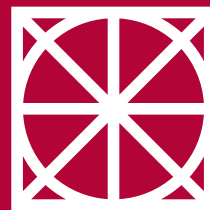


newsletter



TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

JURÍDICO - LABORAL · Julio 2021

#07

newsletter

JURÍDICO - LABORAL · Julio 2021

#07

Santiago Blanes Mompó
Socio Área Laboral



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

ÍNDICE

1. COVID-19. ¿Tienen derecho al plus de peligrosidad los trabajadores que prestan servicios de atención al público?	5
2. Excedencia voluntaria. ¿Tiene derecho a la prestación de desempleo el trabajador cuyo reingreso se rechaza?.....	6
3. El TCo declara que las causas de un ERE pactado pueden revisarse en el pleito individual.....	7
4. Retribución variable. No es objetivo de imposible cumplimiento el que no se alcanza por el estado de alarma	9
5. Permiso por paternidad por semanas interrumpidas y trabajo a turnos: ¿se incluyen los días de descanso?	10
6. ¿Pueden acceder a la pensión de jubilación los autónomos con cuotas pendientes sin atender a la invitación al pago?.....	11
7. Está justificado prohibir llevar símbolos religiosos en el trabajo si responde a una verdadera necesidad del empresario	12
8. Despido sobrevenido a solicitud de resolución del contrato. ¿Qué efectos produce sobre la indemnización y los salarios de tramitación?	14
9. ¿Puede la empresa decidir unilateralmente el traslado del trabajador a otro centro? ...	16
10. Trabajo a tiempo parcial concentrado. ¿Existe derecho a la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad?.....	17
11. ¿Qué efectos tiene la pérdida del permiso de trabajo sobre el contrato del trabajador extranjero?	18
12. ¿Vulnera el derecho a la intimidad el sistema GPS instalado en el vehículo de empresa?.....	19
13. Una empresa no puede prohibir las propinas unilateralmente	20
14. ¿Cómo se compensan los gastos del teletrabajo?	22
15. Publicada la Ley del teletrabajo.....	23
16. ¿Vulnera la protección de datos externalizar el control de las ausencias causadas por enfermedad o accidente?.....	24

17. Publicado el Acuerdo Tripartito en materia de solución de conflictos colectivos	26
18. Reversión del servicio de habitaciones. ¿Está obligado el hotel a subrogar a las camareras de piso?	27
19. Se publican medidas para reducir la temporalidad en el sector público	28
20. Cuidado de menor afectado de cáncer. ¿Se extingue la prestación por el alta en el RETA?	30
21. ¿Qué efectos produce haber mentido en el curriculum?	31
22. Reparación de los daños causados por la borrasca Filomena. Moratoria y exención de cuotas	32
23. Sistema RED: nuevas funcionalidades y apertura del plazo de presentación de declaraciones responsables	33
24. Creada una oficina de asistencia a registros dentro del MIMSS	35
25. El TS rectifica su doctrina sobre la duración de los contratos de interinidad por vacante en el sector público	36

1. COVID-19. ¿Tienen derecho al plus de peligrosidad los trabajadores que prestan servicios de atención al público?

STS 15-7-21

Resumen

El TS declara que, cuando la empresa ha desplegado medidas de prevención y evitado con éxito la propagación del COVID-19, no está obligada a abonar el plus de peligrosidad regulado en el convenio colectivo.

Desarrollo

La representación sindical en la empresa, una cadena de supermercados, presenta demanda de conflicto colectivo en la que solicita que se condene a la empresa a abonar a los trabajadores que tienen relación directa y permanente con el público en general, el plus de peligrosidad, toxicidad, insalubridad o penosidad regulado en el Convenio Colectivo, mientras permanezca la situación derivada de la pandemia del COVID-19 y hasta la normalización de la situación sanitaria. El TSJ desestima la demanda y disconforme, los sindicatos presentan recurso de casación ante el TS.

El TS recuerda que respecto de la regulación de los pluses solicitados, el convenio colectivo aplicable obliga a las empresas:

- a) A tomar todas las medidas técnicas necesarias para suprimir los trabajos tóxicos, penosos o peligrosos, consecuencia de la obligación de proteger de sus trabajadores frente a los riesgos laborales (ET art.14.1; ET art.15.1 f). De tal manera que, si se acredita la concurrencia de actividades tóxicas, penosas o peligrosas, su obligación es sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro y efectuar una evaluación de los puestos de trabajo y su revisión, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido (LPRL art.16.1.a).
- b) Si no se cumple la obligación anterior y si persiste la situación de toxicidad, penosidad o peligrosidad, a abonar el correspondiente plus a los trabajadores. Es decir, el presupuesto para su abono es que la empresa no haya desplegado los medios necesarios para evitar el riesgo, correspondiéndole la carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación.

En el supuesto enjuiciado se ha acreditado que la empresa ha adoptado diversas medidas: a) el servicio de prevención de la empresa ha dispuesto diversas medidas de protección en las tiendas; b) se han establecido planes de actuación respecto de los colectivos específicamente sensibles y también sobre las personas que deben desplazarse en vehículos; c) se han entregado EPIs a los empleados con contacto con la clientela; d) Se ha elaborado un protocolo tendente a evitar los posibles contagios; e) se ha realizado una valoración del riesgo inherente a la actividad realizada con la correspondiente adopción de las medidas preventivas tendentes a neutralizar el riesgo previamente identificado.

Como consecuencia de lo anterior, el TS concluye que la empresa ha cumplido razonablemente el deber de seguridad, toda vez que, constatada la concurrencia de riesgo de contagio para su personal en contacto directo con el público y entre sí, ha tomado, conforme a las

recomendaciones del Servicio de Prevención, todas las medidas posibles para evitar el riesgo, sustituyendo lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro, cumpliendo tanto lo exigido por la LPRL como por el convenio colectivo.

Además, lo ha hecho de modo efectivo, ya que se ha acreditado que, de sus 750 trabajadores, solo 6 se han contagiado por COVID-19 en centros de trabajo diferentes.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación planteado confirmando la sentencia dictada por la sala de lo social del TSJ.

2. Excedencia voluntaria. ¿Tiene derecho a la prestación de desempleo el trabajador cuyo reingreso se rechaza?

STSUD 13-7-21

Resumen

La negativa del empresario al reingreso del excedente voluntario, reconociendo la improcedencia del despido, coloca al trabajador en situación legal de desempleo, aunque el empresario incumpla la obligación de darle alta en la Seguridad Social entre la fecha en que debió readmitirle y la fecha de efectos del despido.

Desarrollo

Una trabajadora presenta demanda de despido tras serle denegado el reingreso solicitado después de disfrutar de una excedencia voluntaria de un año de duración. En el acto de conciliación judicial la empresa reconoce la improcedencia del despido y abona la correspondiente indemnización. La trabajadora solicita entonces prestación de desempleo que le es denegada por no estar en situación de alta o asimilada al alta, La decisión es revocada por el TSJ Madrid por lo que el SEPE recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión de si cabe considerar a la trabajadora en situación de alta.

Para resolver la cuestión el TS realiza dos precisiones previas:

Es doctrina constante del TS que la situación del trabajador excedente voluntario que, una vez concluido el periodo de excedencia voluntaria pactado, pretende la reincorporación a la empresa sin que esta le readmita procediendo a conciliar su despido como improcedente, es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido.

Cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión del trabajador excedente, la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir debería ser la de haber sido dado de alta en Seguridad Social (TS 14-3-19).

En el caso analizado la empresa reconoció la improcedencia del despido y ello constituye situación legal desempleo (LGSS art.267.1.a). Hay que entender que la empresa tenía la

obligación de haber dado de alta a la trabajadora en la Seguridad Social desde la fecha de incumplimiento de la obligación de readmitir hasta la fecha de efectos del despido, pero el incumplimiento de esta obligación no puede perjudicar a la trabajadora.

Por ello, hay que entender cumplido el requisito exigido por el art.266 a) LGSS según el cual quien solicite la prestación de desempleo debe estar en alta o situación asimilada al alta.

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

3. El TCo declara que las causas de un ERE pactado pueden revisarse en el pleito individual

STCO 140/2021

Resumen

El TCo rectifica la doctrina del TS y declara que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción social, denegar la posibilidad de revisar las causas de despido colectivo de las que deriva la extinción de la relación laboral, cuando este finaliza con un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores durante el período de consultas.

Desarrollo

Tras un procedimiento de despido colectivo que finaliza con acuerdo, la dirección de la empresa comunica a los trabajadores la extinción de los contratos por causas productivas y organizativas. Al considerar que no concurren las causas alegadas, una parte de los trabajadores interpone demanda de despido que finaliza resolviendo, tanto en suplicación como en casación para la unificación de doctrina, que aunque la ley no lo establezca expresamente, en los procedimientos de despido colectivo finalizados con acuerdo está excluida la posibilidad de impugnar individualmente las causas alegadas.

Disconformes, los trabajadores interponen recurso de amparo ante el TCo por considerar que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en tanto que en vía judicial se les ha denegado la posibilidad de revisar las causas de despido colectivo de las que deriva la extinción de la relación laboral con motivo del acuerdo durante el período de consultas. Para la resolución del recurso, el TCo hace las siguientes consideraciones:

1. La detallada argumentación de la sentencia del TS impide que pueda considerarse arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurso en error patente. No obstante, esto no supone que se hayan cumplido las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que, según la doctrina del TCo, requiere que la denegación de una resolución sobre el fondo esté fundada en un precepto expreso de la Ley. En cuanto que para que el TS, la razón principal que impide resolver sobre las causas justificativas del despido colectivo en un proceso in-

dividual, reside en que no existe previsión legal expresa que lo autorice, el TCo establece las siguientes objeciones:

- En otros supuestos de crisis empresarial (ET art.41, 47 y 82) el legislador ha dejado claro que, en caso de acuerdo con los representantes de los trabajadores, las causas justificativas de las medidas no pueden ser cuestionadas en procedimientos individuales. Esto supone que no existe base legal que excluya del proceso individual a los motivos alegados para justificar el despido colectivo.
 - La LRJS dispone que cuando no se acredita la causa legal dada para justificar la extinción colectiva de los contratos, el despido debe calificarse como improcedente. Es decir, para decidir sobre la procedencia o improcedencia del despido es necesario apreciar concurrencia o no de las causas alegadas para justificar el despido colectivo (LRJS art.122.1 y 128.13).
2. La sentencia del TS se fundamenta en la necesidad de mantener un régimen jurídico unitario para todos los supuestos de regulación colectiva del empleo, incluido el despido colectivo y en la importancia de la negociación colectiva como fórmula de solución de conflictos, dada merma de efectividad que supondría para los acuerdos alcanzados, el que la empresa se viera abocada a tener que justificar, en múltiples procesos individuales, la existencia de los motivos alegados para acordar el despido colectivo, con la consiguiente afectación de los principios de seguridad jurídica y celeridad.

No obstante, la cuestión que debe resolver el TCo consiste en determinar si el órgano judicial ha restringido indebidamente que la pretensión pueda ser sometida al conocimiento de los órganos judiciales, que en el supuesto enjuiciado no se acomoda a los postulados asentados en doctrina constitucional al no existir causa legal expresa que lo autorice.

3. Por otra parte, el TCo señala que la LRJS establece que el despido se declarará improcedente si no se acredita la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita y, en cuanto que se trata de preceptos vigentes, no es posible prescindir de su aplicación, aunque se considere que no se acomodan al régimen procesal que debiera regir. Asimismo, el ET art.51.6 no impide que las causas del despido colectivo puedan ser cuestionadas en procedimientos individuales.

Por todo ello, el TCo concluye que cuando el despido colectivo no ha sido impugnado por los representantes legales de los trabajadores, a través del procedimiento colectivo previsto (LRJS art.124), la regulación legal no impide que en procesos individuales, el órgano judicial pueda dilucidar sobre la realidad de las causas invocadas para justificar esta medida colectiva, aunque se hubiera alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores. El legislador no ha establecido un régimen jurídico homogéneo para el ejercicio de las diferentes acciones individuales derivadas de la aplicación de medidas de naturaleza colectiva cuando se logra un acuerdo con la representación de los trabajadores, pues la regulación establecida para los despidos es diferente de la prevista respecto de otras decisiones empresariales.

Por todo ello, se estima el recurso de amparo al considerar vulnerado el derecho fundamental de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y se declara la nulidad de las sentencias dictadas tanto por el TS como por el TSJ.

4. Retribución variable. No es objetivo de imposible cumplimiento el que no se alcanza por el estado de alarma

SAN 30-6-21

Resumen

No se tienen por cumplidos, por ser inalcanzables, los objetivos que fija la empresa a principios de 2020 y que no se pueden cumplir como consecuencia de la restricción de la movilidad impuesta para hacer frente a la crisis sanitaria del COVID-19. La imposibilidad de conseguir el objetivo no es la utilización por parte del empleador de parámetros que lo hacen inalcanzable, sino que el resultado negativo se propicia por circunstancias ajenas a su voluntad.

Desarrollo

Los empleados del Grupo RENFE perciben un variable anual que se abona, en un determinado porcentaje, prorrateado a lo largo del año a modo de adelanto a cuenta y el resto en la nómina de marzo del siguiente año. A principios de cada año, la dirección de la empresa establece, de manera unilateral, los objetivos anuales a alcanzar para percibir la retribución variable que están formados de 3 componentes: resultados del grupo, entidad de adscripción y otro ligado al trabajador en concreto.

El 11-6-2020 se celebra una reunión entre la dirección del grupo y el comité general de empresa en el que se pone de manifiesto el impacto del COVID-19 en el grupo RENFE y la necesidad de actuar sobre los adelantos a cuenta de las retribuciones variables, manifestando su desacuerdo el comité general de empresa. Finalmente, la comisión paritaria del convenio colectivo alcanza un acuerdo el 8-3-21, por el que se acuerda que la liquidación de la retribución variable no suponga ningún descuento sobre la cantidad abonada en cuenta.

En marzo de 2021, la empresa no abona la regularización de la retribución variable fijada para el año 2020, por lo que la representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare el derecho de los trabajadores a percibir el 100% de la retribución variable establecida para el año 2020. Considera que las restricciones a la movilidad hicieron que los objetivos inicialmente fijados por la empresa deviniesen de imposible cumplimiento y por tanto, conforme a la sentencia de la AN 26-4-19, los objetivos deben tenerse por cumplidos.

Para la AN el criterio adoptado en la sentencia que el sindicato entiende vulnerado no implica que deban darse por cumplidos la totalidad de los objetivos fijados por el grupo RENFE para el colectivo afectado. Y ello por las siguientes razones:

1. La crisis sanitaria y el Estado de alarma decretado por el Gobierno con las consiguientes restricciones a la movilidad no ha incidido en la parte de los objetivos vinculados al trabajo desarrollado sino en la parte del objetivo que depende de la situación y resultados de la empresa.
2. La imposibilidad de conseguir el objetivo no ha sido que en el momento de fijarlo la empresa deliberadamente utilizase parámetros que lo hiciesen inalcanzable, sino que el resultado negativo se ha propiciado por circunstancias ajenas a la voluntad del empleador.

3. La comisión paritaria del convenio colectivo alcanzó, en reunión de 8-3-2021, un acuerdo para no efectuar ningún descuento sobre la cantidad abonada a cuenta en el ejercicio 2020. Este acuerdo fue anterior a la demanda y no fue impugnado, sin que el hecho de que no haya sido ratificado por la comisión negociadora le prive de validez.

Por ello, la AN desestima la demanda presentada por el sindicato.

5. Permiso por paternidad por semanas interrumpidas y trabajo a turnos: ¿se incluyen los días de descanso?

SAN 6-7-21

Resumen

La AN declara que en las jornadas en las que la distribución de días de trabajo y descanso no coincide con la semana laboral estándar (sistema de turnos) no procede que el disfrute interrumpido del permiso por paternidad se produzca únicamente en días de trabajo efectivo. Lo contrario produciría una prolongación artificial del permiso y una desigualdad en el disfrute entre los diferentes regímenes de trabajo en la empresa.

Desarrollo

El convenio colectivo aplicable a la empresa diferencia 5 tipos de jornada, de las cuales tres coinciden con la semana laboral ordinaria (de lunes a domingo) y dos de ellas se distribuyen en turnos de 11 o 12 días con 4 o 5 de descanso. A efectos de disfrute de los permisos por maternidad/paternidad, la empresa comunica a los trabajadores que cuando el permiso se disfrute de forma interrumpida por semanas, en todo caso y aunque los trabajadores presten servicios mediante el sistema rotativo de turnos, debe hacerse teniendo en cuenta la semana ordinaria, incluyendo los días de descanso. Disconforme, la representación de los trabajadores interpone demanda de conflicto colectivo ante la sala de lo social de la AN.

Por tanto, la cuestión a resolver consiste en determinar si, en el disfrute del permiso de paternidad se opta por el disfrute interrumpido de las 10 semanas una vez disfrutadas las semanas ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha de nacimiento, cuando los trabajadores que accedan a dicho permiso se encuentren prestando el trabajo mediante un sistema rotativo de turnos, el disfrute de este permiso, debe ser en días laborables, es decir que todas las semanas se disfruten en días de trabajo efectivo según cuadrante o debe ser teniendo en cuenta la semana laboral de lunes a domingo (5 de trabajo y 2 de descanso).

Para resolver la cuestión la AN, por una parte, recuerda que si en la semana laboral o el ciclo de turnos se eliminan los días de trabajo, no se generan los días de descanso y por otra, que el ET art.48.4 establece que se refiere a períodos semanales, lo que significa que sucede o se repite cada semana o que dura una semana, a su vez definida como serie de siete días naturales consecutivos, del lunes al domingo.

Por tanto la AN señala que la ley da la opción de disfrutar el permiso en periodos semanales interrumpidos. Si en una semana estándar de trabajo se engloban días de trabajo y días de descanso, y teniendo en cuenta que las seis primeras semanas de disfrute continuado engloban ambos, debe entenderse que dichos períodos semanales deben respetar la misma proporcionalidad, pues en caso contrario se indicaría en la norma tal y como ocurre con el disfrute de otros permisos donde se contempla expresamente su disfrute en días laborables.

Asimismo, señala que seguir el criterio de la representación sindical supondría una prolongación exacerbada del disfrute del permiso de paternidad, ya que en los turnos desarrollados en semanas ordinarias se disfrutarían de 112 días y 16 semanas de permiso; mientras en los de 12 y 11 días se disfrutarían 158 días y 22,57 semanas y 149 días y 21,29 semanas, lo que generaría una desigualdad en el disfrute de este permiso entre los diferentes regímenes de trabajo en la empresa.

Por tanto, la AN concluye que el criterio de la empresa que establece que, en caso de disfrute interrumpido y para garantizar la igualdad efectiva de todo el personal, el cómputo sea en semanas de lunes a domingo y el disfrute cinco días de trabajo y dos de descanso, es ajustado a derecho, por lo que se desestima la demanda.

6. ¿Pueden acceder a la pensión de jubilación los autónomos con cuotas pendientes sin atender a la invitación al pago?

STSUD 2-6-21

Resumen

Se reconoce el derecho a la pensión de jubilación de un autónomo que no atendió a la invitación al pago de las cuotas adeudadas alegando que estaban prescritas. El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas exigibles en el momento del hecho causante, necesario para acceder a las prestaciones del RETA, se entiende cumplido porque las cuotas prescritas no son exigibles.

Desarrollo

Un trabajador autónomo solicita, el 10-7-2017, prestación por jubilación, que es denegada por el INSS al no encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social ya que no había abonado las cuotas correspondientes al período comprendido entre octubre de 2008 y junio de 2013. El trabajador no atendió a la invitación al pago que le hizo el INSS alegando que las cuotas estaban prescritas.

Presentada demanda en reclamación de la pensión de jubilación, es desestimada tanto en primera instancia como en suplicación, al entender que la prescripción no equivale al pago, sino que exceptúa al deudor de la obligación de pago, pero no es el pago efectivo.

El trabajador recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión de si es exigible el pago de cuotas prescritas para entender que se halla al corriente en el pago de las cuotas exigibles.

El TS considera que al acaecer el hecho causante las cuotas impagadas estaban prescritas. En efecto, dado que el trabajador accede a la pensión de jubilación desde una situación de no alta alta, la pensión se entiende causada desde la fecha de su solicitud (10-7-2017), y a esa fecha había transcurrido el plazo de prescripción de 4 años desde la última cuota pendiente de pago (junio de 2013).

Tal circunstancia determina que no sea exigible el pago de dichas cuotas para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen del RETA, si, como aquí sucede, se encuentran cumplidos los restantes requisitos. Y ello por las razones siguientes:

1. Se exige, como requisito para causar derecho a las prestaciones en el RETA, hallarse «al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación» (D 2530/1970 art.28), y no son exigibles las cuotas que en dicho momento ya están prescritas.
2. Se prevé la posibilidad de que la Entidad Gestora invite al interesado al pago de las cuotas debidas, pero no de todas sino solo de aquellas «que fueran exigibles» en la fecha en que se entienda causada la prestación.
3. Si bien la doctrina del TS ha proclamado la exigibilidad de las cuotas prescritas para causar derecho a la prestación, solo lo hace respecto de las que no habían prescrito en la fecha del hecho causante, por lo que eran exigibles aunque prescribieran con posterioridad al hecho causante y con anterioridad a la solicitud de la prestación.

Así, el TS considera eficaz en orden al cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de cuotas, la cotización prescrita porque al no ser jurídicamente exigible no existe deuda o descubierto que pudiera privar de la prestación. Pero no se consideran deudas satisfechas a efectos de fijar el importe de la pensión de jubilación. Por ello, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador y reconoce su derecho a percibir la pensión de jubilación.

7. Está justificado prohibir llevar símbolos religiosos en el trabajo si responde a una verdadera necesidad del empresario

STJUE 15-7-21, C-804/18 y C-341/19

Resumen

El TJUE declara que la prohibición de llevar cualquier forma visible de expresión de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo puede estar justificada por la necesidad del empresario de presentarse de manera neutra ante los clientes o de prevenir conflictos sociales. No obstante, esta justificación debe responder a una verdadera necesidad del empresario.

Desarrollo

Prohibición del velo islámico

La Sra. IX y la Sra. MJ trabajaban respectivamente como asistente de personas con discapacidad y como vendedora y cajera en sendas sociedades alemanas y ambas llevaban un pañuelo islámico en sus respectivos lugares de trabajo.

Las dos sociedades consideraron que el hecho de llevar ese pañuelo no respondía al régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa de la empresa y en ambos supuestos solicitaron a las trabajadoras que se quitasen el pañuelo.

Ante su negativa, una de las trabajadoras es suspendida de sus funciones y amonestada por su comportamiento; y a la otra, primero se le destina a otro puesto de trabajo que le permitía llevar dicho pañuelo y, posteriormente, tras haberla enviado a casa, se le ordena presentarse en el lugar de trabajo sin signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que fueran ostensibles y de gran tamaño.

Ambas interponen reclamaciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que antes de resolver presentan sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE en las que cuestionan sobre la interpretación de la Dir 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En particular, le plantean si una normativa interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo constituye o no una discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones contra determinado grupo de trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias con arreglo a preceptos religiosos y en qué circunstancias puede justificarse una eventual diferencia de trato. En su sentencia el TJUE, que resuelve de manera conjunta ambas cuestiones, declara lo siguiente:

1. El TJUE recuerda que, en aplicación del derecho de la UE, el uso de signos o prendas de vestir para manifestar la religión o las convicciones personales está cubierto por la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y que su jurisprudencia ha establecido que la aplicación de una normativa interna que impone la neutralidad indumentaria que se opone al uso de dichos signos, no constituye una discriminación directa cuando trata por igual a todos los trabajadores de la empresa.

En cuanto en el supuesto enjuiciado la normativa interna parece haberse aplicado de forma general e indiferenciada, habida cuenta de que el empresario de que se trata había exigido y logrado que una empleada que llevaba una cadena con una cruz accediese a quitarse este signo, el TJUE concluye que no existe una discriminación directa por motivos de religión o convicciones contra los trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias con arreglo a preceptos religiosos.

2. El TJUE señala que está justificada una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios con el fin de tener en cuenta las expectativas legítimas de estos.

Para su justificación no basta la mera voluntad del empresario, sino que debe existir una verdadera necesidad, para lo cual el empresario debe probar que sin el régimen de neutralidad, se vulneraría su libertad de empresa en la medida en que, habida cuenta de la naturaleza de

sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben, sufriría consecuencias desfavorables. Asimismo, señala que la prohibición de llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas y religiosas en el lugar de trabajo ha de limitarse a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante la prohibición.

3. Respecto de los signos a los que debe afectar la prohibición, el TJUE sería discriminatorio para los trabajadores de determinadas convicciones o religiones limitar la prohibición al uso de signos a aquellos sean ostensibles y de gran tamaño.

Es decir, para que pueda seguirse eficazmente ese régimen de neutralidad, no cabe admitir ninguna manifestación visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas cuando los trabajadores estén en contacto con los clientes o cuando estén en contacto entre ellos, puesto que el hecho de llevar cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la aptitud de la norma para alcanzar la finalidad perseguida.

4. Las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones y corresponde a los órganos jurisdiccionales de cada estado sopesar los intereses presentes y limitar las restricciones de las libertades de que se trate a lo estrictamente necesario, pudiendo tener en cuenta el contexto propio de cada estado miembro y, en particular las disposiciones nacionales más favorables para la protección de la libertad religiosa.

8. Despido sobrevenido a solicitud de resolución del contrato. ¿Qué efectos produce sobre la indemnización y los salarios de tramitación?

STSUD 23-6-21

Resumen

En caso de que la sentencia que resuelve sobre las demandas acumuladas de resolución del contrato por incumplimiento empresarial y de despido estime las dos demandas, declarando extinguido el contrato y la improcedencia del despido, procede la condena al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia así como al abono de la indemnización por despido.

Desarrollo

Acumulación de procesos de resolución del contrato y de despido

En abril de 2016 el trabajador insta la resolución de su contrato de trabajo como consecuencia de diversas sanciones empresariales, de la retirada del vehículo empresarial y del estrés laboral padecido. El 25-8-2016, la empresa comunica el despido disciplinario del trabajador,

frente al que este presenta demanda de despido. Tras la acumulación de ambos procesos, el Juzgado de primera instancia estima ambas demandas y declara extinguida la relación laboral condenando a la empresa al abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente además de los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido y la de la sentencia. Recurrida la sentencia en suplicación, el TSJ Madrid suprime la condena al pago de los salarios de tramitación frente a lo que recurren ambas partes en casación para la unificación de doctrina, inadmitiéndose el de la empresa por falta de contradicción.

El recurso del trabajador se centra en la procedencia del derecho al percibo de salarios de tramitación en un caso de acumulación de acciones de despido y de extinción voluntaria del contrato de trabajo.

El TS, aplicando su doctrina resumida en la sentencia de 20-3-18, EDJ 37521, señala que en casos de estimación de las dos demandas, declarándose extinguida la relación laboral así como la improcedencia del posterior despido, la efectividad de ambos pronunciamientos y su adecuada coherencia comporta las siguientes consecuencias:

1. La sentencia que declara la extinción del contrato por los incumplimientos empresariales con anterioridad al despido tiene efectos constitutivos, por lo que deben abonarse los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la fecha de la resolución judicial. No es óbice para ello que en ese período no haya existido prestación de servicios ya que esta situación se ha producido por una decisión empresarial calificada como no ajustada a derecho.
2. Por otro lado, la calificación del despido posterior como improcedente no permite al empresario optar por la readmisión, en lugar de la indemnización, puesto que la relación ya está extinguida a instancias del trabajador.

Esta solución, no entra en contradicción con el ET art.56.2 que circunscribe la obligación de pago de los salarios de tramitación derivados de la declaración de despido improcedente al supuesto en que el empresario opte por la readmisión. Entenderlo de manera distinta supondría privar de eficacia jurídica al pronunciamiento estimatorio de la solicitud de resolución del contrato planteado por el trabajador, quedando exonerada la empresa de sus consecuencias.

Por lo tanto, el TS estima el recurso y considera que, al prosperar la acción resolutoria, el trabajador tiene derecho a la indemnización propia del despido improcedente. Y al resultar improcedente el posterior despido, como el trabajador vio impedida su continuidad en la prestación de servicios hasta que el juzgado hubiera apreciado la existencia de causa extintiva, ha de resarcirse el perjuicio causado mediante el abono de los salarios dejados de percibir entre el despido y la sentencia.

9. ¿Puede la empresa decidir unilateralmente el traslado del trabajador a otro centro?

STSUD 15-6-21

Resumen

El TS declara que, a falta de regulación en el convenio colectivo, el traslado de un trabajador a otro centro de trabajo situado en la misma provincia y a 56 km del anterior y que no implica cambio de residencia forma parte del poder de dirección del empresario, que puede adoptarlo unilateralmente.

Desarrollo

El trabajador venía prestando servicios para la empresa, una cadena de comercio textil, en su centro de Marbella desde 2003 hasta junio de 2017, momento en que comunica al trabajador que, a partir de esa fecha, debe pasar a hacerlo en el centro de Málaga, manteniéndole la misma categoría, salario y también el derecho al percibo de la ayuda por vivienda que hasta entonces estaba percibiendo. La distancia entre uno y otro centro es de 56 km y el convenio colectivo aplicable no establece regulación específica sobre los traslados de centro de trabajo.

El trabajador demanda contra la decisión unilateral de la empresa de trasladar al actor, que es estimada en la instancia y confirmada en suplicación. Disconforme, la empresa presenta recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea el TS consiste en determinar si el traslado a un centro de trabajo a 56 Km puede considerarse dentro del ius variandi empresarial.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su doctrina sobre la movilidad geográfica ha establecido que el elemento característico del traslado (ET art.40) es el cambio de residencia del trabajador y que, por el contrario, cuando el cambio de centro no requiere cambio de residencia forma parte del poder de dirección del empresario.

Es decir, un cambio de centro de trabajo sin incidencia en la residencia constituye una modificación accidental de las condiciones de trabajo que se encuadra dentro de la potestad organizativa del empresario (ET art.5.1 c y 20) que, a falta de regulación del convenio colectivo, ni obliga al empresario a motivar su decisión ni otorga al trabajador afectado el derecho extintivo que sí le atribuye en las modificaciones sustanciales.

En cuanto que en el supuesto enjuiciado no se ha producido ninguna alteración en categoría, las funciones del actor, el nivel retributivo, incluida la ayuda de vivienda, el TS concluye que la decisión empresarial ha sido ajustada a derecho, no obedeciendo a una irracional discrecional, sino que, por el contrario se justifica por el cumplimiento de la normativa sobre PRL.

Por todo ello, se estima el recurso planteado por la empresa, casando y anulando la sentencia recurrida.

10. Trabajo a tiempo parcial concentrado. ¿Existe derecho a la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad?

STSUD 23-6-21

Resumen

Cuando se trata de trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial y con períodos de trabajo concentrados en un período del año, permaneciendo en los períodos de inactividad en alta en la Seguridad Social, una vez realizado el periodo de parcialidad convenido, no se genera situación legal de desempleo ni, por lo tanto, derecho a la prestación por desempleo.

Desarrollo

Una trabajadora presta servicios desde el 1 de junio de 2015 para una empresa en virtud de contrato indefinido a tiempo parcial (73,97%), concentrando su período de actividad en 270 días al año. No obstante, la empresa abona las cotizaciones correspondientes prorrateadas a lo largo de todo el año manteniendo a la trabajadora en alta y cotización durante todo el tiempo, tanto en periodos de actividad como de inactividad. Al finalizar el periodo de actividad el 26-2-2018, la trabajadora solicita del SEPE prestaciones por desempleo, que son denegadas por no encontrarse en situación legal de desempleo.

La trabajadora presenta demanda sobre prestaciones de desempleo, que es desestimada en primera instancia pero estimada en suplicación, al entender el TSJ Madrid que la trabajadora tiene la consideración de fija discontinua y que durante el período de inactividad se encuentra en situación de desempleo. El SEPE recurre en casación para unificación de doctrina.

La situación legal de desempleo de las relaciones laborales indefinidas a tiempo parcial, se acredita como en cualquier otro contrato indefinido, es decir: con la extinción o suspensión de la relación laboral o la reducción de jornada.

En el caso analizado, la trabajadora no se encuentra en ninguna de las situaciones legales de desempleo (LGSS art.267.1), puesto que no se ha producido la extinción ni la suspensión del contrato, ni tampoco la reducción de jornada, sino que la actora realizó la totalidad de la jornada para la que había sido contratada, percibiendo la pertinente retribución. El resto de jornada hasta alcanzar la jornada a tiempo completo, no constituye situación legal de desempleo. En efecto, si el contrato de la trabajadora es indefinido a tiempo parcial, una vez realizado el periodo de parcialidad convenido, no se genera situación legal de desempleo, pues no se encuentra en situación de desempleo total ni parcial.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina confirmando la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda.

NOTA. En sentido similar el TS ha declarado que no tiene derecho a percibir prestación de desempleo el jubilado a tiempo parcial que suscribe con la empresa un contrato a tiempo parcial por la parte de jornada que realiza (TS 11-11-20, EDJ 729288).

11. ¿Qué efectos tiene la pérdida del permiso de trabajo sobre el contrato del trabajador extranjero?

STSUD 23-6-21

Resumen

El TS estima que la pérdida de la autorización para trabajar en España del trabajador extranjero imposibilita la continuación del contrato de trabajo. Se trata de una causa de finalización del contrato ajena a la empresa y debe canalizarse a través de la figura del despido objetivo por ineptitud sobrevenida con posterioridad al ingreso en la empresa.

Desarrollo

El trabajador, de nacionalidad extranjera que tiene concedida una autorización de residencia de larga duración, comienza a prestar sus servicios para la empresa el 1-10-2010. El 1-10-2015 se extingue su autorización y la TGSS le comunica la tramitación de su baja en la SS en la empresa. Tras los recursos administrativos contra la resolución de la TGSS, la empresa le comunica que no puede seguir trabajando al no tener permiso de trabajo y residencia abonándose hasta el 31-8-2016, las nóminas, las vacaciones, y la parte de proporcional de las pagas extraordinarias.

El trabajador presenta demanda contra el despido, que es desestimada en la instancia.

En suplicación se declara la improcedencia del despido condenando a la empresa al abono de la correspondiente indemnización. Disconforme, la empresa presenta recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea, entre otras, consiste en determinar cómo debe calificarse la extinción del contrato de trabajo de un ciudadano extranjero al que le caduca y no se le renueva la autorización para trabajar.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su jurisprudencia ha establecido que la pérdida de la autorización para trabajar en España no puede considerarse como una condición resolutoria válidamente consignada en el contrato, sino que deber ser considerada como una causa objetiva legalmente establecida (TS 16-11-16, EDJ 226152). Aplicando esta doctrina, el TS entiende lo siguiente:

1. Aunque la pérdida del permiso justifica la extinción del contrato de trabajo, el extranjero sin la pertinente autorización no puede verse privado de la protección consecuencia de su contratación pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley (LOEX art.35).
2. No es adecuado considerar que la pérdida del permiso de trabajo constituye una extinción por las causas consignadas válidamente en el contrato, pues no es admisible que las partes del contrato prevean como causa válida de extinción del mismo el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negocial de la parte trabajadora.

3. La pérdida de la autorización para trabajar en España, guarda visos de completa similitud con las causas objetivas (ET art.52), en la medida en que imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero, tratándose de un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa.
4. Aunque no existe precisión sobre la cuestión de la posible aplicación de la causa objetiva, esa es la causa que ampara la decisión extintiva cuando se produce la pérdida de la autorización para trabajar, al tratarse de una ineptitud sobrevenida, con posterioridad al ingreso en la empresa y ello porque la ineptitud se reconduce a una genérica falta de aptitud o de conocimientos para el trabajo pactado, incluida la carencia de titulación o autorización exigida para la realización del trabajo.

Por todo ello, se desestima el recurso planteado confirmado la sentencia dictada por la sala de lo social del TSJ.

12. ¿Vulnera el derecho a la intimidad el sistema GPS instalado en el vehículo de empresa?

STSJ Madrid 21-4-21

Resumen

Es válido un sistema de GPS que registra cuándo arranca y se detiene el vehículo y dónde se encuentra físicamente, siempre que no permita captar circunstancia alguna de sus ocupantes y se realice dentro de la jornada laboral. No obstante, aunque la geolocalización del vehículo sea permanente, se admite si el análisis del dispositivo se limita a obtener los trayectos realizados dentro de la jornada laboral del trabajador, obteniendo tan solo la ubicación física del vehículo.

Desarrollo

Una empresa pone a disposición de su empleado un vehículo para los desplazamientos a las instalaciones de las empresas clientes. La empleadora tiene una política de uso de coches en la que expresamente indica que su utilización está limitada exclusivamente a las necesidades del proyecto, no pudiendo utilizarse para uso particular. También se indica que, con el objeto de controlar su uso profesional, los vehículos tienen instalado un sistema de seguimiento mediante GPS que almacena la localización en el momento que el trabajador realiza alguna acción con el vehículo. La política de uso está a disposición de toda la plantilla en la intranet, fue remitida al correo electrónico del trabajador, y, además, el Director de operaciones celebró una reunión informativa con todos los trabajadores, a tal efecto.

Al detectar una posible actuación irregular del trabajador, la empresa cruza los datos del GPS con los de la aplicación informática para la solicitud de dietas y comprueba que de un total de 20 días en los que solicitó la percepción de la media dieta, en 15 de ellos la geolocalización indicaba que se encontraba en la localidad donde tiene su domicilio. La empresa despidió al

trabajador por la comisión de una falta muy grave de fraude, deslealtad y abuso de confianza motivada por el cobro indebido de medias dietas.

Se plantea la cuestión de si la prueba de GPS vulnera el derecho a la intimidad, al contener datos de la localización del vehículo no solo durante la jornada laboral, sino también fuera de la misma y durante los fines de semana.

El TSJ Madrid afirma que la colocación de un sistema de geolocalización, que registra cuándo arranca y se detiene el vehículo y dónde se encuentra físicamente, es un medio adecuado y proporcionado de vigilancia y control. No afecta a la intimidad personal, si el sistema no permite captar circunstancia alguna de sus ocupantes, y además el control se realiza exclusivamente durante la jornada laboral.

En el caso analizado, aunque la geolocalización del vehículo es permanente, el TSJ Madrid no aprecia vulneración de derechos fundamentales ya que el análisis del dispositivo se limita a obtener los trayectos realizados dentro de la jornada laboral del trabajador. Además, estos datos de geolocalización no tienen capacidad para reflejar ninguna circunstancia personal del trabajador, tan solo la ubicación física del vehículo.

Por ello, el TSJ Madrid concluye que es adecuada la utilización de los datos de geolocalización que permiten comprobar la falsedad de los comunicados por el trabajador para percibir las dietas, poniendo en evidencia el fraude y la deslealtad.

Por ello, el TSJ Madrid no aprecia invasión de derechos fundamentales y concluye que es adecuada la utilización de los datos de geolocalización que permiten comprobar la falsedad de los comunicados por el trabajador para percibir las dietas, poniendo en evidencia el fraude y la deslealtad.

13. Una empresa no puede prohibir las propinas unilateralmente

STS 17-6-21

Resumen

El TS declara nula de la decisión adoptada por una empresa de hostelería de prohibir las propinas. Se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ni su carácter extrasalarial ni su dependencia de la voluntad de terceras personas impiden que la posibilidad de recibirlas de la clientela sea considerada una verdadera condición de trabajo.

Desarrollo

La empresa dedicada a prestar el servicio de cafetería en determinados centros hospitalarios y, tras una auditoría que pone de manifiesto el descontrol en la gestión del efectivo, adopta una serie de medidas entre las que se encuentra la eliminación del bote de propinas. A partir de ese momento, en los tickets de caja se añade la expresión “no se admiten propinas”, y en

el centro de trabajo se coloca un cartel en el mismo sentido. El importe anual percibido por cada trabajador por este concepto es de unos 90 -100 euros anuales.

Al considerar que la percepción de las propinas es una condición más beneficiosa y su eliminación constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la representación sindical en la empresa plantea demanda de conflicto colectivo solicitando se declare la nulidad de esa decisión empresarial. El TSJ considera que la propina ni tiene carácter salarial ni se integra en ninguna de las demás materias contempladas en el ET art.41 y desestima la demanda. La representación sindical interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la percepción de propinas es una condición de trabajo y si, por tanto, la eliminación del bote de propinas supone o no una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por tanto, si puede o no ser eliminada unilateralmente sin someterse al régimen de las MSCT.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que su doctrina sobre las propinas ha establecido que trata de una liberalidad, de manera que la clientela decide si las abona o no, y que su naturaleza es extrasalarial al ser percibidas por el trabajador con ocasión de su trabajo, pero no proceder del ingreso del patrimonio empresarial sino de un tercero.

En el supuesto enjuiciado, hasta la auditoría, la empresa había venido permitiendo a sus trabajadores la posibilidad de percibir propinas. Esto supone que esta posibilidad tenga que ser considerada una ventaja o condición de empleo. Para el TS el percibo de propinas debe considerarse una parte del contrato laboral, lo que es diferente de su consideración salarial, es por ello que las conductas relacionadas con su administración pueden generar medidas empresariales (despido inclusive); que la empresa, ejerciendo sus poderes directivos, tiene en su mano la posibilidad de permitir su disfrute o de vedarlo; o que los convenios colectivos han podido adoptar decisiones sobre su distribución.

Por otra parte, señala que la empresa en el ejercicio de su facultad de dirección y organización de la actividad productiva puede imponer determinadas pautas de conducta en su entorno productivo, como es la prohibición de que su plantilla sea gratificada por la clientela, no obstante, cuando esa posibilidad de ganancia económica y recompensa moral es preexistente se ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el ET art.41.

Respecto de la exigua trascendencia económica de la decisión empresarial (90 o 100 euros anuales) ha de tenerse en cuenta que por un lado, no se trata de prestaciones abonadas por la empresa, y por otro, que lo que se discute es la validez de la eliminación de una condición laboral. Además, el importe de la propina es del todo incierto, ya que depende de la voluntad de terceros y su finalidad es, además de económica, gratificar moralmente ya que manifiesta un reconocimiento por parte de los clientes.

Por tanto, el TS concluye que el carácter extra salarial y de mera liberalidad de las propinas no impide que la misma constituya una condición de trabajo, cuya alteración debe realizarse a través del procedimiento establecido, y que la eliminación de esa ocasión de ganancia por parte de la empresa constituye un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en aspectos atinentes al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas.

Por todo ello, se estima el recurso de casación planteado declarando la nulidad de la decisión adoptada por la empresa sobre percepción de propinas.

Nota. Se plantea voto particular por el magistrado Sr. D. Ángel Blasco Pellicer, que considera que el empresario podía tomar su decisión de eliminar el bote de propinas sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en el ET art.41 al tratarse de una condición de la relación con sus clientes y porque los efectos de tal decisión sobre los trabajadores fijos eran de escasa cuantía y trascendencia, lo que impedía, como se ha afirmado anteriormente, su consideración como modificación sustancial.

14. ¿Cómo se compensan los gastos del teletrabajo?

SAN 4-6-21

Resumen

La AN declara que no cabe el reconocimiento del derecho a una compensación de gastos genéricos derivados del trabajo a distancia, sino que los convenios o acuerdos colectivos deben establecer el mecanismo para su determinación y compensación. En su defecto, los trabajadores pueden plantear reclamaciones individuales en compensación de los gastos efectuados, previa justificación de los mismos.

Desarrollo

El sindicato CGT presenta demanda de conflicto colectivo en solicitud de que se reconozca el derecho de los trabajadores del sector de contact center a la compensación de los gastos para el desarrollo del trabajo a distancia realizado desde la implantación del carácter preferente del teletrabajo como medida para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020 art.5). La compensación solicitada incluye gastos derivados de la utilización de los equipos, herramientas y medios particulares (ordenadores, internet, cascos, teléfonos, etc.) y su sustitución por dotaciones titularidad de la empresa, así como gastos de electricidad, agua y calefacción.

El RDL 28/2020, de trabajo a distancia (actual L 10/2021) establece expresamente como derecho la necesidad de abonar los gastos del trabajo a distancia y de aportar los medios necesarios para ejecutar la prestación laboral, figurando como una consecuencia relacionada directamente con las obligaciones esenciales de la relación laboral de trabajar a cambio de una remuneración. No obstante, la disp. trans. 3ª excluye la aplicación de esta norma al trabajo a distancia implantado excepcionalmente como consecuencia de la contención sanitaria derivada de la COVID-19 (RDL 8/2020 art.5), que quedan sometidas a la normativa laboral ordinaria. En cualquier caso, en estos casos las empresas están obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia así como el mantenimiento que resulte necesario (RDL 28/2020 disp.trans.3ª y RDL 8/2020 art.5).

Pero los derechos reconocidos en estos preceptos solo pueden alegados ante la jurisdicción social de acuerdo con lo que dispongan los acuerdos de trabajo a distancia y con los términos establecidos en su caso, en el acuerdo individual, convenio o acuerdo colectivos de aplica-

ción (RDL 28/2020 art.11 y 12). Y es que los convenios o acuerdos colectivos pueden establecer el mecanismo para la determinación y compensación o abono de los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral (RDL 28/2020 art.12). En el mismo sentido, respecto del trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19, se establece que, en su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona de esta forma de trabajo, si existieran y no hubieran sido compensados (RDL 28/2020 disp. trans. 3ª). En cualquier caso, se podrían plantear reclamaciones individuales en compensación de los gastos efectuados, previa justificación de los mismos. Pero lo que no cabe, es el derecho a una compensación de gastos genéricos como el reclamado en la demanda.

Por ello, la AN desestima la demanda formulada por el sindicato.

15. Publicada la Ley del teletrabajo

L 10/2021, BOE 10-7-21

Resumen

Con vigencia desde el 11-7-2021 se ha publicado la L 10/2021 resultado de la tramitación como proyecto de Ley del RDL 28/2020, por el que se estableció la regulación del teletrabajo. La nueva ley introduce como novedad la obligación de establecer, a determinados efectos del trabajo a distancia, un domicilio de referencia.

Desarrollo

Con vigencia desde el 11-7-2021 se ha publicado la L 10/2021 resultado de la tramitación como proyecto de Ley del RDL 28/2020, por el que se estableció la regulación del teletrabajo. La nueva norma reproduce el contenido del RDL 28/2020 y al igual que este no se aplicará a las empresas que hubieran implantado el teletrabajo como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19, aunque las empresas están obligadas a dotar a sus trabajadores de los medios necesarios para desarrollar el trabajo a distancia, y a compensar los gastos existentes en la forma establecida a través de en la negociación colectiva. Al igual que el RD 28/2020, la L 10/2021 incluye las modificaciones legislativas necesarias para adaptar la legislación social a la regulación del trabajo a distancia (ET art. 13, 23.1 s y 37.8; LISOS art 7.1) y un nuevo artículo en la LRJS que crea un procedimiento judicial especial aplicable a las reclamaciones relacionadas con derecho de acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia (LRJS art. 138.bis).

La nueva norma también consta de 22 artículos, 7 disposiciones adicionales, 4 transitorias y 14 finales. Las novedades incluidas en la nueva regulación del teletrabajo son las siguientes:

- a) Se concretan las causas de discriminación prohibidas en la regulación del teletrabajo, estableciendo la obligación de las empresas de evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente, además de por razón de sexo, por edad, antigüedad o grupo

profesional o discapacidad, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia. Asimismo obliga a la empresa a asegurar tanto la igualdad de trato, la prestación de apoyos, y a realizar los ajustes razonables que resulten procedentes (L 10/2021 art.4.3).

- b) Con relación a la obligación empresarial de dotar y mantener a las personas trabajadoras de los medios, equipos y herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad, con relación a las personas con discapacidad, se añade la obligación de asegurar que estos medios, equipos y herramientas sean universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa (L 10/2021 art.11)
- c) Con relación a la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia, en la que se deben tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, se añade como factor de atención junto a los psicosociales, ergonómicos y organizativos, el de accesibilidad del entorno laboral efectivo (L 2/2021 art.16.1).
- d) En el ejercicio de las medidas de vigilancia y control empresarial para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales se añade expresamente la obligación de tener en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad (L 10/2021 art.22).
- e) Se añade una disposición relativa al domicilio de referencia a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento del empleo aplicables, Se establece que será el que figure como tal en el contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo (L 10/2021 disp. adic.3).

16. ¿Vulnera la protección de datos externalizar el control de las ausencias causadas por enfermedad o accidente?

STS 15-6-21

Resumen

El TS confirma que una empresa puede externalizar el sistema de control de las ausencias causadas por enfermedad o accidente mediante reconocimientos a cargo de personal médico. Señala que no se vulnera el derecho del trabajador a la protección de datos, siempre que estos sean tratados, exclusivamente, por personal médico.

Desarrollo

La empresa comunica todos sus empleados la contratación de una empresa externa para el acompañamiento y seguimiento de los procesos de baja médica por enfermedad común o accidente no laboral.

Esta compañía cita al personal en situación de baja requiriéndole para que aporte informes médicos y/o pruebas diagnósticas sobre el actual proceso de baja o, en su caso, sobre los procesos anteriores que pudieran ser de utilidad. En esta citación se advierte al trabajador que la no comparecencia puede suponer que la empresa suspenda sus derechos económicos. También se incluye una cláusula sobre protección de datos.

La representación de los trabajadores considera que el estado de salud de los trabajadores no puede ser controlado por una empresa externa y que, además, esta no puede requerir o citar de comparecencia a los trabajadores en situación de IT y menos solicitarles la aportación de documentación alguna. Interpone demanda de conflicto colectivo ante la sala de lo social de la AN y, al ser desestimada interpone recurso de casación ante el TS.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su jurisprudencia ha establecido que el ET art.20.4 otorga al empresario, como parte de la facultad de control y dirección, la posibilidad de verificar el estado de salud del trabajador mediante el reconocimientos a cargo de personal médico, sin que en ningún caso puedan vulnerarse los derechos básicos de los trabajadores en la relación de trabajo (ET art.4.2). Asimismo, al referirse al control y supervisión del estado de salud del trabajador, señala que también está limitado por el derecho a la no discriminación, a la integridad física, a la intimidad y a la dignidad personal.

Para el TS en el supuesto enjuiciado, la solicitud de aportación de informes médicos y pruebas diagnósticas sobre el proceso de la baja o de bajas anteriores no se efectúa en términos obligatorios sino voluntarios, y se considera que resulta necesaria para verificar el estado de salud del trabajador. Además, la aportación de tales documentos y pruebas resulta beneficiosa para ambas partes en la medida que permite aligerar el proceso y evita la inútil repetición de pruebas diagnósticas.

Respecto del tratamiento de datos personales del trabajador, se establece que este se va a efectuar siempre y de manera exclusiva por personal médico y se incluye expresamente una cláusula de protección de datos y el respeto del deber de confidencialidad. Por todo ello, el TS concluye que se cumplen perfectamente las exigencias legales en materia de protección de tales datos habida cuenta de que:

- Por un lado, se recaba el consentimiento del trabajador, mediante la información de sus derechos y la aportación voluntaria de los documentos solicitados.
- Por otro, podrían ser necesarios para la ejecución del contrato de trabajo.

La advertencia al trabajador de que la no aportación de datos podría determinar la imposibilidad de llevar a cabo la verificación de su estado de salud y que, en tal caso, podría suceder que la empresa adoptara las medidas previstas no consta en los hechos probados que tal posibilidad se haya llevado a cabo nunca, no puede identificarse con la obtención de datos sin su consentimiento, únicamente poner en conocimiento del trabajador las consecuencias legales que prevé el mencionado precepto.

También se pronuncia el recurso sobre la imposibilidad de que la empresa externa de formule propuestas de alta, y el TS señala que en efecto, su actividad no es compartir el poder de dirección de la empresa, sino que resulta instrumental al ejercicio de esta facultad empresarial. Asimismo, señala que no se ha acreditado que la empresa externa haya emitido ninguna propuesta de alta ni que haya justificado suspensión de ningún derecho económico.

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

17. Publicado el Acuerdo Tripartito en materia de solución de conflictos colectivos

MTES Resol 28-6-21, BOE 9-7-21

Resumen

El Acuerdo, suscrito entre el Gobierno y los agentes sociales, complementa y desarrolla el VI ASAC a fin de facilitar la consecución de sus objetivos.

Desarrollo

Se publica el Acuerdo Tripartito en materia de solución de conflictos colectivos que complementa y desarrolla el VI ASAC en relación con los procedimientos alternativos de solución autónoma de conflictos laborales y la fundación SIMA-FSP.

El acuerdo ha sido suscrito por el Gobierno, CCOO, UGT, CEPYME y CEOE y recoge los siguientes compromisos:

- Por parte de las organizaciones empresariales y sindicales: impulsar los sistemas de solución autónoma de conflicto mediante el diálogo social.
- Por parte del Gobierno: mantener y consolidar estos sistemas de solución a través de la Fundación SIMA-FSP y del apoyo expreso al contenido que los interlocutores sociales han dado al VI ASAC. Para ello, durante la vigencia del VI ASAC, se dotará presupuestariamente a la Fundación para el adecuado desarrollo de sus funciones, sin perjuicio de que pueda nutrirse de otros recursos conforme a lo dispuesto en sus Estatutos.

El Servicio Administrativo de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la DGTr mantiene sus competencias respecto de los supuestos no incluidos en el ámbito de aplicación del VI ASAC.

Por otra parte, las partes se comprometen a promover y apoyar las medidas y, en su caso, las modificaciones que resulten oportunas para la plena eficacia del VI ASAC y del Acuerdo tripartito.

La vigencia del Acuerdo se extiende hasta el 31-12-2024, prorrogándose a partir de esa fecha en los términos en que se prorrogue el VI ASAC.

18. Reversión del servicio de habitaciones. ¿Está obligado el hotel a subrogar a las camareras de piso?

STSUD 8-6-21

Resumen

El TS declara que la actividad de limpieza de habitaciones de un hotel descansa fundamentalmente en la mano de obra, de modo que si el hotel que revierte la contrata para asumir con medios propios la limpieza de las habitaciones no subroga a los trabajadores que venían prestando el servicio, no se produce transmisión ni sucesión de empresa. La sentencia contiene un voto particular.

Desarrollo

Unas trabajadoras prestan servicios por cuenta de una empresa para prestar servicios como camareras de piso en un hotel. Cuando el hotel decide asumir directamente el servicio con sus propios medios, la empresa contratista comunica a las trabajadoras que a partir de 13-6-2014 pasan a formar parte de la plantilla del hotel por subrogación.

No obstante, el grupo hotelero se niega a hacer la subrogación, por lo que las trabajadoras presentan demanda de despido contra el hotel y la contratista. La sentencia de primera instancia declara la improcedencia del despido condenando al hotel a las consecuencias derivadas de tal declaración y absolviendo a la contratista. La sentencia es confirmada en suplicación, por lo que la empresa hotelera recurre en casación para unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea es si existe o no sucesión de empresa cuando el servicio de limpieza de habitaciones anteriormente subcontratado pasa a ser realizado directamente por el hotel sin asumir a los trabajadores que venían realizando el servicio. Para la sentencia recurrida, existe sucesión de empresa, ya que la actividad no está basada esencialmente en la mano de obra sino que comprende los elementos materiales necesarios para la prestación del servicio como la ropa de cama y baño imprescindible para la preparación de las habitaciones, que integran el producto elaborado por las trabajadoras, así como los demás objetos y elementos que configuran las habitaciones tal y como se ofrecen al cliente.

La sentencia que se aporta de contraste considera que la mano de obra es el elemento esencial de la actividad y el valor más importante en la limpieza, siendo escasa y poco importante la infraestructura patrimonial. De este modo, solo existe sucesión de empresa si la entidad que pasa a realizar la actividad asume una parte de los trabajadores que anteriormente realizaba el servicio.

Para el TS, la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste. Y es que el TJUE ha dictaminado que la limpieza es una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra y en la que los elementos patrimoniales son poco relevantes (TJUE 20-1-11, asunto CLECE y 26-11-15, asunto Adif v. Aira Pascual).

Esta doctrina afirma, además, que la identidad de una entidad económica que descansa esencialmente en la mano de obra no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su servicio. Por lo tanto, en actividades como la de limpieza, que descansan

fundamentalmente en la mano de obra, el conjunto de trabajadores que realizan la actividad puede constituir una entidad económica. Pero para que esa entidad mantenga su identidad, y por tanto haya transmisión o sucesión de empresa, el nuevo empresario se ha de hacer cargo de una parte esencial del personal. Se deja de este modo en manos de la empresa entrante la aplicabilidad de la figura sucesoria en función de que decida asumir o no toda o la mayor parte de la plantilla.

En el caso analizado, la entidad económica no mantuvo su identidad porque el hotel decidió no asumir a los trabajadores del anterior empresario que realizaba la limpieza, por lo que, de acuerdo con la doctrina del TJUE, no se produjo la sucesión de empresa.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina absolviendo a la empresa hotelera y condenando a la empresa contratista a asumir las consecuencias del despido improcedente.

NOTA. La sentencia contiene un voto particular.

19. Se publican medidas para reducir la temporalidad en el sector público

RDL 14/2021, BOE 7-7-21

Resumen

Tras las sentencias dictadas tanto por el TJUE como por el TS sobre la regulación de los contratos de interinidad en el sector público, se publican medidas para reducir temporalidad en el empleo público. Por una parte, se amplían los procesos de estabilización en el empleo estableciendo que los nuevos procesos selectivos deben finalizar antes del 31-12-2024 y por otra, se reforma el EBEP para clarificar la definición de trabajador interino reforzando la nota de temporalidad actual.

Desarrollo

El presente RDL, con vigencia desde el 8-7-2021, se dicta como consecuencia de lo dispuesto por la última jurisprudencia tanto del TJUE (asunto IMIDRA) como del TS y su finalidad de reducir la temporalidad en el empleo público. El contenido de la norma refleja el acuerdo alcanzado los sindicatos CCOO, UGT y CSIF.

Las principales medidas incluidas son las siguientes:

- A. Se reforma el concepto de personal interino (EBEP art.10) e introduce las siguientes modificaciones:
 - a) Se introduce la causa y término en el nombramiento del personal funcionario interino, que solo podrá producirse en 4 modalidades:

- Por vacante: para la cobertura de este tipo de plazas cuando no sea posible hacerlo por personal funcionario de carrera: se establece una duración máxima de 3 años.
 - Por sustitución transitoria de los titulares: por el tiempo estrictamente necesario.
 - Ejecución de programas de carácter temporal: se mantiene el plazo de 3 años ampliable a 12 meses más en función de lo previsto en las distintas Leyes de Función Pública.
 - Exceso o acumulación de tareas: se amplía el plazo máximo a 9 meses dentro de un periodo de 18 (antes 6 meses en un periodo de 12 meses).
- b) Se establece expresamente que el nombramiento de funcionario interino en ningún caso puede dar lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera.
- c) Se clarifican las causas de finalización de la relación interina, que son las siguientes:
- Cobertura reglada del puesto.
 - Razones organizativas que den lugar a la supresión del puesto.
 - Finalización del plazo autorizado expresamente en su nombramiento o de la causa que dio lugar a su nombramiento).
- d) Se aplica al personal funcionario interino el régimen general del personal funcionario de carrera, salvo derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera.
- B. Se establecen medidas para el control de la temporalidad en el empleo público (EBEP disp. adic.17). A tal efecto, se establece la obligación de las AAPP de evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y en el nombramiento de funcionarios interinos y se fijan responsabilidades en caso de actuación irregular:
- Se declara nulo de pleno derecho todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal.
 - Se prevé que, en caso de incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, el personal interino afectado reciba una compensación económica equivalente a 20 días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 12 mensualidades. Este derecho nace a partir de la fecha del cese efectivo y no se percibirá en caso de cese por causas disciplinarias o renuncia voluntaria.
 - En el caso del personal laboral temporal, la compensación económica consistirá en la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, hasta un máximo de 12 mensualidades.
- C. Ampliación de los procesos de estabilización de empleo temporal establecidos en las correspondientes Leyes de Presupuestos. A tal efecto, se prevé la convocatoria de ofertas públicas de empleo para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores al 31-12-2020. Estas ofertas deberán aprobarse publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 31-12-2021, las respectivas convocatorias antes del 31-

12-2022, debiendo finalizar los procesos antes del 31-12-2024. Para el cumplimiento de estos plazos, el RDL prevé medidas de agilización de los procesos selectivos. El sistema de selección será el de concurso-oposición, pudiendo alcanzar la fase de concurso un 40% de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente.

En caso de no superar el proceso de estabilización, el personal interino que vea finalizada su relación percibirá una compensación económica de 20 días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 12 mensualidades, o la diferencia entre ese máximo de 20 días y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato en el caso del personal laboral temporal.

- D. Aplicación a otros ámbitos de la Administración. Aunque el ámbito de aplicación se refiere únicamente a la AGE, se otorga el plazo de 1 año para adaptar la legislación aplicable al personal docente y estatutario de los servicios de salud. En la Administración Local, se establece que los municipios, salvo los de gran población, puedan articular mecanismos de colaboración con otras administraciones que favorezcan la realización de procesos selectivos de forma ágil. También se regulan las peculiaridades de los procesos de estabilización de empleo temporal del personal investigador (RDL 7/2021 disp. adic.5).
- E. Para el seguimiento de la situación de temporalidad en el empleo público, se prevé que el Ministerio de Política Territorial y Función Pública elabore un informe anual.

20. Cuidado de menor afectado de cáncer. ¿Se extingue la prestación por el alta en el RETA?

STSJ Castilla-La Mancha 7-5-21

Resumen

El TSJ Castilla-La Mancha declara que el alta en el RETA, sin otra consideración, no extingue la prestación económica por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave si no se producen cambios en la jornada por cuenta ajena.

Desarrollo

Una mujer percibe, desde el 1-10-2017, la prestación económica de cuidado de menor con enfermedad grave con una reducción de jornada en su contrato por cuenta ajena del 50%.

El 23-4-2019, la mutua extingue la prestación por figurar la trabajadora de alta en el RETA desde 27-3-2019. Denegada la reclamación previa, la trabajadora presenta demanda que es estimada por el juzgado de primera instancia dejando sin efecto la resolución de la mutua. Esta recurre en suplicación denunciando la infracción de los art.192 LGSS y 2, 4 y 7 del RD 1148/2011.

Para el TSJ Castilla-La Mancha, el alta en el RETA, sin ninguna otra consideración adicional, no legitima la extinción de la prestación, pues de ella no deriva la reincorporación plena de la trabajadora a su trabajo -con cese de la reducción de jornada- ni reanudación total de la actividad laboral (RD1148/2011 art.7.3.a). Al contrario, la trabajadora continua manteniendo el mismo porcentaje de reducción de jornada en la empresa para la que viene prestando servicios por cuenta ajena, situación que no se ha visto modificada desde que le fue reconocida la prestación.

Para el TSJ la situación debe analizarse como un supuesto de pluriactividad para los que el art.6.4 del RD 1148/2011 establece la posibilidad de acceder a la prestación en cada uno de los regímenes en los que se encuadren las actividades realizadas o solo en uno de ellos si las condiciones para acceder a la prestación únicamente concurren en uno, que es lo que ocurre en el caso analizado. Lo que no establece la normativa es la imposibilidad de que la trabajadora, antes o después de iniciar la percepción de la prestación, pueda causar alta en régimen distinto de la Seguridad Social.

Por ello, el TSJ desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Contra la sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina.

21. ¿Qué efectos produce haber mentido en el curriculum?

STSJ Valladolid 16-4-21

Resumen

El TSJ Valladolid declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que reiteradamente mintió sobre sus capacidades físicas para conseguir y mantener el puesto de repartidor.

Desarrollo

El trabajador celebra un contrato de trabajo temporal de personas con discapacidad en Centro Especial de Empleo, para realizar funciones de reparto de mensajería y paquetería.

En su CV señaló su facilidad para el trabajo físico y que solo estaba impedido para trabajar en la construcción. Además, al inicio de la relación laboral firmó una declaración responsable indicando que no presentaba limitaciones médicas para la manipulación manual de cargas respecto de un trabajador ordinario. Esta declaración se requirió ante la imposibilidad de realizar un examen previo a su incorporación por las circunstancias derivadas del COVID-19.

Sin embargo, cuando se pudo hacer el reconocimiento médico, que el trabajador trató de evitar mientras pudo, se advirtió que, además de las limitaciones físicas que eran conocidas por la empresa, no podía manejar pesos superiores a 7 kilos, en clara contradicción con lo que había declarado 2 meses antes.

No consta ninguna agravación de esta funcionalidad a lo largo de la vigencia del contrato. La empresa trató de reubicarle en otro puesto, comenzando el trabajador desde ese momento

a proferir toda clase de insultos y amenazas contra la empresa, y a desobedecer las instrucciones de su encargado.

El TSJ Valladolid considera que todos estos hechos justifican la procedencia del despido disciplinario efectuado por la empresa, por transgresión de la buena fe contractual. Con el engaño u ocultación reiterado en el tiempo se produce la quiebra de las reglas de lealtad y confianza mutua que deben regir en la relación laboral. El trabajador trató, con estas actuaciones, de mantener el vínculo de trabajo sobre unas condiciones de capacidad laboral irreales y parcialmente incompatibles con las exigencias del puesto desempeñado, afectando a la formación de voluntad de la empresa en la celebración del contrato.

22. Reparación de los daños causados por la borrasca Filomena. Moratoria y exención de cuotas

OM ISM/707/2021, BOE 3-7-21

Resumen

Se establecen normas para la aplicación de la exención y moratoria de cuotas previstas para las zonas afectadas gravemente por la borrasca Filomena. Los beneficiarios son tanto las empresas como los trabajadores autónomos, incluyendo las sociedades cooperativas.

Desarrollo

Se establecen normas para la aplicación de las medidas de Seguridad social en las zonas afectadas gravemente por la borrasca Filomena. Su contenido es el siguiente:

1. Zonas afectadas: Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja, Madrid, Navarra y Principado de Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana y Región de Murcia,
2. Medidas incluidas, que son las siguientes:
 - a) Exención en el pago de cuotas. Su concesión corresponde a la TGSS y alcanza el 100% de las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la Seguridad Social. La exención se aplicará mientras dure el periodo de suspensión del contrato de trabajo o la reducción temporal de la jornada de trabajo considerándose dicho período como efectivamente cotizado por el trabajador a todos los efectos. Su disfrute es incompatible con cualquier otra exención en el pago de la aportación empresarial a la Seguridad Social.
 - b) Moratoria en el pago de cuotas. Su concesión corresponde a la TGSS y su duración es de 1 año. Comprende las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social y las cuotas de los trabajadores autónomos, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales, por cese de actividad y por conceptos de recaudación conjunta, correspondientes a tres meses naturales consecutivos, a contar desde el an-

terior a la producción del siniestro o, en el caso de trabajadores incluidos en el RETA, desde el mes en que aquel se produjo.

La moratoria a no se aplica a las empresas y a los trabajadores por cuenta propia que, durante su periodo de aplicación, se encuentren disfrutando de cualquier tipo de exención.

3. Solicitudes. Pueden formularse hasta el 31-8-21 en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones. Su concesión y denegación se resuelve por los directores de las Administraciones de la Seguridad Social correspondientes dentro del plazo de los 3 meses siguientes a la solicitud.

La presentación de las solicitudes no exime del cumplimiento de las obligaciones en materia de liquidación de cuotas y la falta de cumplimiento será causa de denegación de la solicitud efectuada. Las cuotas ya ingresadas que sean objeto de exención o moratoria, incluidos recargos, intereses de demora y costas que se hubieran satisfecho, serán devueltas a petición de los interesados, debiéndose formular la solicitud hasta el 31-8-2021.

4. Aplicación a sociedades cooperativas. Se incluyen como beneficiarios de estas medidas tanto los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas encuadrados como trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las cooperativas encuadrados como trabajadores por cuenta propia, en el respectivo régimen de la SS.

La norma está vigente desde el 4-7-2021.

23. Sistema RED: nuevas funcionalidades y apertura del plazo de presentación de declaraciones responsables

BNR 5/2021

Resumen

La TGSS comunica la implantación de nuevas funcionalidades en CASIA, de una funcionalidad para la asignación del número de Seguridad Social y de un nuevo servicio FIER en el sistema RED Online. Además informa de que ya se pueden presentar las declaraciones responsables para la aplicación del RDL 11/2021; no obstante, hasta el 9 de julio no se podrá comunicar el tipo inactividad ni se calcularán las peculiaridades de cotización.

Desarrollo

La TGSS comunica, a través del BNR 5/2021, las siguientes novedades:

1. A partir del 2-7-2021 se van a implementar las siguientes mejoras en CASIA:

Apertura de casos con origen TGSS: va a permitir a la TGSS solicitar la documentación necesaria para la realización de un trámite o la verificación de la información existente en sus bases de datos. El autorizado RED recibirá un aviso por correo electrónico en la cuenta de correo comunicada por el usuario principal.

Apertura de consultas de materia recaudación. Los autorizados RED van a poder plantear consultas relativas a recaudación. Para ello se ha creado una nueva materia “Recaudación” dentro del listado de Consultas disponibles en CASIA.

Cierre de oficio de trámites: a partir de ahora, los casos de tipo “trámite” se van a cerrar de oficio cuando transcurran 20 días naturales desde la solicitud de información complementaria por el tramitador sin que haya sido aportada por el autorizado. El autorizado recibirá un correo electrónico informándole del cierre del caso. Además, se notificará la resolución de desistimiento a través de la SEDESS.

2. A partir del 6-7-2021 se va a implementar una nueva funcionalidad en el ámbito de afiliación del sistema RED a través del cual se va a poder asignar el número de Seguridad Social (NSS) a la persona que no lo tenga asignado. Esta funcionalidad solo estará disponible en la modalidad online y para aquellos supuestos en los que el autorizado RED facilite a la Administración de la Seguridad Social, a través del Sistema RED y previo consentimiento de los interesados, el teléfono móvil de los trabajadores o asimilados a ellos que causen alta en cualquiera de los regímenes del Sistema de Seguridad Social. La afiliación se producirá cuando se solicite el primer alta del trabajador. Hasta entonces, no se podrá obtener ningún documento referido al NSS a través del Sistema RED. Una vez solicitada y consolidada el primer alta en el sistema, se podrá obtener la documentación del NSS a través de la funcionalidad DUPLICADOS DE DOCUMENTOS TA.
3. En las próximas semanas va a estar disponible un nuevo servicio de comunicación en el sistema RED Online denominado FIER. Este servicio va a permitir a cualquier autorizado RED descargar en formato Excel la versión 2.0 del Fichero INSS Empresas (FIE), que avisa de las modificaciones que se hayan producido en las base de datos de prestaciones del INSS respecto de los trabajadores de la empresa. El servicio FIER, al que se va a acceder a través del “Acceso al Sistema RED Online”, va a permitir la búsqueda y generación del FIE 2.0 filtrando por CCC y rango de fechas.

Por otro lado, a través de un aviso de 1-7-2021, informa de que ya se pueden presentar las declaraciones responsables para los supuestos de ERTE Covid regulados por el RDL 11/2021. No obstante, hasta el día 9 de julio no se van a poder comunicar los nuevos valores del campo TIPO INACTIVIDAD asociados a las nuevas declaraciones responsables –CPC- creadas específicamente para el RDL 11/2021, ni se calcularán las peculiaridades de cotización correspondientes a las exenciones establecidas en el RDL 11/2021. Por ello, hasta esa fecha no se deberá confirmar la liquidación de cuotas referida a las cuotas del mes de junio de 2021, a la que puedan resultar de aplicación exenciones en la cotización.

24. Creada una oficina de asistencia a registros dentro del MIMSS

OM ISM/693/2021, BOE 2-7-21

Resumen

Se crea una oficina de asistencia en materia de registros dentro del MIMSS. Sus funciones serán las previstas en la LPAC.

Desarrollo

Se crea una oficina de asistencia en materia de registros dentro del MIMSS. Sus funciones son las previstas en la LPAC, en particular:

- Otorgamiento de apoderamiento «apud acta» mediante comparecencia personal en estas oficinas por quien ostente la condición de interesado en un procedimiento administrativo.
- Recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones que los interesados dirijan a los órganos, organismos o entidades de las Administraciones Públicas en el registro electrónico general o registro electrónico de cada organismo según corresponda.
- Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos que lo soliciten.
- Digitalización de los documentos presentados de manera presencial por los interesados para su incorporación al expediente administrativo electrónico.
- Realización de notificaciones por comparecencia espontánea del interesado o su representante cuando, personándose en la oficina, solicite la comunicación y notificación personal en el momento.
- Comunicación a los interesados del código de identificación del órgano, centro o unidad administrativa a los que se dirigen sus solicitudes, comunicaciones y escritos, así como el correspondiente recibo que acredite la fecha y hora de presentación.
- Puesta a disposición de los interesados los modelos para la presentación de solicitudes.
- Identificación de los interesados en el procedimiento.
- Cualesquiera otras funciones que se les atribuyan legal o reglamentariamente.

25. El TS rectifica su doctrina sobre la duración de los contratos de interinidad por vacante en el sector público

STSUD 28-6-21

Resumen

Tras la publicación de la sentencia del TJUE (asunto IMIDRA), el TS en pleno rectifica su doctrina y establece que la duración máxima de los contratos de interinidad por vacante en el sector público debe ser la del tiempo que duren los procesos de selección para cubrir la vacante conforme a lo dispuesto en su normativa legal o convencional específica. A falta de previsión normativa, la Sala entiende, con carácter general, que una duración superior a tres años debe considerarse injustificadamente larga, lo que comportará que el trabajador interino obtenga la condición de indefinido no fijo.

Desarrollo

La trabajadora prestaba servicios para una entidad pública perteneciente a la Junta de Andalucía mediante un contrato de interinidad desde el 13-11-2009. El 30-6-2017, tras un curso de traslados, su puesto de trabajo es ocupado definitivamente y se le comunica la extinción de su contrato de trabajo. La trabajadora presenta demanda de despido que, al considerar que la relación que le unía a la trabajadora con la administración era de indefinida no fija, estimada la demanda y condena a la entidad al abono de la correspondiente indemnización. En suplicación se confirma la sentencia y la Junta interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión a debatir consiste en determinar si el contrato de interinidad por vacante suscrito por la Junta de Andalucía con la trabajadora debe ser considerado válido o, por el contrario, la relación laboral entre las partes debe ser considerada de carácter indefinida no fija.

Para resolver la cuestión el pleno del TS examina la incidencia que sobre la decisión debe tener lo resuelto en la sentencia del TJUE 3-6-21, asunto IMIDRA, C-726/19, en la que se resuelve sobre la adaptación al derecho comunitario (Dir 1999/70) de la interpretación que sobre esta cuestión viene efectuando la sala del TS.

Por una parte, el TS recuerda que su jurisprudencia hasta la fecha ha interpretado que el plazo de 3 años para la convocatoria de las plazas (EBEP art.70) no opera de forma automática y que son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de provocar la consideración o no del contrato de interinidad como fraudulento. Entre las circunstancias justificativas de la no convocatoria de plazas, el TS señaló la paralización que se produjo en las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo a causa grave crisis económica que sufrió España y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público. En este punto el TS señala que la sentencia de TJUE ha establecido que estas consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Con esta conclusión desaparece la razón por la que la jurisprudencia del TS entendía justificada la prolongada extensión de estos contratos, lo que necesariamente obliga a rectificar su jurisprudencia.

A estos efectos, el TS dicta una nueva doctrina y establece que cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante ha cumplido los requisitos legales establecidos, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo. Aplicando una interpretación conforme al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Dir 1999/70/CE), el TS entiende que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deben durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga.

En el supuesto enjuiciado, la entidad pública tardó más de seis años en organizar y publicar un concurso para la cobertura de la plaza vacante; y, además, se trató de un concurso de traslados entre el personal que ya tenía la condición de fijo, que ni suponía dificultad alguna, ni estaba comprendido entre los paralizados a causa de la crisis, por lo que no existe circunstancia alguna que pueda justificar la inactividad de la Administración durante tan amplio período de tiempo.

Respecto de la indemnización correspondiente, el hecho de que la trabajadora en el momento de la extinción de su contrato tuviera la consideración de indefinida no fija implica el reconocimiento a su favor de una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la sentencia recurrida condenando en costa a la entidad pública.



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

