación, aplicando la doctrina del TS, se acude al criterio objetivo de la LISOS, según el cual la infracción aquí producida podría encajarse en la LISOS art.8.12 (decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas ...) a la que va anudada una sanción que en grado mínimo tiene una cuantía de 6.251 a 25.000 € (LISOS art.40.1.c). No obstante, en cuanto la trabajadora ha fijado el valor de su resarcimiento de 6.000€, por aplicación del principio rogatorio, se condena a la empresa al abono de esa cantidad .

Se estima el recurso, revocando la sentencia de instancia y declarando el derecho de la trabajadora a adaptar geográficamente su contrato y, por tanto, al traslado al centro de trabajo que la empresa.

## 9. ¿Se puede suprimir la prima vinculada al estado de alarma si se recupera la normalidad?

SAN 1-6-21

### Resumen

La AN condena a una empresa a abonar hasta el 21-6-2020 la prima reconocida a los trabajadores para reconocer su esfuerzo durante el estado de alarma decretado para hacer frente a la crisis ocasionada por el COVID-19. Si la duración de la prima se reconoció hasta el fin del estado de alarma, la empresa no puede dejarla sin efecto antes aunque recupere la normalidad. La sentencia sanciona a la empresa por temeridad.

### Desarrollo

El 30-3-2020 la empresa comunica a los equipos de primera línea que se les va a gratificar con una prima, posteriormente cuantificada en 500 €/mes, desde el 15 de marzo y hasta el final del Estado de alarma, para reconocer su esfuerzo y compromiso.

El 15-5-2020, la empresa comunica que deja sin efecto esta asignación a partir del 24 de mayo dado que las autoridades han puesto en marcha medidas dirigidas a recuperar paulatinamente la actividad económica y, por ello, también la compañía ha comenzado a recuperar su normalidad. Los sindicatos consideran que esta actuación supone un incumplimiento de su compromiso inicial pues a esa fecha no había finalizado el estado de alarma, por lo que presentan demanda de conflicto colectivo. Solicitan que se declare el derecho de los trabajadores a percibir la prima de 500€/mes desde el 24 de mayo (fecha en que se dejó de abonar) hasta el 21 de junio de 2020 (fecha en que finalizó el estado de alarma).

Para la AN concurre en el caso analizado una condición más beneficiosa ya que existe una voluntad empresarial de atribuir a los trabajadores un beneficio que supera lo establecido legal o convencionalmente. Y reconocida como tal, mantiene su vigencia en sus propios términos mientras las partes no acuerden otra cosa o no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente. Por ello, considera que los trabajadores mantienen el derecho a percibir una prima de 500 €/mes durante la vigencia del estado de alarma decretado el 14-3-2020 y prorrogado hasta el 21-6-2020 sin que quepa acoger ninguna de las alegaciones de la empresa para eliminarla el 24-5-2020 o para limitar su cuantía a una inferior. Basa su decisión en las siguientes razones:

1. La comunicación de 30-3-2020, se emite una vez prorrogado el estado de alarma (cuya vigencia inicial era del 14-3-2020 al 28-3-2020). En esa comunicación no se supedita la medida a la vigencia de la prórroga ni al mantenimiento de las restricciones vigentes en ese momento. Es más, la empresa siguió abonando la prima hasta el final de la 4ª prórroga.
2. Cualquier duda que surja en la interpretación de una condición más beneficiosa debe resolverse en la interpretación de sus propios términos y la comunicación extendía el beneficio hasta el final del Estado de alarma, que finalmente se produjo el 21-6-2020.

3. Aunque la cuantía de la prima no se determina en la comunicación inicial, el hecho de haberla abonado desde el inicio en 500 €/mes evidencia que esa fue la intención del empleador.

Por ello, la AN estima la demanda e impone a la empresa una sanción de 500 euros por temeridad en la oposición a la demanda. Y es que los argumentos para defender su decisión, totalmente arbitraria, obedecen al empecinamiento en negarse a asumir el compromiso adquirido obligando a las partes a iniciar un procedimiento judicial de forma innecesaria en un momento en que los órganos judiciales se encuentran en una situación manifiesta de colapso.

## 10. ¿Se pueden descontar en nómina los retrasos en el inicio de la jornada?

STS 27-5-21

### Resumen

El TS confirma que la empresa puede descontar directamente de las nóminas los minutos de retraso en los fichajes de entrada por la falta de puntualidad del trabajador. No se considera multa de haber puesto que para ello es necesario que se detraiga un salario devengado, lo que no se produce si no hay prestación efectiva de trabajo. La sentencia cuenta con un voto particular.

### Desarrollo

Una empresa de contact center descuenta directamente en la nómina de sus trabajadores la parte correspondiente a los minutos de retraso en que incurren a la hora de incorporarse al trabajo. El sindicato CGT presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare esta práctica contraria a derecho pues implica una multa de haber encubierta ya que la jornada que prevé el convenio colectivo es anual y estos períodos de tiempo se podrían recuperar en otro momento. Además, considera que la empresa impone una doble sanción sobre la misma actuación pues sanciona disciplinariamente a los trabajadores que incurren en faltas de puntualidad de manera reiterada. La empresa por su parte, considera que la recuperación del tiempo dejado de trabajar es prácticamente imposible por la naturaleza de las campañas contratadas con las terceras empresas para prestar servicios en franjas determinadas de tiempo.

La AN, considera lícita esta práctica empresarial y desestima la demanda. El sindicato recurre en casación planteando la cuestión relativa a si constituye una multa de haber la práctica empresarial consistente en no abonar a sus trabajadores la retribución correspondiente al tiempo en que no prestan servicios laborales por los retrasos al incorporarse a sus puestos de trabajo.

El TS, confirma la sentencia recurrida en base a los siguientes argumentos.

1. Considera probada la existencia de dificultades para compensar los retrasos en un turno distinto; y es que la empresa proporciona servicios de contact center en virtud de contratos que se dimensionan con arreglo a horas o a medias horas y los trabajadores están adscritos a turnos determinados con arreglo a un horario fijo. Y aunque existe una compensación de jornadas para los trabajadores que atienden llamadas que se prolongan más allá de la finalización de su turno, se trata de un supuesto concreto que está regulado por un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
2. El salario retribuye el tiempo de trabajo o el tiempo de descanso computable como de trabajo. Pero en caso de falta de prestación de servicios por causa imputable al trabajador, que se retrasa al incorporarse a su puesto de trabajo sin causa justificada, no concurre la prestación de servicios que conlleva el devengo de la retribución. Y ello no supone una multa de haber puesto que esta consiste en la detracción del salario devengado o al que el trabajador tiene derecho.
3. El hecho de que la empresa sancione con amonestaciones, suspensiones de empleo y sueldo o con despidos las ausencias y retrasos de los trabajadores, a la vez que detrae de sus salarios los que se hubieran devengado de haber existido una efectiva prestación de servicios, no supone una doble sanción ya que la detracción de salarios obedece a la naturaleza bilateral y sinalagmática del contrato de trabajo y las sanciones obedecen al legítimo ejercicio de la potestad disciplinaria prevista legal y convencionalmente.

En atención a estas consideraciones, el TS desestima la demanda absolviendo a la empresa de las peticiones formuladas.

La sentencia contiene el voto particular de un magistrado que considera que el descuento en la nómina del trabajador constituye una sanción encubierta, ya que no está previsto ni legal ni convencionalmente y sí existe, al contrario, una regulación específica sobre los retrasos en el convenio colectivo. Considera, además, que es una práctica ilícita pues no se acredita impedimento alguno para recuperar los retrasos.

## **11. El TS recuerda que la indemnización por fin de contrato temporal declarado fraudulento y por despido improcedente son compensables**

STSUD 11-5-21

### **Resumen**

El TS declara, reiterando doctrina, que si hubo irregularidades en la ejecución del contrato, al emplearse al trabajador en varias obras de forma sucesiva, la indemnización que paga la empresa por fin del contrato temporal es compensable con la que luego se reconoce por despido improcedente a causa de las irregularidades en el contrato.

## Desarrollo

El trabajador venía prestando servicios para la empresa mediante un contrato por obra o servicio determinado hasta la extinción del mismo por finalización de la obra o servicio, recibiendo de la empresa la correspondiente indemnización por la finalización del contrato de obra. El trabajador considera que su relación debía ser considerada indefinida por fraudulenta y presenta demanda de despido.

El juzgado de lo social estima la demanda declarando la improcedencia del despido, condenando a la empresa al abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente sin descontar la percibida por la finalización del contrato de obra o servicio.

La sentencia se confirma en suplicación y la empresa interpone recurso de casación por la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si debe deducirse de la indemnización por despido improcedente la cantidad abonada por la empresa a la extinción del contrato por obra o servicio determinado, cuya ulterior declaración como fraudulento ha dado lugar a la calificación del cese como despido improcedente, cuando la relación laboral se ha sustentado en un único contrato de trabajo formalizado como temporal.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su doctrina establece que lo abonado en concepto de indemnización por la extinción de un contrato temporal sí ha de detraerse de la indemnización total a abonar.

Esta indemnización es la consecuencia de una decisión de la empresa que ha sido impugnada por la trabajadora. Esto es así porque la ruptura final del vínculo entre las partes no tiene como causa la extinción regular de dicho contrato temporal sino un despido improcedente, para el cual el legislador ha previsto una indemnización superior en cuyo cómputo resulta integrado el periodo de la prestación de servicios correspondiente al mismo contrato. Considera el TS que la indemnización es una cantidad abonada por la extinción de un único contrato (formalmente temporal) y de manera coetánea a la decisión de poner término a la cadena de ellos. Lo contrario supondría permitir un enriquecimiento injusto al hilo de un único despido.

En suma: procede pagar la indemnización por despido improcedente (no la específica de final de contrato temporal) y descontar de ella la erróneamente abonada por la empresa por terminación de contrato temporal.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, el TS concluye que la relación laboral se ha iniciado y mantenido con base en un único y solo contrato temporal, a cuya finalización se percibe una indemnización que resulta finalmente inferior a la que legalmente corresponde tras la calificación de tal cese como despido improcedente. Eso supone que el trabajador ya ha percibido de esta forma una parte de la indemnización que legalmente le corresponde a la extinción definitiva de la relación laboral, lo que obliga a deducir esa suma de la cantidad a cuyo pago ha de ser condenada la empresa.

Por todo ello, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina revocando la sentencia de instancia y fijar el importe de la indemnización a pagar por la empresa en la suma de 5.403,86 euros.

## 12. RDL 11/2021: el SEPE dicta instrucciones sobre la protección por desempleo

SEPE Instr 7-6-21

### Resumen

Tras la publicación del RDL 11/ 2021 y para garantizar una aplicación homogénea de la norma, el SEPE ha dictado unas instrucciones provisionales, especialmente relacionadas con la aplicación de la protección por desempleo a los distintos colectivos afectados.

### Desarrollo

Tras la publicación del RDL 11/ 2021 y para garantizar una aplicación homogénea de la norma, el SEPE ha dictado unas instrucciones provisionales, especialmente respecto de la aplicación de la protección por desempleo. Su contenido es el siguiente:

- a) Sobre ERTE basados en causas relacionadas con la situación pandémica. Recuerda la regulación de los ERTE prorrogados hasta el 30-9-2021 (de fuerza mayor, de impedimento de limitación); de los nuevos ERTE tramitados a partir del 1-6-2021; de los cambios de ERTES de impedimento a limitación y viceversa y de los ERTE ETOP.
- b) Sobre la protección por desempleo, diferencia la regulación de las siguientes situaciones:
  1. Expedientes de regulación temporal de empleo covid-19. Se recuerdan las medidas extraordinarias aplicables a las personas afectadas por ERTES, y que afectan entre otros a los siguientes aspectos:
    - La cuantía de la prestación se determina aplicando a la base reguladora de la relación laboral afectada por el expediente, el porcentaje del 70%.
    - Si se compatibiliza la prestación con la realización de un trabajo a tiempo parcial de su cuantía no se deduce la parte proporcional al tiempo trabajado.
    - Si se trabaja con reducción de jornada, las horas trabajadas se convertirán en días completos equivalentes de actividad.
    - Si durante un mes natural se alternan periodos de actividad y de inactividad, la empresa debe comunicar a mes vencido, a través de la aplicación `certific@2`, la información sobre los días trabajados en el mes natural anterior, sin perjuicio de la obligación de comunicar previamente a la Entidad Gestora, las bajas y las variaciones de las medidas de suspensión y reducción de jornada para que esta los pueda poner a disposición de la ITSS;
    - Si se desafecta a alguna o a todas las personas trabajadoras, estas deben comunicar a la Entidad Gestora la baja en la prestación de quienes dejen de estar afectadas por las medidas de suspensión o reducción con carácter previo a su efectividad.
    - Si los trabajadores afectados no son beneficiarios de prestaciones por desempleo durante los periodos de suspensión del contrato o reducción de jornada se considerarán en situación asimilada al alta durante dichos periodos –mientras se mantengan

las exenciones a la cotización a la Seguridad Social- a los efectos de considerar estos como efectivamente cotizados.

Las empresas que ya hubieran presentado solicitud colectiva de acceso a la prestación por desempleo (RDL 30/2020) únicamente tienen que presentar la solicitud respecto de los que no estuvieran ya incluidos.

2. Trabajadores fijos discontinuos y quienes realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas. Se establecen instrucciones para el acceso al desempleo de estos trabajadores, señalando que a partir del 1-6-2021, cuando llegue la fecha en la que estos se incorporaron a su actividad en el año 2019 – o en el año 2020 si fueron contratados a partir del 1-10-2019 deben incorporarse a la empresa o, de no ser posible, ser afectados por un ERTE vigente o que se autorice entonces. Asimismo, señala que si el periodo teórico de llamamiento se hubiera iniciado en el año 2019 – o en su caso, en el 2020 – antes del día 1 de junio, llegada esta fecha, los trabajadores deben reincorporarse al trabajo, o ser afectados por un ERTE.

En todo caso señala que, llegada la fecha de su teórico llamamiento, los trabajadores no podrán continuar percibiendo prestaciones por desempleo distintas de las derivadas del ERTE, es decir, no podrán continuar percibiendo ni las prestaciones ordinarias, ni las extraordinarias.

El plazo de las empresas para solicitar ante la autoridad laboral, la incorporación de estas personas al ERTE vigente o para tramitar al SEPE la solicitud colectiva de desempleo es de 15 días.

El SEPE también aclara los supuestos en los que resulta aplicable la prestación extraordinaria por desempleo (RDL 30/2020 art.9).

- Cuando el periodo teórico de llamamiento no esté comprendido entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de 2021.
  - Cuando finalice el periodo teórico de actividad.
  - Durante las interrupciones ordinarias de actividad en aquellos casos en que haya incorporación efectiva.
  - En las demás situaciones no reguladas en esta disposición adicional que afecten a personas trabajadoras a las que se refiere el TRDL 30/2020 art.9.
3. También se establecen las normas sobre la protección por desempleo para los siguientes colectivos:
    - Artistas en espectáculos públicos, tanto de la prórroga del acceso de la prestación de artistas como el nuevo acceso extraordinario a la prestación contributiva por los artistas en espectáculos públicos.
    - Subsidio por desempleo excepcional para personal técnico y auxiliar del sector de la cultura, con instrucciones tanto sobre la prórroga del subsidio excepcional para personal técnico y auxiliar del sector de la cultura como el nuevo acceso a la prestación.
    - Prórroga de la prestación para los profesionales taurinos.
  - c) Por último señala que puesto que no se ha prorrogado el RDL 30/2020 disp.adic.1ª se recupera el requisito que para ser beneficiario del programa de renta activa de inserción o del subsidio extraordinario por desempleo regulados en dichos preceptos, se exija sus solicitantes que acrediten haber realizado previamente acciones de búsqueda activa de empleo.



## 13. Actualización de la protección frente la exposición de agentes carcinógenos en el entorno laboral

RD 424/2021, BOE 16-6-21

### Resumen

Con vigencia desde el 17-5-2021, se publica se traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/130 que modifica la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos en el ámbito laboral. Se añaden nuevos 5 nuevos agentes carcinógenos y se incluyen dos nuevos apartados en la lista de sustancias, mezclas y procedimientos.

### Desarrollo

Con vigencia desde el 17-5-2021, se publica un RD mediante el cual se traspone al ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/130 que modifica la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos en el ámbito laboral. Las novedades incluidas son las siguientes:

- a) Se incluyen cinco nuevos agentes que cumplen los criterios para ser clasificados como carcinógenos, se establecen valores límite a las exposiciones inhalatorias a las emisiones de motores diesel y se incluye la exposición cutánea para determinados aceites y mezclas de hidrocarburos. Los nuevos agentes son los siguientes:
  - Tricloroetileno, 4,4'.
  - Metilendianilina.
  - Epiclorohidrina.
  - Dibromuro de etileno.
  - Dicloruro de etileno.
- b) Se incluye en la lista de sustancias, mezclas y procedimientos, dos nuevos apartados:
  - Trabajos que supongan exposición a emisiones de motores diesel.
  - Trabajos que supongan exposición cutánea a aceites minerales previamente utilizados en motores de combustión interna para lubricar y refrigerar los elementos móviles del motor.
- c) Se establecen valores límite de referencia para la vía de exposición inhalatoria a las emisiones de motores diésel, en relación con una media ponderada temporalmente con un período de referencia de ocho horas (exposición de larga duración) y, en el caso de determinados agentes carcinógenos o mutágenos, con un período de referencia más corto, con una media ponderada temporalmente a lo largo de quince minutos (exposición de corta duración). Se establece un valor límite, en periodo de 8 horas: 0,05 mg/m<sup>3</sup>, calculado sobre la base del carbono elemental en las emisiones de motores diésel.
- d) Se añade la «observación de piel» para aceites minerales previamente utilizados en motores de combustión interna para lubricar y refrigerar los elementos móviles del motor que

implica la posibilidad de una contribución importante a la carga corporal total por exposición cutánea. También se aplica en las «mezclas de hidrocarburos aromáticos policíclicos, en particular los que contienen benzo[a]pireno», que cumplen los criterios para ser clasificadas como carcinógenas (de categoría 1A o 1B) con arreglo al Rgto (CE) n° 1272/2008 y son agentes carcinógenos en el sentido del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo.

## 14. Complemento de IT. No se aplica a las bajas por contagio del COVID 19

SAN 13-5-21

### Resumen

El complemento de IT establecido en el convenio colectivo para los supuestos derivados de accidente de trabajo no es de aplicación a las situaciones asimiladas legalmente a accidente de trabajo como son el contagio, aislamiento o restricción de movilidad causados por el COVID-19.

### Desarrollo

El convenio colectivo aplicable en una empresa establece un complemento hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja para las situaciones de IT derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional u hospitalización. Los sindicatos denuncian que este complemento no se está abonando a las situaciones de IT asimilada a accidente de trabajo por haber estado el trabajador aislado, contagiado o con restricciones en las salidas del municipio de residencia como consecuencia del virus COVID-19. Por ello presentan, el 21-10-2020, demanda en solicitud de que se reconozca este derecho a los trabajadores de la empresa.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si el complemento de IT establecido en el convenio colectivo para los supuestos derivados de accidente de trabajo, es aplicable a las situaciones contempladas en el RDL 6/2020 art.5 que considera como situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente a efectos de la prestación económica por IT del sistema de Seguridad Social, los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del COVID-19.

La AN considera que el complemento reclamado no puede hacerse extensiva a las situaciones reclamadas en base a los siguientes argumentos:

1. La asimilación a accidente de trabajo recogida en el art.5 del RDL 6/2020, se refiere exclusivamente a efectos de la prestación económica por IT. Se aplica a las bajas producidas a partir del 12-3-2020 y supone una ventaja tanto para los trabajadores, que perciben la prestación en mayor cuantía que si se considerara enfermedad común, como para los empresarios, que tienen una menor implicación pues de tratarse de contingencia común deberían abonar a su cargo los días 4º a 15º del subsidio.

2. Aunque incida en una prestación de la Seguridad Social, el complemento de IT no puede merecer la misma catalogación. Es un mero complemento voluntario a cargo de la empresa y amparado en el convenio colectivo. Como tal, debe interpretarse con arreglo a las cláusulas que lo establezcan y, en el caso analizado, no consta que se haya previsto para las situaciones de contagio, aislamiento o restricciones a la movilidad como consecuencia del COVID-19, sino solo para las situaciones accidente de trabajo, enfermedad profesional y hospitalización.
3. Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son autónomas o independientes sino que están en función de la propia dinámica de la prestación a la que mejoran. Por ello, a falta de previsión expresa en la regulación que la implanta, las dudas respecto de su alcance deben resolverse atendiendo a la conceptualización de la contingencia mejorada, en este caso la IT derivada de accidente de trabajo. Pero en el caso enjuiciado, no concurren todos los requisitos delimitadores del concepto legal de accidente de trabajo pues los períodos de aislamiento, contagio o restricciones a las salidas del municipio de residencia como consecuencia del COVID-19 no son una lesión corporal sufrida con ocasión o como consecuencia del trabajo.

Por ello, la AN desestima la demanda.

**NOTA.** El INSS ha equiparado el periodo de cuarentena obligatorio establecido tras el retorno a España para las personas que han viajado a países respecto de los que se ha impuesto dicha obligatoriedad, a los supuestos de aislamiento por contacto estrecho con un positivo por contagio del COVID-19, a efectos del reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal (IT) asimilada a accidente de trabajo (INSS Criterio de gestión 10/2021).

## 15. Alta dirección. El TS declara que las indemnizaciones por despido y por falta de preaviso son compatibles

STSUD 11-5-21

### Resumen

El TS señala que con independencia de la calificación del cese como desistimiento o como despido improcedente la indemnización por preaviso se debe siempre que el cese del alto cargo se considere improcedente y la empresa opte por la rescisión indemnizada del contrato.

### Desarrollo

El trabajador prestaba servicios para empresa como director general, en virtud de contrato laboral especial de alta dirección hasta la extinción de su relación laboral como consecuencia de unos hechos que fueron calificados como despido. En el contrato las partes habían incluido una cláusula para el caso de que se produjera su resolución anticipada del contrato, estableciendo una penalización por infracción del plazo de preaviso (3 meses) que consistía en

el abono de la parte incumplidora de una cantidad equivalente a la retribución fija percibida por cada año de incumplimiento.

Disconforme con el despido, el trabajador presenta demanda contra el despido que es declarado improcedente en la instancia, condenando a la empresa a abonar al directivo tanto la indemnización por despido como la correspondiente al incumplimiento del deber de preaviso. En suplicación se suprime la condena por falta de preaviso, a entender que esta solo se refiere a los supuestos de desistimiento y disconforme, el trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión debatida consiste en decidir si en una relación laboral especial de alta dirección en la que se ha producido un despido improcedente con condena al pago de la correspondiente indemnización, esta resulta compatible con la derivada de falta de preaviso.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que la jurisprudencia del TS ha declarado en repetidas sentencias que la indemnización por falta de preaviso ha de sumarse suma a la indemnización por la rescisión contractual, cuando habiéndose pactado en el contrato, el empresario procede a la rescisión del mismo tras la declaración de improcedencia del despido. Para llegar a esta conclusión el TS efectúa el siguiente razonamiento:

- a) En caso de declararse inexistente la causa del despido alegada, la decisión extintiva queda sin otro fundamento que la voluntad de quien la adopta, que con aquélla se quiso solapar.
- b) Cuando la extinción por despido sea calificada de nula, improcedente o procedente, las consecuencias están previstas legalmente en beneficio del trabajador, sin que en ningún caso puedan causarle algún perjuicio. Este perjuicio se produce cuando el empleador tiene la posibilidad de eludir el cumplimiento de su obligación contractual mediante el cauce de la gratuita imputación de una causa extintiva del contrato totalmente inexistente.
- c) La cláusula por preaviso juega cuando el empresario opta por no readmitir, momento en el que se rescinde el contrato por su voluntad y debe abonar la indemnización correspondiente, legal o pactada, y la compensación por el preaviso que se hubiese convenido, por ello, solo cuando el empresario de los servicios del trabajador, es aplicable la cláusula de preaviso, que al no haber sido respetada se traduce en un aumento de la indemnización acordada.

En el supuesto enjuiciado el despido se calificó de improcedente, con independencia de que el empresario no lo formalizó directamente, sino que lo provocó el mismo mediante conductas que impidieron al trabajador la realización de las funciones que tenía pactadas, incluso dándole de baja en el sistema de Seguridad Social y bloqueando su acceso al sistema informático de la empresa. Tales conductas se calificaron como despido, lo que nadie discute en esta sede, que se resolvió con la correspondiente indemnización. Por ello, concluye que habiéndose producido la extinción contractual por voluntad del empresario, dicha rescisión debió ser preavisada, lo que no se hizo, por lo que correspondía la indemnización anudada a tal falta, compatible con la derivada del despido.

Por todo ello, se estima el recurso, declarando la firmeza de la sentencia de instancia.

## 16. Las empresas no tienen obligación de hacer test de detección del COVID-19

STS 20-5-21

### Resumen

El TS rechaza que las empresas de ambulancia estén obligadas a realizar test de detección del COVID-19 a los técnicos de transporte que hayan estado en contacto directo o indirecto con pacientes infectados. No existe previsión legal alguna de la que se desprenda la obligación de las empresas de realizar este tipo de pruebas diagnósticas.

### Desarrollo

El 23-4-2020 se presenta demanda en procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física, frente a la conducta de una empresa adjudicataria del servicio de ambulancias por no haber dispuesto para toda su plantilla la realización de test rápidos de detección de anticuerpos para COVID-19.

El TSJ País Vasco estima la demanda y condena a la empresa a realizar la evaluación de los técnicos de transporte sanitario que hayan estado en contacto directo indirecto con pacientes COVID-19 ya sea por test rápido o test prueba PCR. La empresa recurre en casación.

El TS no aprecia motivos para entender que la empresa haya incumplido las obligaciones impuestas por cualquier clase de normativa, ordenes, instrucciones o indicaciones emanadas de la autoridad sanitaria competente en la gestión de la pandemia. Ni la demanda ni la sentencia recurrida se sustentan en las múltiples disposiciones legales de diferente rango que se han venido dictando específicamente tras la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, sino que amparan sus razonamientos en los genéricos deberes de protección de la salud que impone la normativa anterior a la situación de pandemia.

En realidad no existe, a la fecha de interposición de la demanda, ninguna norma vigente que permita exigir a la empresa la realización a sus trabajadores de los test de detección del Covid-19, en los términos, condiciones y circunstancias declarados por la sentencia recurrida. Tampoco la posterior OM SND/344/2020, por la que se establecen medidas excepcionales para el refuerzo del Sistema Nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, recoge esta obligación, sino que somete el régimen de realización de esta clase de pruebas a la previa existencia de criterios médicos que aconsejen su realización. En defecto de esa indicación médica, y ante la ausencia de ninguna otra norma legal vigente en la fecha de interposición de la demanda de la que pudiere desprenderse lo contrario, no existen razones para imponer a la empresa la específica obligación que reclaman los demandantes.

Tampoco se desprende esa obligación de lo dispuesto posteriormente en el RDL 21/2020 de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 –convalidado por la L 2/2021- que en su art. 7 regula las obligaciones exigibles a las empresas en sus centros de trabajo.

Por ello, el TS estima el recurso de casación y acuerda la íntegra absolución de la empresa demandada.

## 17. Publicada la ratificación de la Carta Social Europea revisada

Instr. ratificación Carta Social Europea (1996)

### Resumen

Se publica ratificación por España de La Carta Social Europea revisada 1996. Se trata de una normativa que amplía los derechos que deben garantizarse en el entorno laboral. La ratificación permitirá desarrollar nuevas medidas para mejorar la aplicación de los derechos sociales garantizados.

### Desarrollo

Se publica en instrumento de ratificación de la Carta Social Europea Revisada, que ha sido depositado en la sede del Consejo de Europa en Estrasburgo. La Carta Social Europea (revisada) de 1996 actualiza el contenido de la Carta de 1961, teniendo en cuenta los cambios sociales fundamentales acaecidos desde su adopción.

La Carta Social Europea (revisada) entró en vigor el 1-7-1999 y fue firmada por España el 23-10-2000. No obstante, la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación.

La Carta revisada consolida en un solo instrumento los derechos recogidos en la Carta de 1961 y en el Protocolo adicional (nº1) de 1988, la reforma del mecanismo de control prevista por el Protocolo modificador (nº2) de 1991. Asimismo, amplía el catálogo de derechos e introduce nuevas enmiendas, prestando especial consideración a las personas vulnerables.

Su texto consta de un Preámbulo, seis Partes y un Anexo.

- a) Parte I. Recoge derechos y principios cuya efectividad debe constituir el objetivo para el diseño de las políticas sociales de los Estados Parte y de su cooperación internacional.
- b) Parte II. Recogen los compromisos por los que las Partes pueden considerarse vinculadas, según se establece en la Parte III de la Carta, en las siguientes materias:
  - Derecho al trabajo y a unas condiciones de trabajo equitativas.
  - Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.
  - Derecho a una remuneración equitativa.
  - Derecho de sindicación y de negociación colectiva.
  - Derecho de los niños y jóvenes a protección social, jurídica y económica.
  - Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad.
  - Derecho a la orientación profesional y a la formación profesional.
  - Derecho a la protección de la salud, a la seguridad social, a la asistencia social y médica y a los beneficios de los servicios sociales.
  - Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad.

- Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo.
  - Derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo.
  - Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica.
  - Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las otras Partes.
  - Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a recibir protección y asistencia.
  - Derecho a la protección en caso de despido.
  - Derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador.
  - Derecho a la dignidad en el trabajo.
  - Derecho de las personas de edad avanzada a la protección social.
  - Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato.
  - Derecho de los representantes de los trabajadores a la protección en las empresas y facilidades que se les deberán conceder.
  - Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo.
  - Derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social. y
  - Derecho a la vivienda.
- c) Parte III. Se incluyen las obligaciones de las Partes respecto a los derechos reconocidos en la Carta.
- Establece que cada uno de los Estados Parte ha de obligarse, al menos, de 16 artículos, o 63 párrafos numerados, a su elección, además de 6 de los siguientes artículos de la Parte II: 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20.
- d) Parte IV. Se establece la continuidad del régimen de supervisión de la Carta Social Europea y su Protocolo Adicional I.
- e) Parte V. Incluye, entre otros, los siguientes contenidos:
- Consagra el principio de no discriminación.
  - Prevé el derecho de las Partes a la suspensión de obligaciones en caso de guerra o peligro público.
  - Determina la imposibilidad de aplicar restricciones o limitaciones a los derechos y principios de la Parte I, salvo los establecidos por Ley y que sean necesarios en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.
  - También se regulan las relaciones entre la Carta y el derecho interno y los acuerdos internacionales ya suscritos, preservando el régimen más favorable a las personas protegidas. También se incluye en esta parte el régimen aplicable a las enmiendas.

- f) Parte VI. Recoge los procedimientos habituales para firma, ratificación, entrada en vigor, aplicación territorial, denuncia y notificaciones.

En el Anexo se incluyen aclaraciones sobre la aplicación general de la Carta Social Europea (revisada), especialmente en lo que se refiere a personas protegidas.

## 18. El TS declara que los trabajadores sexuales tienen derecho a sindicarse

STS 1-6-21

### Resumen

El Pleno del TS considera que las personas que desarrollan trabajos sexuales tienen derecho a sindicarse y declara ajustados a Derecho los Estatutos del Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS).

### Desarrollo

Las asociaciones Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres y Plataforma 8 de Marzo de Sevilla, presentan demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare la nulidad de los estatutos y del acta de constitución del Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS) y, en consecuencia, la disolución de la organización sindical. La AN estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de los Estatutos al considerar incluido en su ámbito funcional (art.4) actividades que, por su naturaleza, no pueden ser objeto de un contrato de trabajo válido como es la prostitución por cuenta ajena. La nulidad del precepto que recoge el ámbito funcional determina la nulidad de los estatutos en su conjunto.

El sindicato OTRAS recurre en casación ante la Sala de lo Social del TS, que analiza si los Estatutos son o no válidos para lo que examina el ámbito funcional de los mismos. De este modo analiza el art.4 en relación con el art.6 de los Estatutos de donde se advierte que su ámbito funcional se extiende a las actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes, debiendo entender por tal aquel que se presta por cuenta ajena en el que concurren las notas de laboralidad. Concluye así que el ámbito funcional del Estatuto es conforme a Derecho, sin que tenga cabida la prostitución contraria a Derecho.

Refuerzan esta conclusión las siguientes consideraciones:

Si se considera que la prostitución por cuenta propia sí es legal, el sindicato OTRAS puede dar cabida a estas personas;

Si el legislador considerase en algún momento que también cabe la prostitución por cuenta ajena, no sería necesario adaptar los Estatutos para darles cabida;

La defensa de la libertad sindical desaconseja interpretaciones restrictivas de la misma dando por supuesto que los Estatutos de OTRAS contemplan la asociación de personas que desa-



rollan una actividad contraria a derecho que queda así legalizada y que quienes incurrir en una conducta penalmente perseguida obtienen una eximente.

Concluye así el TS que el ámbito funcional del Estatuto es conforme a Derecho y que las personas que desarrollan trabajos sexuales gozan del derecho fundamental a la libertad sindical y tienen derecho a sindicarse. Por ello, estima el recurso de casación y considera ajustados a derecho los Estatutos impugnados.

## 19. ¿Cómo se computan las pausas por uso de pantallas de visualización de datos?

STS 26-5-21

### Resumen

El TS, interpretando el convenio colectivo de contact center, declara que los trabajadores tienen el derecho de disfrutar al final de cada jornada de las pausas por uso de pantallas de visualización de datos que correspondan al número de horas de trabajo efectivo realizadas a lo largo de toda la jornada, con independencia de que la misma sea continuada o partida.

### Desarrollo

El convenio colectivo del sector de contact center (art.54) establece que el personal de operaciones que desarrolle su actividad en pantallas de visualización de datos (PVD) tiene derecho a una pausa no acumulativa de 5 minutos por cada hora de trabajo efectivo. Señala que la distribución y la forma de llevar a cabo las pausas le corresponda a la empresa, sin que se puedan demorar o adelantar en su inicio más de 15 minutos respecto a cuando se cumplan las horas fijadas para su ejecución. En aplicación de este precepto, cuando se trata de su-puestos de jornada partida, las empresas del sector no computan las fracciones de hora pre-vias a la interrupción de la jornada a efectos de generar, una vez se reanuda el trabajo, pausas de PVD. Disconforme con esta interpretación, los sindicatos más representativos de sector interponen demanda de conflicto colectivo en la que se solicita que se declare el derecho de los trabajadores al disfrute de una pausa de 5 minutos de descanso por uso de PVD por cada hora de trabajo efectivo, cualquiera sea la distribución de la jornada y horarios. La AN estima la demanda, por lo que la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que la interpretación de las disposiciones de los con-venios colectivos debe hacerse utilizando los criterios literal, sistemático, histórico y finalista. No siendo posible la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable. Asimismo señala que deben ser interpretados en su conjunto, no siendo posible el espiguo.

Por otra parte, señala que las normas de prevención de riesgos laborales deben ser interpre-tadas y aplicadas en el sentido más favorable a la finalidad de las mismas, esto es: la preser-

vación de la salud de los trabajadores y la evitación de toda alteración de la misma que pueda producirse como consecuencia del trabajo.

En el supuesto enjuiciado, la norma cuya interpretación se discute tiene naturaleza de norma de prevención de riesgos laborales. El TS recuerda que su doctrina se ha pronunciado sobre las PVD, reconociendo de manera clara el derecho a la pausa por su actividad en PVD de la última hora de trabajo efectivo dentro de la jornada laboral diaria, independientemente de la duración de esta última; lo que supone un antecedente de extraordinaria importancia para la resolución del presente recurso. También se ha reconocido que el derecho al descanso de 5 minutos en PVD por cada hora efectiva de trabajo, se debe considerar como efectivo de trabajo; y que existe una obligación de comunicar estas pausas a la RLT.

En aplicación de esta doctrina, el TS concluye que, con independencia de que, dentro de un margen de más o menos 15 minutos respecto del comienzo o finalización de cada hora de trabajo, la empresa pueda organizar las pausas de manera lógica y racional en función de las necesidades del servicio, debe interpretarse que al final de cada jornada la suma de pausas de PVD debe ser igual al número de horas de trabajo efectivo que se han realizado a lo largo de toda la jornada, con independencia de que la misma sea continuada o partida. Considera que solo de esta forma se puede cumplir plenamente la letra y la finalidad del precepto convencional.

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

## **20. Teletrabajo: las desconexiones no imputables al trabajador son tiempo efectivo de trabajo**

**SAN 10-5-21**

### **Resumen**

La AN declara que en caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación de servicios (cortes en el suministro de luz o conexión de internet...) y que sean ajenos a las personas trabajadoras, la empresa ha de computar el tiempo que dure aquel como tiempo efectivo de trabajo. No puede exigirse su recuperación o el descuento en las retribuciones.

### **Desarrollo**

La representación sindical en la empresa, perteneciente al sector de contact center, plantea demandada de conflicto colectivo en la que solicita que cuando dentro de la jornada prestada en teletrabajo se produzcan incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, y que sean ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir

descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia.

La empresa se opone al entender que no se trata de una falta de ocupación efectiva imputable a la empresa. También solicitan que las pausas para atender a las necesidades fisiológicas se registren de forma separada al resto de las pausas, ya que, so pena de sanción por abandono puntual de su puesto de trabajo la empresa establece que deben ser imputadas bien a la pausa por comida, bien a pausas en PVD.

Para resolver la cuestión, la AN recuerda que una de las notas características del contrato de trabajo es la ajenidad (ET art.1.1), que implica que el empleador debe proporcionar al trabajador los medios de producción necesarios para el desarrollo de su prestación. Asimismo, señala que si el trabajador no pudiera prestar sus servicios por impedimentos imputables al empresario, el trabajador conserva su derecho al salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo (ET art.30). Características que son plenamente aplicables al trabajo a distancia o teletrabajo (L 28/2020 art.4)

Partiendo de las anteriores consideraciones, la Sala considera que la demanda debe ser estimada por las siguientes razones:

- a) Si la caída del suministro eléctrico no implica para los trabajadores denominados presenciales la obligación de prestar servicios en otro momento, esta no puede suponer una consecuencia distinta para los trabajadores que trabajan a distancia (L 28/2020 art.4.1).
- b) El principio de ajenidad en los medios implica que aún en el caso del teletrabajo, cualquier funcionamiento defectuoso de los mismos por causa no imputable al trabajador debe ser imputable al empleador, que es quién tiene la obligación de proporcionar los medios al empleado para que realice su trabajo (ET art.30).
- c) El hecho de que formalmente sea el trabajador o un tercero distinto del empleador el que haya concertado el contrato de suministro con la compañía eléctrica en los supuestos de teletrabajo no puede implicar una exoneración por parte del empleador de su obligación de dar ocupación al trabajador. Si perjuicio de que la caída de suministro sea susceptible de operar- previa constatación por la Autoridad Laboral- como fuerza mayor que suspenda el contrato de trabajo, o de las acciones que el empleador pueda ejercitar frente al responsable del suministro por los gastos salariales que haya satisfecho por el defectuoso funcionamiento del mismo (CC art.1902 s.).

Respecto de la consideración que deben tener las pausas para atender las necesidades fisiológicas, la AN, aplicando tanto la jurisprudencia del TJUE como la jurisprudencia de la AN considera que el no permitir registrar pausas vulnera la dignidad del trabajador, que no es otra cosa que el derecho que tiene a ser tratado como una persona en todo momento, resulta contrario a la protección de salud. Asimismo y a mayor abundamiento, considera que esta práctica puede constituir una discriminación indirecta por razón de edad pues resulta indiscutible que esta práctica, aparentemente neutra, implica en la práctica un trato peyorativo a los trabajadores de más edad respecto de los más jóvenes.

## 21. Despido nulo. El período transcurrido hasta la readmisión también devenga vacaciones

STSUD 11-5-21

### Resumen

Restablecido el vínculo laboral tras la declaración de nulidad del despido, el tiempo transcurrido hasta la efectiva reincorporación al puesto de trabajo debe computarse como efectivamente trabajado a efectos del devengo de vacaciones puesto que la causa de la interrupción de la prestación de trabajo es ajena a la voluntad del trabajador.

### Desarrollo

Declarada la nulidad del despido colectivo producido el 10-4-2015, se condena la empresa a readmitir a los trabajadores despedidos y a abonarles los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión producida el 17-7-2015.

El 31-7-2015, una de las trabajadoras solicita la concesión de vacaciones del 3 al 10 de noviembre, por los días generados entre la fecha del despido y la reincorporación. La empresa rechaza la solicitud al considerar que la trabajadora debe considerarse compensada con los salarios de tramitación. Alega, además, que la finalidad de las vacaciones es procurar el reposo necesario para que los trabajadores se recuperen del desgaste producido por su actividad laboral y que en el período comprendido entre el despido y la readmisión no hubo prestación de servicios.

La trabajadora presenta demanda que el juzgado de primera instancia estima reconociendo el derecho de la trabajadora a las vacaciones y, al no ser posible su disfrute en el período reclamado, al abono de una compensación económica sustitutoria. Confirmada la sentencia en suplicación, recurre la empresa en casación para la unificación de doctrina.

El TS no comparte la tesis de la empresa de que durante el lapso de tiempo cuestionado no hubo efectiva prestación de servicios y, por lo tanto, no se generó el derecho al descanso. Aplica al supuesto doctrina de TS 10-4-90 y de TS 27-5-19 que, abordando el efecto que tiene la readmisión efectiva del trabajador después de un despido declarado improcedente en la relación laboral y en el derecho a las vacaciones, afirman que el tiempo de sustanciación de un proceso de despido cuando finalmente se opta por la readmisión efectiva del trabajador, ha de ser considerado como tiempo de actividad laboral. Argumentan las sentencias, con análisis de la normativa europea y de la OIT, que si en ese lapso de tiempo no hubo trabajo efectivo no fue por voluntad del trabajador sino por un acto extintivo de la empresa que después se declara ilícito y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión. Por ello, ese tiempo equiparable a tiempo de trabajo proyecta sus efectos sobre la relación laboral y, entre otros, en el derecho a las vacaciones no disfrutadas por el trabajador debido a causas que no le son imputables.

Por ello, el TS desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

## 22. ERTE Covid. Nuevas aclaraciones de la TGSS sobre declaraciones responsables e identificación de trabajadores

BNR 4/2021

### Resumen

A través del BNR 4/2021, la TGSS aclara las actuaciones que deben llevar a cabo quienes se acojan a las medidas introducidas por el RDL 11/2021 para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

### Desarrollo

El BNR incluye información en relación con las comunicaciones que deben realizar ante la TGSS quienes se acojan a las medidas introducidas por el RDL 11/2021.

#### 1. Actuaciones relacionadas con ERTE Covid-19.

El BNR 4/2021 indica la forma realizar la declaración responsable sobre la existencia y mantenimiento de los distintos tipos de ERTE a efectos de la exoneración de cuotas a la Seguridad Social. En el caso de prórroga de ERTes vigentes a 30-5-2021, la declaración responsable se va a seguir comunicando a través del sistema RED como se venía realizando hasta ahora. No obstante, se crean nuevos CPC para las siguientes situaciones iniciadas a partir del 1-6-2021:

- CPC 078: para ERTes por impedimento.
- CPC 079: para ERTes por limitaciones.
- CPC 080: para empresas pertenecientes a sectores con elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de la actividad a las que se prorrogue automáticamente el ERTE autorizado en base al RDL 8/2020 art.22 y que transiten entre el 1-6-2021 y el 30-9-2021 de un ERTE por FM a un ERTE por causas ETOP.
- CPC 081: Para empresas que formen parte de la cadena de valor de empresas pertenecientes a sectores con elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de la actividad que transiten entre el 1-6-2021 y el 30-9-2021 de un ERTE por FM en base al art.22 del RDL 8/2020 a un ERTE por causas ETOP.

El BNR indica, además, la forma de identificación de trabajadores, período de suspensión o reducción de jornada y reinicio de actividad para cada una de las situaciones. Para los nuevos CPC se han creado los siguientes nuevos tipos de inactividad: J4 a J6; K1 a K9 y L1 a L9.

La renuncia expresa al ERTE se va a seguir realizando a través del CPC 063, y la renuncia a las exenciones por reparto de dividendos a través del CPC 064.

#### 2. Medidas para la protección de trabajadores autónomos.

Se indica que para la aplicación de las exenciones previstas por el RDL 11/2021 art.5 no es preciso realizar ningún tipo de actuación en el ámbito afiliación. Se aplicarán a los tra-

bajadores autónomos del RETA o del RETM que a 31-5-2021 estuvieran de alta en la SS y vinieran percibiendo alguna de las siguientes prestaciones por cese de actividad:

- Prestación extraordinaria por cese de actividad por no tener acceso a la prestación ordinaria de cese de actividad ni a la prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia (RDL 2/2021 art.6).
- Prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia (RDL 2/2021 art.7).

## 23. Nueva infracción en materia de relaciones laborales

LO 8/2021, BOE 5-6-2021

### Resumen

La LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, introduce una nueva infracción en el orden social por el hecho de dar ocupación a personas con antecedentes de naturaleza sexual en actividades relacionadas con personas menores de edad.

### Desarrollo

Se publica la LO 8/2021, vigente con carácter general a partir del 25-6-2021, que tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad.

La norma establece medidas de protección integral en numerosos órdenes jurisdiccionales. En el orden socio-laboral, se establece la prohibición a las empresas de dar ocupación en profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con personas menores de edad, a quienes tengan antecedentes en el Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos (LO 8/2021 art.57.3).

El incumplimiento de esta obligación se configura como una nueva infracción muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, mediante la inclusión de un nuevo apartado 19 en el art.8 de la LISOS (RDLeg 5/2000). De este modo, quien de ocupación a personas con antecedentes de naturaleza sexual en actividades relacionadas con personas menores de edad va a poder ser sancionado con multa de entre 6.251 y 187.515 euros.

Por otro lado, la norma mandata al Gobierno para regular el régimen de Seguridad Social de las personas acogedoras especializadas de dedicación exclusiva (LO 8/2021 disp. adic. 9ª).

**NOTA.** La LO 8/2021 incluye modificaciones en numerosos cuerpos normativos, entre otros: Código Civil; LOPJ; Código Penal; L 1/1996 de asistencia jurídica Gratuita o la LEC.

## 24. ¿Cuándo existe obstrucción a la actuación de la ITSS?

STS 13-5-21

SAN 5-5-21

### Resumen

Son supuestos de obstrucción de la labor inspectora tanto la falta de identificación de una parte de los trabajadores causada tanto por la actuación de uno de sus empleados de la empresa y por la diferencia entre los trabajadores identificados en la visita y los que comparecieron posteriormente ante la ITSS, como la negativa reiterada a aportar la documentación solicitada por la ITSS. No obstante, el criterio de proporcionalidad exige sopesar a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada.

### Desarrollo

Los tribunales (AN y TS) han analizado recientemente dos supuestos en los que han apreciado la existencia de obstrucción a la labor de la ITSS. En ambos supuestos, atendiendo a las circunstancias concurrentes, ambos tribunales han rebajado las sanciones impuestas:

#### A. Falta de identificación de los trabajadores (TS 13-5-2021)

La ITSS visita el centro de trabajo- un campo de cultivo en el que se recogían naranjas- para identificar a los trabajadores que prestaban servicios en el mismo, situándose junto a la báscula en la que pesaban la fruta. Se identifica a 10 de los trabajadores y tras ser informada por unos ellos de que el número total de recolectores era 20, solicita al capataz que acuda a avisar al resto para que sean identificados. Ni el resto de los trabajadores ni el capataz salieron del campo. Tras ir a buscarle el capataz manifiesta que el resto de los trabajadores se había ido y no sabía la razón. La ITSS requiere a la empresa para que comparezca toda la cuadrilla en sus oficinas. Del total de trabajadores que comparecieron ante la inspección, 9 de ellos no pudieron ser identificados en el momento de la visita y 4 no coincidían en sus nombres con los que se vieron en la visita.

La ITSS levanta acta de infracción imponiendo una sanción de 130.013 euros en la empresa por la comisión de una infracción muy grave en grado máximo consistente en obstrucción a la labor inspectora. Se tramita el expediente administrativo y el Consejo de Ministros acuerda confirmar el acta de la ITSS. Al ser desestimado el recurso potestativo de reposición, la empresa interpone demanda de impugnación del acto administrativo en materia de sanción laboral.

El TS, tras recordar que la presunción de certeza de las actas de la ITSS tiene su origen en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante, señala que su jurisprudencia ha limitado la presunción a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma, sin que se excluya el control jurisdiccional.

En el supuesto enjuiciado es cierto que no hay prueba directa de que el capataz entrara en el campo y ordenara a esos trabajadores que se marcharan -la vegetación impidió ver lo que el

capataz estaba haciendo y los funcionarios actuantes no presenciaron si el capataz ordenó a los trabajadores que se marcharan del campo, eludiendo la actuación inspectora-

No obstante, la responsabilidad de la empresa se declara sobre la base de su deber de conocer en todo momento la identidad de toda persona que se encuentra en su centro de trabajo realizando cualquier actividad y de colaborar con la ITSS con ocasión de sus visitas. Todos los recolectores periódicamente dejaban el campo y acudían a la báscula, situada en la vía pública, para entregar la fruta recogida y que fuera pesada y desde el momento en que el capataz entró en el campo con la finalidad de que los recolectores salieran a identificarse, los trabajadores dejaron de salir y se marcharon. Son hechos que fueron percibidos directamente por los funcionarios actuantes, reflejándose en el acta la diferencia entre los trabajadores identificados en la visita y los que comparecieron posteriormente en las dependencias, así como la conducta del capataz, que supuso un incumplimiento de dicho deber constitutivo de una obstrucción a la actuación de la Inspección de Trabajo.

Respecto de la graduación de la sanción, el TS entiende que los hechos probados son subsumibles en la infracción muy grave al haberse acreditado la conducta de un capataz de la empresa que supuso la negativa a identificar o dar razón de la presencia de personas que se encontraban en el centro de trabajo realizando una actividad laboral. No obstante, la autoridad laboral impuso las sanciones respecto de los 13 trabajadores y el TS entiende que debió imponerse solo respecto de 9 de ellos ya que no consta dato alguno sobre ellos, que suponga entender que sean o beneficiarios de prestaciones de la SS incompatibles con el trabajo o extranjeros sin autorización o residencia. Por ello, entiende que la sanción debió haberse impuesto, según el número de trabajadores afectados, en su grado medio debiendo concretar su importe en la cantidad de 28.134€

Por tanto, el TS estima en parte la demanda. Por una parte, declara que la falta de identificación de nueve trabajadores constituye una infracción por obstrucción a la labor inspectora tipificada como falta muy grave y por otra que estima que, en atención al número de trabajadores afectados, la sanción debió imponerse en su grado medio, debiendo concretar su importe en la cantidad de 28.134 euros.

Nota. Se emite voto particular por la magistrada Rosa María Virolés que discrepa sobre la gradación de la sanción efectuada en la sentencia y entiende que decidió confirmarse la resolución impugnada.

### **B. No aportación de la documentación solicitada por la ITSS (AN 5-5-21)**

La ITSS visita la empresa Glovo identificando a los presentes en ese momento y extendiendo diligencia de actuación citando a la sociedad para la aportación de la documentación y la comparecencia de su representación legal. Entre otra documentación, la ITSS solicita a la empresa que aporte una tabla Excel que recoja la totalidad de las franjas horarias seleccionadas por los repartidores -aunque no hayan realizado pedidos en las mismas-, desde en el inicio de la actividad.

Aunque la sociedad acude a todos los requerimientos de la ITSS y la citada documentación fue requerida en repetidas ocasiones, finalmente la remite de forma incompleta al no aportar las tablas de todos los horarios seleccionados. En cuanto que la ITSS considera que es una acción que retrasa y perturba el normal ejercicio sus funciones y que la empresa en ningún momento alegó no poder disponer de dicha información por no tenerla registrada, levanta acta de infracción por obstrucción calificando la infracción como muy grave, proponiendo una



sanción de 100.006€. Por resolución administrativa se interpone demanda de impugnación de la resolución ante la sala de lo social de la AN.

La AN considera que, aunque la actuación de la empresa comporta una clara voluntad de los responsables de la empresa de obstruir la actuación inspectora, en el supuesto enjuiciado no se ha constatado la existencia de una obstrucción pertinaz de poner a disposición de los funcionarios actuantes la información solicitada.

Por el contrario, se acredita que el representante de la empresa compareció cuantas veces fue requerida, que entregó una extensa información requerida, no toda la solicitada. Es por ello que considera aplicable la jurisprudencia del TS que establece que no constituye un incumplimiento de los deberes de colaboración y, por tanto, una obstrucción sancionable el no atender al requerimiento de la ITSS de aportar en soporte informático unos datos que no poseía la empresa y que para intentar cumplir con el requerimiento le obligarían a la empresa a intentar llevar a cabo una operación de reconstrucción a partir de otros datos. Por ello no se puede entender que existe un supuesto de ocultación de datos.

Asimismo, la AN señala, que en el momento en el que se levantó el acta no existía la obligación empresarial de registro horario con el alcance pretendido por la actuación inspectora. Por ello, la AN concluye que el que no haya existido una oposición pertinaz a la entrega de toda la documentación solicitada no impide que se califique de muy grave en la conducta observada por la empresa.

Respecto de la calificación y graduación de la responsabilidad empresarial, dada la cifra de negocio de la sociedad, el número de trabajadores afectados y el incumplimiento de las advertencias y requerimientos del inspector por la obstrucción, la AN que en cuanto que la conducta obstruccionista no ha sido plena y pertinaz, considera que la sanción debe rebajarse hasta el importe mínimo del grado máximo hasta quedar fijada en 50.000 €.

Por todo ello, se estima parcialmente la demanda respecto de la infracción cometida salvo en la cuantía de la sanción impuesta, que ha de quedar fijada en 50.000 €.

## **25. ¿Cuándo prescribe la responsabilidad del empresario principal por el accidente de trabajo ocurrido en una contrata?**

STSUD 6-5-2021

### **Resumen**

La responsabilidad del empresario principal en la indemnización de daños y perjuicios por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador de una de sus contratas, es de solidaridad impropia. La consecuencia de tal calificación es que la reclamación efectuada ante el empresario empleador no interrumpe la prescripción respecto del empresario principal, que prescribe al año desde que pudo ejercitarse la acción.

## Desarrollo

Un trabajador que presta servicios para una empresa en una obra contratada con la empresa principal, sufre un accidente de trabajo por cuyas secuelas es declarado en situación de incapacidad permanente total el 27-4-2016. El trabajador presenta demanda en reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra su empleadora siendo ampliada el 5-10-2017 a la empresa principal y a su aseguradora. La empresa principal plantea excepción de prescripción por haber transcurrido más de un año desde la fecha de la resolución del INSS por la que se reconoció al trabajador en situación de IPT.

El JS, tras rechazar la excepción de prescripción, desestima la demanda al entender que no concurre el elemento de culpa o negligencia en las codemandadas. El TSJ Cantabria revoca parcialmente la sentencia y condena solidariamente a las empresas codemandadas al abono de la indemnización por daños y perjuicios. La empresa principal recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios está prescrita para ella puesto que no fue demandada inicialmente. Considera que no es posible entender interrumpida la prescripción por la reclamación efectuada frente a las otras codemandadas en aplicación de la teoría de la solidaridad impropia.

La doctrina y la jurisprudencia de la Sala Civil del TS distinguen dos tipos de solidaridad:

- Solidaridad propia (CC art.1137 s.): viene impuesta, con carácter predeterminado, por la propia ley o por el contrato.
- Solidaridad impropia: no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena por la producción de un ilícito cuando existe una pluralidad de sujetos que han concurrido a su producción sin que sea posible individualizar las respectivas responsabilidades.

Solo en el caso de solidaridad propia la interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores (CC art.1974.1). En los supuestos de responsabilidad solidaria impropia, la prescripción por el ejercicio de la acción solo aproveche frente al deudor a quien se reclama.

Al contrario que el TSJ Cantabria, el TS considera que en el caso analizado no existe una solidaridad ex lege establecida por el art.42.3 LISOS que recoge la responsabilidad solidaria de la empresa principal con los contratistas y subcontratistas en el cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que estas ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. Para el TS este artículo no establece responsabilidad solidaria alguna en materia de responsabilidad civil, sino que se refiere a la solidaridad en la responsabilidad administrativa que es la que regula la LISOS sin que deba aplicarse al resto de responsabilidades que pudieran derivarse del accidente (recargos, responsabilidad penal o responsabilidad civil).

Aunque se considerara que excede del ámbito sancionador y que podría resultar de aplicación a la responsabilidad por daños y perjuicios, tampoco sería posible apreciar la existencia de solidaridad propia, ya que para ello sería necesario que existiera un incumplimiento del deber de vigilancia de la empresa principal (LPRL art.24.3) y que el incumplimiento fuera de tal entidad que constituyera una infracción administrativa. Sin embargo, la ITSS no levantó

acta de infracción de ninguna clase y, en consecuencia, no consideró que existiera ninguna infracción sino que entendió que se trataba de un hecho fortuito.

Por otro lado, en los supuestos de subcontratación, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad administrativa y en la responsabilidad sobre el recargo de prestaciones de Seguridad Social en las que la solidaridad viene impuesta legalmente (LISOS art.42.3 y ET art.42.2), en materia de responsabilidad civil la solidaridad solo puede deducirse de la concurrencia de culpas en el origen del accidente, sin que exista norma que así lo imponga.

Por ello, el TS estima la demanda que el caso analizado es un claro supuesto de solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo que tiene su origen en la sentencia de condena. La consecuencia de tal calificación es que la reclamación efectuada ante el empleador contratista no interrumpe la prescripción respecto de la acción ejercitada contra el empresario principal, por lo que cuando el trabajador reclamó contra el empresario principal su acción estaba ya prescrita por haber transcurrido más de un año desde que la acción pudo ejercitarse.

#### Voto particular

La sentencia contiene un voto particular que considera que debió desestimarse el recurso porque el art.42.3 LISOS no se refiere a las sanciones administrativas, sino a las consecuencias derivadas de infringir las normas de prevención de riesgos laborales por lo que no estamos ante una responsabilidad impropia, sino de origen legal y automático.

## 26. Sustituir huelguistas a iniciativa de otros trabajadores: ¿vulnera el derecho de huelga?

STSUD 6-6-21

### Resumen

El TS declara que la empresa vulnera el derecho de huelga cuando una parte de los trabajadores realiza el trabajo de los huelguistas, aun cuando lo hagan por propia iniciativa y sin recibir instrucciones de la empresa.

### Desarrollo

Durante el desarrollo de la huelga en una empresa, los responsables de algunos de sus departamentos incurrieron en conductas de sustitución interna de los huelguistas. Esta actuación se llevó a cabo por su propia iniciativa, y en la creencia de que podían desempeñar las tareas porque en otras ocasiones las habían realizado, teniendo un muy reducido impacto en la producción de la empresa.

Uno de los trabajadores presenta demanda por la vulneración del derecho de huelga, solicitando una indemnización por daños y perjuicios por el importe del salario dejado de percibir como consecuencia del ejercicio de su derecho de huelga. Al entender que no se trata de una

conducta de la empresa, se desestima la demanda, tanto en la instancia como en suplicación y disconforme, el trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la actuación de los responsables de área, que actuando por propia iniciativa y sin recibir instrucciones a de la empresa, sustituyen a los huelguistas vulnera o no el derecho de huelga.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que su doctrina establece que la no responsabilidad de la empresa no es compatible la dinámica del ejercicio del derecho a la huelga. El empresario, es el titular de la organización productiva y del poder de dirección (que también ejerce sobre directivos y mandos intermedios) y no se puede desligar la responsabilidad de la empresa de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues supondría favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. Asimismo, señala que la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores no se limita a las consecuencias de su propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que dependan de él.

Por tanto, el TS concluye que la sustitución de los huelguistas, sea de forma intencional o sea de forma objetiva, produce, en todo caso, una minoración de la presión asociada al ejercicio del derecho de huelga, no siendo relevante la escasa repercusión que los actos de sustitución de los huelguistas tuvieron en el supuesto enjuiciado. Aunque sean mermas reducidas o incluso insignificantes de la efectividad de la huelga, el caso es que se trata de actos de sustitución de los huelguistas.

Por todo lo anterior, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, casando y anulando la sentencia del TSJ, estimado la demanda planteada por el trabajador.

## 27. Nuevo boletín de la TGSS

BNR 3/2021

### Resumen

El BNR 3/2021 recoge, entre otra, información acerca de actualizaciones fuera de plazo reglamentario de liquidaciones SLD; adeudos complementarios para trabajadores del RETA; nuevo concepto retributivo en el fichero CRA y la obligación de mantener actualizados determinados datos de la empresa.

### Desarrollo

El BNR 3/2021 incorpora la siguiente información:

1. Servicios de información relativos a las actualizaciones fuera de plazo reglamentario de liquidaciones SLD.

Se encuentra disponible el “Servicio de obtención de informe de trabajadores afectados por una actualización” tanto para los autorizados al Sistema RED Directo como para los autorizados al Sistema de Liquidación Directa –SLD-.

Permite identificar a los trabajadores cuyas cuotas han sido objeto de modificación tras la actualización de la liquidación en la que aquellas fueron inicialmente determinadas producida con posterioridad a la finalización del plazo reglamentario de ingreso de cuotas.

La TGSS recuerda que se encuentra operativo también el “Servicio de Consulta de Cálculos” donde, una vez obtenido el informe anterior, se pueden comprobar los datos en base a los cuales se ha realizado el nuevo cálculo de la liquidación así como el detalle de este por cada uno de los trabajadores cuyo cálculo de cuotas ha sido objeto de modificación (datos de afiliación, bases de cotización, deducciones, etc.). Además, se puede comparar con el inicialmente efectuado, que también puede ser consultado en dicho servicio.

## 2. Información de adeudos complementarios para trabajadores del RETA.

A partir de junio se va a remitir a través del sistema de comunicaciones masivas, un informe de los trabajadores autónomos asignados a la autorización RED a los que se va a realizar un adeudo complementario por regularización de cotizaciones de periodos anteriores.

La comunicación se va a realizar antes del día 26 de cada mes.

## 3. Nuevo concepto retributivo “gastos de teletrabajo” en el fichero CRA.

Para comunicar por SILTRA la compensación de gastos de teletrabajo en los ficheros CRA, se ha creado un concepto nuevo: 0062 “GASTOS DE TELETRABAJO”. Tiene como información asociada en el indicativo INCLUSIÓN BBCC el valor “E”, por tratarse de gastos excluidos de la base de cotización a la Seguridad Social. A efecto de posibles actuaciones de revisión se debe disponer de la justificación de la compensación abonada por la empresa al trabajador.

Hasta que se publique la siguiente versión de SILTRA aparecerá “error valor en concepto”, lo que no impedirá que se procese correctamente.

## 4. Mejora de la comunicación de los conceptos retributivos abonados para los autorizados de red directo.

Se ha implementado una mejora en el procedimiento de comunicación de los Conceptos Retributivos Abonados “CRA” para los autorizados de RED Directo.

De manera opcional, es posible recuperar los CRA comunicados en el período de liquidación anterior y seleccionar uno o más trabajadores y sus retribuciones para efectuar el alta de dichos CRA respecto del período de liquidación de que se trate.

## 5. Obligación de mantener actualizados los datos de la empresa.

Desde la ITSS se considera necesario advertir de la importancia del cumplimiento de la obligación de mantener actualizados y al día todos los siguientes datos:

los referentes a la inscripción de la empresa, particularmente la identificación del “domicilio social” y el “domicilio de actividad económica” (RD 84/1996 art. 5.3 y 17.1), que pueden modificarse a través del Sistema RED, utilizando el servicio de Modificación de Domicilio de un CCC, que se encuentra ubicado en el apartado Inscripción/Afiliación online de la Oficina Virtual.

## **28. La opción elegida respecto del domicilio a efectos de notificaciones, que puede modificarse a través del servicio “Modificación de domicilio de un CCC”.**

El incumplimiento de estas obligaciones es una infracción grave y va a ser objeto de especial atención en el marco de cualquier actuación inspectora.





# 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

