

# newsletter

JURÍDICO - LABORAL · Noviembre 2021

**Santiago Blanes Mompó**

Socio Área Laboral



**TOMARIAL**

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

## Índice

1. Teletrabajo COVID-19. No existe obligación de negociar el retorno al trabajo presencial.....	4
2. La información publicada en LinkedIn no es prueba suficiente para apreciar competencia desleal.....	5
3. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. ....	6
4. La AN declara que la empresa puede imponer la corbata en el uniforme verano. .7	
5. ¿Se pueden establecer compensaciones diferentes para los teletrabajadores de la empresa?.....	8
6. No es discriminatorio cambiar de puesto de trabajo a una trabajadora que solicita una reducción de jornada por cuidado de hijo.....	10
7. El trabajador despedido tácitamente por cierre de la empresa puede acceder a la jubilación anticipada involuntaria .....	12
8. Videovigilancia y despido disciplinario. ¿Son válidas las grabaciones efectuadas durante el periodo de descanso?.....	13
9. Distribución irregular de jornada: ¿es necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores?.....	14
10. No es tiempo de trabajo la guardia de disponibilidad que permite realizar otro trabajo.....	16
11. Nuevos pronunciamientos sobre la consideración del AT .....	17
12. Nuevo procedimiento de entrada y permanencia de extranjeros para realizar actividades en el sector audiovisual.....	20
13. Es discriminatorio denegar la incapacidad permanente a quien ha accedido a la jubilación anticipada por discapacidad .....	22
14. Aunque sea a iniciativa de los trabajadores de la empresa, sustituir huelguistas vulnera el derecho de huelga.....	24
15. ¿Se pueden utilizar grabaciones de conversaciones telefónicas con los clientes para acreditar incumplimientos de los empleados?.....	25
16. ¿Justifica la denegación de medidas de conciliación la rescisión del contrato por incumplimiento empresarial? .....	27
17. Prescripción de la reclamación de diferencias salariales: ¿se interrumpe por un requerimiento de la ITSS?.....	28
18. ¿Cuándo es válido un pacto de no competencia postcontractual?.....	29

- 19. Potestad disciplinaria: ¿cuándo prescriben las faltas ocultas a la empresa? ...31
- 20. La AEPD sanciona a una empresa por no evaluar el impacto en protección de datos del registro de jornada por huella dactilar .....33
- 21. Jubilación activa del empresario. ¿Justifica el paso a la jubilación plena la extinción de los contratos?.....34
- 22. Es tiempo de trabajo el dedicado a la formación obligatoria del trabajador fuera de la jornada habitual .....36

## **1. Teletrabajo COVID-19. No existe obligación de negociar el retorno al trabajo presencial STS Cataluña 20-10-21**

**STS 20-10-21**

### **Resumen**

El TS considera que el retorno al trabajo presencial una vez finalizado el estado de alarma no es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino una manifestación del poder de dirección del empresario. Por lo tanto, no existe obligación de negociar la medida con la representación legal de los trabajadores y su adopción de manera unilateral no vulnera el derecho a la libertad sindical.

### **Desarrollo**

Como consecuencia de las medidas de contención para frenar el coronavirus, a partir de marzo de 2020 gran parte de la plantilla del departamento de seguridad del Gobierno Vasco pasó a realizar trabajo no presencial. Mediante Resolución de 6-5-2020 la empleadora determina la vuelta gradual y progresiva a la actividad presencial frente a lo que la representación sindical presenta demanda por considerar vulnerado su derecho a la libertad sindical al haberse adoptado la decisión de manera unilateral.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la empresa tenía obligación de abrir un período de negociación con los trabajadores con carácter previo a la adopción de estas medidas.

Al contrario que el TSJ País Vasco, que estimó la demanda en primera instancia, el TS considera que la decisión de retorno a la actividad presencial no persigue otra cosa que volver a implementar las mismas condiciones de trabajo que rigen la relación laboral y que se vieron transitoriamente alteradas por la implantación del sistema de trabajo a distancia. Este sistema sustituyó de forma provisional la necesaria prestación de servicios presencial y que ahora viene a recuperarse con estas medidas una vez que la situación sanitaria lo permite.

La modificación unilateral de jornadas, horarios y sistemas de trabajo, en razón de la excepcional situación derivada del estado de alarma a consecuencia del COVID-19 no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino que la empresa se limita a aplicar la normativa al respecto a partir del RD 463/2020 en relación con la normativa de prevención de riesgos laborales, para preservar la vida y la integridad de los trabajadores, dentro del marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa. Además, la medida adoptada no solo no tiene como finalidad

alterar el régimen de trabajo ordinario, sino todo lo contrario, reinstaurar las condiciones laborales y habituales acordadas con la representación sindical y que regían hasta la crisis del COVID-19.

Por ello, el TS estima el recurso y declara que la decisión unilateral de la empleadora no comporta la vulneración de los derechos de libertad sindical.

## **2. La información publicada en LinkedIn no es prueba suficiente para apreciar competencia desleal**

**STSJ Cataluña 22-7-21**

### **Resumen**

El TSJ Cataluña declara que la información no contrastada que el trabajador introduzca en su página de linkedin no es prueba suficiente de haber incurrido en competencia desleal durante una excedencia voluntaria.

### **Desarrollo**

El trabajador prestaba servicios como coordinador de seguridad con la categoría profesional de titulado superior/ingeniero, para una empresa dedicada, entre otras actividades, a la ingeniería y servicios, prevención de riesgos laborales, coordinación de seguridad en las obras, certificado de calidad de medio ambiente y dirección de obras. El 17-7-17 solicitó una excedencia voluntaria por el periodo de un año, aceptando la empresa dicha solicitud siempre que no se utilice para prestar servicios que signifiquen competencia con la empresa. Cuando el trabajador comunica a la empresa su intención de reincorporarse a su puesto de trabajo, esta le indica que había perdido su derecho a la reincorporación al haber transgredido el principio de buena fe contractual por haber trabajado en la competencia (una mutua). En su página linkedin figura como ingeniero técnico industrial de la empresa en la que está en excedencia y consultor de prevención en la empresa de la competencia. Además, figura encuadrado y en el alta en el RGSS como trabajador por cuenta ajena de esta segunda empresa. El trabajador interpone demanda de despido que es estimada por el juzgado de lo social, que declara la improcedencia del despido. La empresa interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

La cuestión a debatir consiste en determinar si el trabajador ha prestado servicios para una empresa de la competencia vulnerando la buena fe contractual.

El TSJ Cataluña ratifica la sentencia de instancia y declara la existencia de un despido improcedente por las siguientes razones:

- a) El hecho de figurar de alta en la SS en la empresa de la competencia no significa que haya desempeñado actividades concurrentes; porque no se acredita qué tipo de tareas realizaba para dicha empresa y, porque en ese periodo las mutuas colaboradoras no podían realizar actividades de prevención, por lo que en principio, y salvo prueba en contrario, el trabajador no se dedicaba a dicha actividad;
- b) La empresa no ha probado el incumplimiento que imputa al trabajador alegando la dificultad de acreditar las tareas que realizaba en la empresa de la competencia. Sin embargo, el TSJ considera que podía haber solicitado que se oficiase a la otra empresa para que certificara las funciones desempeñadas, haber propuesto su interrogatorio para que concretase los trabajos que realizaba para la misma, prueba testifical o mediante detectives privados o cualquier otra;
- c) La información no contrastada que el trabajador introduzca en su página de linkedin no es una prueba suficiente.

### **3. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.**

STSJ C Valenciana 22-10-21

#### **Resumen**

No procede la aplicación de la denominada prohibición de despedir por causa de fuerza mayor o causas ETOP cuando esta circunstancia no está relacionada con el COVID-19 sino que se evidencia que la empresa ya se encontraba en dificultades para mantener el empleo con anterioridad al estado de alarma.

#### **Desarrollo**

El 21-1-2021 la empresa, dedicada a la confección de prendas de vestir y accesorios, comunica a la delegada de personal el inicio de un procedimiento de despido colectivo por causas económicas, que finaliza con la comunicación, a los 11 trabajadores en plantilla, de la extinción de sus contratos con efectos de 10-3-2021.

Desde 2016, la evolución de las ventas de la compañía venía experimentando una continuada y progresiva tendencia negativa lo que llevó a acordar, el 14-11-2019, una suspensión temporal de todos los contratos de trabajo por un período de 9 meses. En 2020 la caída fue más acusada llegando a representar un 80%. La representante de los trabajadores presenta demanda solicitando que el despido colectivo sea declarado nulo

o, subsidiariamente, no ajustado a derecho por considerar vulnerada la denominada prohibición de despedir (RDL 9/2020 art.2).

El TSJ C. Valenciana recuerda que lo que establece el art.2 del RDL 9/2020 es que no se pueden entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido, la fuerza mayor y las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020.

Pero esta medida no constituye una genérica prohibición de despedir, sino que no pueden invocarse para justificar el despido de los trabajadores la fuerza mayor y las causas ETOP relacionadas con el COVID-19.

Debe, por lo tanto, comprobarse si la causa económica invocada por la empresa para activar el despido colectivo está relacionada de manera directa e inmediata con el COVID-19.

En el supuesto enjuiciado, el TSJ considera que el ERTE de 2019 evidencia que la empresa se encontraba en dificultades para mantener el empleo con anterioridad a la crisis del COVID-19. Además, el despido colectivo tuvo lugar un año después de que se decretara el estado de alarma y 10 meses después de que se reanudara la actividad de los sectores no esenciales, lo que le lleva a concluir que la prohibición de despedir no es aplicable en este caso, dado que los resultados negativos que presentaba al concluir el ejercicio 2020 acreditan que su situación de crisis era estructural.

En consecuencia, el TSJ desestima la demanda y declara ajustado a derecho el despido colectivo.

#### **4. La AN declara que la empresa puede imponer la corbata en el uniforme verano**

**SAN 22-10-21**

##### **Resumen**

La AN considera válida la decisión empresarial de obligar a los vigilantes de seguridad a utilizar la corbata en verano. Es una decisión que corresponde adoptar al empresario y no puede limitarse si no vulnera la dignidad del trabajador.

##### **Desarrollo**

Por acuerdo entre uno de los sindicatos y la empresa de seguridad que presta servicios para un centro comercial, se establece la obligación de los vigilantes de seguridad –

hombres y mujeres- de llevar corbata como parte de su uniformidad durante el periodo estival de cada año. Atendiendo a razones climatológicas, el acuerdo excepciona a los que presten servicios en determinadas dependencias, fuera del horario de apertura del centro comercial o de vigilancia nocturna en general. Uno de los sindicatos con representación en el comité de empresa interpone demanda de conflicto colectivo por considerar que dicha decisión empresarial no se ajusta a la legalidad. En particular, solicita que se declare el derecho de los vigilantes a no llevar corbata en su uniforme de verano.

Para resolver la cuestión la AN recuerda que la regulación sobre la uniformidad de los vigilantes de seguridad (OM INT/318/2011 art.22) establece, con relación a la composición del uniforme de los vigilantes de seguridad que estese determinará por cada empresa de seguridad, en función de su conveniencia o necesidades, de las condiciones de trabajo, de la estación del año y de otras posibles circunstancias de orden funcional, laboral o personal.

En aplicación de esta norma, la AN considera que es lícita la decisión empresarial adoptada, pues se trata de una medida cuya adopción corresponde al empresario y que solo puede verse limitado en su decisión cuando el uniforme no respete la dignidad del trabajador. En el supuesto enjuiciado esto no sucede, máxime si tenemos en consideración que la vigilancia de los centros comerciales está dotada de aire acondicionado; y que en la vigilancia de otras dependencias donde la actividad no se presta de cara al cliente, el acuerdo alcanzado entre el empresario y uno de los sindicatos, se exime del uso de esta prenda.

Por todo ello, se desestima la demanda planteada.

## **5. ¿Se pueden establecer compensaciones diferentes para los teletrabajadores de la empresa?**

**SAN 5-11-21**

### **Resumen**

Las personas que se encuentran en idéntica situación de teletrabajo deben percibir las mismas compensaciones económicas, aunque la situación tenga origen en acuerdos o decisiones empresariales diferentes. Por ello, se reconoce el derecho de los trabajadores de una empresa que pasaron a realizar teletrabajo a causa del coronavirus a percibir la misma compensación económica que quienes se acogen a esta modalidad en virtud de acuerdo colectivo adoptado para determinadas situaciones personales.



## Desarrollo

Mediante acuerdo colectivo de 29-11-2016 se establece en la empresa un sistema Flexwork que permite, al trabajador que se adhiera, disponer de un máximo de 20 horas semanales para teletrabajar. El 13-3-2020, con motivo de las medidas de contención sanitaria derivadas del COVID-19, la empresa aplica un sistema Flexwork preventivo por el que todos los trabajadores pasan a prestar sus servicios en régimen de trabajo a distancia, situación que se mantiene hasta septiembre de 2020 en que se produce la reincorporación paulatina al trabajo presencial.

El 30-7-2020, la empresa suscribe un acuerdo colectivo de teletrabajo total al que pueden acogerse las personas que se encuentren en una situación de movilidad geográfica forzosa o con dificultad para acudir al centro de trabajo por enfermedad o discapacidad y que ya estuvieran acogidas al sistema Flexwork. El Acuerdo recoge el abono de una cantidad de 50 € brutos mensuales en concepto de gastos por suministros extras que puedan darse por el hecho de trabajar en su domicilio.

Los sindicatos presentan demanda de conflicto colectivo en reclamación del derecho de los trabajadores que prestan servicios en modalidad de teletrabajo desde marzo de 2020 y que no están sujetos al Acuerdo de Teletrabajo Total de 30-7-2020, a percibir la misma compensación económica de 50€ mensuales desde el mes de julio de 2020. La cuestión radica en determinar si la actuación de la empresa vulnera el principio de igualdad por otorgar un trato diferenciado a supuestos idénticos, pues ambos colectivos prestan servicios de teletrabajo de manera íntegra, sin que exista una justificación íntegra y razonable.

La AN concluye que las distintas modalidades de teletrabajo existentes en la empresa en los meses de marzo y julio de 2020 son iguales a efectos de devengar la compensación económica reclamada. En el mes de marzo la empresa decide cerrar sus centros de trabajo por causa del coronavirus y establece para toda la plantilla el teletrabajo completo durante toda la jornada de 40 horas semanales, con independencia de que anteriormente estuvieran en situación de teletrabajo Flexwork, pues es la crisis sanitaria la que determina la decisión empresarial.

El Acuerdo de teletrabajo total de 30-7-2020, que se suscribe cuando la totalidad de la plantilla está en situación de teletrabajo completo, supone que, a partir de la fecha de suscripción solamente una parte de la plantilla va a percibir la cuantía de 50€ mensuales en concepto de compensación de gastos, aunque toda el personal realizaba su trabajo en las mismas condiciones de no presencialidad. La situación de hecho es la misma en ambos casos y, por lo tanto, la consecuencia jurídica ha de ser también la misma. En caso contrario, la empresa estaría obteniendo un enriquecimiento injusto puesto que en algunos casos estaría abonando los suministros que asumen todos los trabajadores en situación de teletrabajo (energía eléctrica, teléfono, internet, etc.) y en otros no, lo que carece de justificación.

Por ello, la AN estima la demanda y declara el derecho de todos los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a percibir 50€ brutos mensuales en concepto de posibles gastos de suministros extra que puedan darse por el hecho de trabajar en su domicilio desde el mes de julio de 2020.

## **6. No es discriminatorio cambiar de puesto de trabajo a una trabajadora que solicita una reducción de jornada por cuidado de hijo**

STCo 153/2021

### **Resumen**

El TCo ha declarado que no vulnera el derecho a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de sexo, una decisión empresarial consistente en cambiar de puesto de trabajo a una trabajadora que solicita reducción de jornada por cuidado de hijo cuando concurren razones objetivas ajenas a todo factor discriminatorio.

### **Desarrollo**

La trabajadora venía prestando como enfermera en la UCI pediátrica de un hospital en virtud de contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo. Tras el nacimiento de su hijo, solicita una reducción de jornada por guarda legal del 65% de su jornada. Desde ese momento, por decisión empresarial, pasa a desempeñar su jornada laboral reducida realizando otras funciones, pero manteniendo la misma categoría. La trabajadora considera que la empresa ha vulnerado su derecho a la igualdad y presenta demanda de tutela de derechos fundamentales. Solicita que cese el trato discriminatorio y se la reponga a las condiciones laborales que regían con anterioridad con abono de una indemnización por daños y perjuicios. La empresa alega la razón del traslado ha sido evitar errores médicos, pues el servicio requiere una “continuidad asistencial alta” y no se ha producido retroceso profesional alguno. Señala que, aunque en la unidad existe otras dos enfermeras con reducción de jornada, estas han continuado en el servicio porque únicamente han reducido su jornada en una hora y su servicio se completa por una compañera del turno de mañana, evitando la necesidad de desdoblar turnos.

Tanto el juzgado como el TSJ han considerado que no existe vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación y la trabajadora interpone recurso de amparo ante el TCo por vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Entiende que las resoluciones judiciales han convalidado una decisión que le ha producido una degradación profesional y un obstáculo a su carrera profesional

y que, en ningún momento, se ha priorizado su derecho a la reducción de jornada por guarda legal y a conciliar su vida familiar y laboral.

Con relación a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón el sexo, el TCo recuerda que la doctrina constitucional establece que la restricción o la atribución de efectos adversos al ejercicio de derechos asociados a la maternidad y a la conciliación de la vida familiar y laboral está conectada con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras. Señala que, en el supuesto enjuiciado, la medida no ha supuesto ningún perjuicio para la trabajadora que no ha sufrido un retraso profesional, puesto que sigue realizando funciones en la misma categoría y grupo profesional de enfermera; no ha sido apartada de la UCI por el hecho de su maternidad; no pierde la plaza en la UCI pediátrica a la que puede volver cuando preste de nuevo servicios en jornada completa, y sigue accediendo a cursos de formación.

Respecto de la justificación de la medida por motivos que respondan a una finalidad legítima que excluya la existencia de una discriminación indirecta, el TCo señala que la UCI pediátrica se caracteriza por una continuidad asistencial alta que requiere como requisito imprescindible de organización para garantizar la debida atención al paciente, y reducir el riesgo de errores, asignar una enfermera por turno. Por esta razón, entiende que la decisión está debidamente justificada en razones organizativas ya que la trabajadora no cubría un turno entero, circunstancia que no se daba en las otras dos enfermeras con las que pretende compararse, razones organizativas que conectan con el derecho a la protección de la salud de los pacientes asistidos en la UCI pediátrica (Const art.43).

El TCo señala que tampoco cabe apreciar que los órganos judiciales no hayan analizado las circunstancias concretas del caso. En particular, que los órganos judiciales no han valorado en qué medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la trabajadora, y tampoco tomaron en consideración factores como el personal con que contaba la empresa para cubrir el tiempo de reducción de jornada de la trabajadora con otro DUE, o si era posible ajustar la reducción de jornada en otro horario. El TCo recuerda que la trabajadora ha ejercido su derecho a la reducción de jornada, obteniéndola en los términos pactados de mutuo acuerdo con la demandada, por lo que no era necesario que los órganos judiciales entraran a valorar o considerar en qué medida resultaba necesaria la reducción de la jornada para conciliar su vida familiar y laboral.

En conclusión, el TCo concluye que la trabajadora no ha sufrido discriminación alguna, ni directa por razón de sexo o por razón de maternidad ni indirectamente, puesto que la decisión empresarial se fundamenta en motivos objetivos de organización y funcionamiento de la UCI pediátrica para garantizar la correcta asistencia de los pacientes que justifica, en los términos expuestos, la legitimidad de la medida. Y por todo ello, se desestima la demanda de amparo interpuesta.

## **7. El trabajador despedido tácitamente por cierre de la empresa puede acceder a la jubilación anticipada involuntaria**

**STSUD 14-10-2021**

### **Resumen**

El trabajador que es despedido tácitamente como consecuencia del cierre de hecho de la empresa puede acceder a la jubilación anticipada involuntaria. No puede perjudicar al trabajador el incumplimiento empresarial de la obligación de llevar a cabo el despido por causas económicas técnicas organizativas o de producción.

### **Desarrollo**

Tras el fallecimiento del empresario y ante las desavenencias surgidas entre los herederos, la empresa cierra el día 30-6-2014 sin poder acceder el trabajador a su puesto de trabajo. El JS considera que lo ocurrido es un despido tácito y declara, en sentencia firme, la extinción de la relación laboral, la improcedencia del despido y el reconocimiento de una indemnización y los atrasos salariales pendientes de pago. El trabajador solicita pensión de jubilación anticipada pero el INSS la deniega por no acreditarse que el cese se hubiera producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impidiera la continuidad de la relación laboral. El trabajador presenta demanda que es desestimada tanto en instancia como en suplicación, por ello recurre en casación para unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si el trabajador tiene derecho o no a la jubilación anticipada por causa a él no imputable.

Las sentencias recurridas deniegan la prestación porque la extinción del contrato no se encauzó a través de uno de los supuestos previstos en el art.207.1. d LGSS (despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, individual o colectivo; resolución judicial en el marco del concurso; muerte, jubilación o incapacidad del empresario o fuerza mayor).

El TS recuerda que los supuestos de acceso a la jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador previstos por el art.207.1. d LGSS son tasados, excluyendo los supuestos extintivos por voluntad del trabajador.

Pero en el caso analizado el trabajador no ha instado la extinción de su contrato de trabajo por incumplimientos empresariales, sino que se encontró con la empresa cerrada.

Legalmente, un cierre de empresa que da lugar a la extinción de los contratos de los trabajadores debe encauzarse por la vía del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ya sea colectivo (ET art.51) o individual (ET art.52.c) dependiendo del número de empleados afectados.

Pero el hecho de que la empresa no proceda al cierre como legalmente debe hacerlo sino que lleve a cabo un cierre de hecho provocando unos despidos tácitos, no puede perjudicar al trabajador porque no depende de él cumplir o no con los trámites legales.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina declarando el derecho del trabajador a acceder a la jubilación anticipada.

## **8. Videovigilancia y despido disciplinario. ¿Son válidas las grabaciones efectuadas durante el periodo de descanso?**

**STSUD 13-10-2021**

### **Resumen**

Se declara la procedencia del despido disciplinario al declarar válidas las grabaciones efectuadas durante las pausas del trabajo, durante las que también pueden producirse incumplimientos graves y culpables. El TS justifica que las cámaras continuaran grabando durante esos lapsos temporales.

### **Desarrollo**

El trabajador presta servicios como conductor perceptor de un autobús de una empresa de transporte público, hasta que es despedido disciplinariamente. Mediante la grabación de las cámaras instaladas en el autobús, la empresa comprueba que, en varias ocasiones, no cobró el billete a una mujer y, en el tiempo de parada en cabecera, fumó varias veces en el interior del autobús, orinó hacia fuera del autobús y realizó tocamientos, caricias y palmadas a la citada mujer. Tales incumplimientos se produjeron estando todavía en vigor la LOPD.

Todos los trabajadores conocían la existencia de tres cámaras que grababan imágenes del interior del autobús, excepto el asiento del conductor, existiendo distintivos informativos que advertían de su presencia. Los trabajadores que terminan una ruta, antes de comenzar la siguiente, suelen tener tiempo para descansar, bien dentro del bus o saliendo fuera y en casos excepcionales dejan permanecer dentro a algún pasajero. El convenio colectivo de empresa considera horas de presencia las realizadas por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en

ruta y otras similares. La sentencia del Juzgado de lo Social declaró procedente el despido declarando que la prueba videográfica, practicada para acreditar dichas conductas, no se había obtenido de manera ilícita. Sin embargo, el TSJ revocó la sentencia de instancia, argumentando que no se había dado a los conductores una información previa, expresa, precisa e inequívoca sobre el tratamiento de los datos personales obtenidos, vulnerando su derecho fundamental a la intimidad.

Se plantea recurso ante el TS para determinar si debió admitirse o no la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar el despido disciplinario del trabajador.

El TS, siguiendo la doctrina del TJUE 17-10-19 (López Ribalda II), considera que el tratamiento de datos de carácter personal del trabajador consecuencia de la instalación del sistema de videovigilancia no requiere el consentimiento establecido en la normativa de protección de datos, puesto que se trata de una medida instalada con la finalidad de seguridad tanto para el conductor como para los pasajeros y terceros, por tanto, dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral. Solamente era necesario el deber de información establecido en la normativa que regula la protección de datos (LOPD art.6 y ET art.20.3).

Con respecto a que algunas de las conductas realizadas por el trabajador fueron grabadas dentro del autobús pero en su periodo de descanso, tras finalizar una ruta y antes de empezar la siguiente, el TS afirma que eso no excluye que también pueda incurrir en incumplimientos graves y culpables, lo que justifica que las cámaras continuaran grabando durante esos lapsos temporales. En todo caso, el trabajador cometió incumplimientos contractuales reiterados cuando estaba conduciendo el vehículo, al permitir a una pasajera que viajara sin el correspondiente billete en varias ocasiones.

## **9. Distribución irregular de jornada: ¿es necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores?**

**STS 20-10-2021**

### **Resumen**

El TS declara lícita una distribución irregular de jornada establecida sin el acuerdo de los representantes de los trabajadores cuando afecta a menos del 10% de jornada y el convenio no impone la necesidad de acuerdo.

### **Desarrollo**

Como consecuencia de la situación de pandemia del COVID-19 y tras la declaración de estado de alarma, la empresa, dedicada a la extinción de incendios forestales, considera necesario organizar los recursos humanos en la empresa. Al efecto, la empresa inicia una ronda de contactos con los representantes de los trabajadores que finaliza sin acuerdo. Finalmente, la empresa acuerda que los trabajadores que debían incorporarse el 30-3-20, dejen de trabajar esas horas hasta el 11-4-20. Se señala que la compensación de las horas ordinarias no trabajadas en abril por la distribución irregular de la jornada, se realizarían desde el 1-10 al 31-12-20. Asimismo, se señala que durante este periodo, los trabajadores van a seguir percibiendo la totalidad de sus retribuciones salariales, pero no las extra salariales. El periodo a distribuir se amplía, además, al periodo del 14 al 24-4-2020.

Uno de los sindicatos plantea demanda de conflicto colectivo y solicita que se declare la nulidad de las decisiones adoptadas por la empresa en las que se establecía una distribución irregular de la jornada. El TSJ desestima la demanda y el sindicato interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar, si la empresa puede imponer unilateralmente una distribución de jornada y si es válida cuando uno de los sindicatos no fue emplazado ni convocado para la negociación de la distribución irregular de la jornada.

Para resolverla, el TS recuerda que el ET art.34.2 establece que la empresa puede distribuir irregularmente la jornada de los trabajadores mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto se prevé que la empresa pueda distribuir un 10% de la jornada de trabajo. Por otra parte, el convenio colectivo establece que en la representación de los trabajadores debe acordar con la empresa, entre otras materias, la jornada irregular.

El TS considera que en el supuesto enjuiciado, la empresa ha acordado una distribución irregular de jornada respecto de una parte de los trabajadores como consecuencia de la pandemia del coronavirus y en cuanto que no ha quedado acreditado que se ha superado el porcentaje del 10%, debe aplicarse lo dispuesto en el ET. Es decir, esta puede adoptarse sin necesidad del acuerdo con los representantes de los trabajadores, Asimismo, el que uno de los sindicatos alegue no haber sido emplazado en la negociación tampoco impide su validez ya que no era necesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores para adoptar medida.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación planteado confirmando la sentencia de instancia.



## **10. No es tiempo de trabajo la guardia de disponibilidad que permite realizar otro trabajo**

**STJUE 11-11-2021**

### **Resumen**

El TJUE ha declarado, en un nuevo supuesto planteado por un bombero, que el período de guardia en régimen de disponibilidad no debe ser calificado de tiempo de trabajo si durante el mismo se desarrolla una actividad por cuenta propia con el consentimiento de la empleadora, aunque, en caso de llamada de urgencia, deba incorporarse al parque de bomberos en un plazo máximo de 10 minutos.

### **Desarrollo**

Se plantea de nuevo ante el TJUE una cuestión prejudicial relativa a si debe calificarse de tiempo de trabajo el período de guardia en régimen de disponibilidad de un bombero. La novedad que se plantea en este caso radica en que el bombero, durante el período de guardia, desarrollaba una actividad por cuenta propia como taxista con el consentimiento de la empleadora pero, en caso de llamada de urgencia, debía incorporarse al parque de bomberos en un plazo máximo de 10 minutos.

El TJUE ya ha declarado que el concepto de tiempo de trabajo, en el sentido de la directiva 2003/88, incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan de manera considerable a su facultad para administrar libremente el tiempo durante el que no se requieren sus servicios profesionales para dedicarlo a sus propios intereses. Debe, por tanto, apreciarse si la guardia en régimen de disponibilidad no presencial genera o no grandes limitaciones, para lo que ha de prestarse especial atención al plazo de que dispone el trabajador para reanudar su actividad profesional y a la frecuencia media de las intervenciones que efectivamente se realizan durante ese período. Si ese plazo se limita a unos pocos minutos, el período de guardia ha de calificarse en su totalidad tiempo de trabajo, aunque deben tenerse en cuenta, también, las demás limitaciones impuestas al trabajador, así como las facilidades que se le conceden durante ese mismo período (TJUE 9-3-2021 C-580/19).

La posibilidad de ejercer otra actividad profesional durante los períodos de guardia constituye un indicio importante de que las condiciones del régimen de disponibilidad no presencial no someten al trabajador a grandes limitaciones en la administración de su tiempo, siempre que se compruebe que los derechos y obligaciones derivados de su contrato de trabajo permiten el ejercicio efectivo de tal actividad.



Las circunstancias del caso analizado permiten concluir que el trabajador puede llevar a cabo esa segunda actividad profesional durante el período de guardia ya que:

Se le permite ejercer otra actividad profesional que no supere las 48 horas semanales de media;

No debe, en ningún momento, encontrarse en un lugar concreto en un lugar preciso durante sus períodos de guardia;

No está obligado a participar en todas las intervenciones que se realizan desde el parque de bomberos, pues solo está obligado a participar en un 75% de las intervenciones de la brigada.

Corresponde al órgano jurisdiccional apreciar si la frecuencia media de las llamadas de urgencia y la duración media de las intervenciones impiden el ejercicio efectivo de una actividad profesional compatible con el empleo de bombero de retén. Si, teniendo en cuenta estas circunstancias, se comprobara que los períodos de guardia no cumplen los requisitos para ser calificados de tiempo de trabajo, se deduciría que deben ser considerados tiempo de descanso, con excepción del tiempo vinculado a las prestaciones laborales efectivamente realizadas.

## **11. Nuevos pronunciamientos sobre la consideración del AT**

**STSUD 13-10-21**

**STSJ Castilla León Valladolid 19-7-2021**

### **Resumen**

Se han dictado dos recientes pronunciamientos de los tribunales sobre la calificación como accidente de trabajo. Por una parte, se ha reconocido procedente de AT una IT consecuencia de una caída producida en la segunda residencia de una trabajadora cuando volvía del turno de noche; y por otra, a la que es consecuencia de un atropello producido fuera del centro de trabajo y durante el tiempo de descanso.

## **Desarrollo**

### **Supuesto nº1. Posibilidad de dualidad de domicilios (STSJ Valladolid 19-7-2021)**

Se plantea de nuevo ante el TJUE una cuestión prejudicial relativa a si debe calificarse de tiempo de trabajo el período de guardia en régimen de disponibilidad de un bombero. La novedad que se plantea en este caso radica en que el bombero, durante el período de

guardia, desarrollaba una actividad por cuenta propia como taxista con el consentimiento de la empleadora pero, en caso de llamada de urgencia, debía incorporarse al parque de bomberos en un plazo máximo de 10 minutos.

El TJUE ya ha declarado que el concepto de tiempo de trabajo, en el sentido de la directiva 2003/88, incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan de manera considerable a su facultad para administrar libremente el tiempo durante el que no se requieren sus servicios profesionales para dedicarlo a sus propios intereses. Debe, por tanto, apreciarse si la guardia en régimen de disponibilidad no presencial genera o no grandes limitaciones, para lo que ha de prestarse especial atención al plazo de que dispone el trabajador para reanudar su actividad profesional y a la frecuencia media de las intervenciones que efectivamente se realizan durante ese período. Si ese plazo se limita a unos pocos minutos, el período de guardia ha de calificarse en su totalidad tiempo de trabajo, aunque deben tenerse en cuenta, también, las demás limitaciones impuestas al trabajador, así como las facilidades que se le conceden durante ese mismo período (TJUE 9-3-2021 C-580/19).

La posibilidad de ejercer otra actividad profesional durante los períodos de guardia constituye un indicio importante de que las condiciones del régimen de disponibilidad no presencial no someten al trabajador a grandes limitaciones en la administración de su tiempo, siempre que se compruebe que los derechos y obligaciones derivados de su contrato de trabajo permiten el ejercicio efectivo de tal actividad.

Las circunstancias del caso analizado permiten concluir que el trabajador puede llevar a cabo esa segunda actividad profesional durante el período de guardia ya que:

Se le permite ejercer otra actividad profesional que no supere las 48 horas semanales de media;

No debe, en ningún momento, encontrarse en un lugar concreto en un lugar preciso durante sus períodos de guardia;

No está obligado a participar en todas las intervenciones que se realizan desde el parque de bomberos, pues solo está obligado a participar en un 75% de las intervenciones de la brigada.

Corresponde al órgano jurisdiccional apreciar si la frecuencia media de las llamadas de urgencia y la duración media de las intervenciones impiden el ejercicio efectivo de una actividad profesional compatible con el empleo de bombero de retén. Si, teniendo en cuenta estas circunstancias, se comprobara que los períodos de guardia no cumplen los requisitos para ser calificados de tiempo de trabajo, se deduciría que deben ser

considerados tiempo de descanso, con excepción del tiempo vinculado a las prestaciones laborales efectivamente realizadas.

Tras finalizar el turno de trabajo en jornada nocturna en el centro de trabajo situado en Valladolid, la trabajadora sufre una caída en el garaje de su domicilio situado en la localidad de Toro (Zamora). Como consecuencia del accidente inicia un proceso de IT que es calificado por el INSS como accidente no laboral. Aunque la trabajadora se encuentra empadronada en Toro, el domicilio que consta en los certificados de la empresa está situado en Valladolid, donde también cuenta con una vivienda, razón por la que se considera que no se ha producido un AT in itinere.

La trabajadora reclama contra la calificación del accidente que, en la instancia, se declara que deriva de AT y disconformes, tanto la TGSS como el INSS interponen recurso de suplicación ante el TSJ.

Para resolver la cuestión, el TSJ recuerda que el TS ha establecido de forma reiterada que la noción de accidente «in itinere» se construye a partir del trabajador y de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto. Con relación al domicilio, el TS señala que este debe definirse de forma abierta, tratándose, en general, del punto normal de llegada y partida del trabajo y que en atención a la evolución que se ha producido en las formas de transporte y en las costumbres sociales se ha ampliado la noción de domicilio para incluir lugares de residencia o, incluso, de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador.

En el supuesto enjuiciado la trabajadora tenía dos lugares de residencia y el nexo causal del concepto de accidente de trabajo in itinere, no rompe por que se haya producido el desplazamiento desde el lugar de trabajo en Valladolid a uno de sus domicilios, que se considera habitual, probablemente junto con el ubicado en la localidad de Valladolid, pero que no por esa dualidad, el sito en Toro (Zamora) pierde el carácter de habitualidad.

Por tanto, concurren el elemento teleológico –la finalidad era el trabajo – ; el elemento cronológico – el tiempo invertido hasta la localidad zamorana es adecuado-; el medio de transporte es idóneo –turismo; y con relación al elemento geográfico, la habitualidad del domicilio se considera concurrente. Por todo ello, el TSJ concluye que se ha producido un AT in itinere y desestima el recurso de suplicación planteado.

## **Supuesto nº2. Atropello durante el periodo de descanso (STSUD 13-10-21)**

La trabajadora presta sus servicios en jornada continua, con derecho a un descanso de 20 minutos durante el cual puede abandonar el centro de trabajo. Durante su descanso, salió del centro de trabajo y sufrió un atropello cuando se dirigía hacia su vehículo para aparcarlo más cerca. Como consecuencia de ello, inicia un proceso de IT que se califica

como accidente no laboral. La trabajadora reclama contra la calificación del accidente que, en suplicación, se califica como AT. Disconforme, la Mutua interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión controvertida consiste en determinar si el accidente producido durante el tiempo de descanso tiene o no carácter laboral.

El TS recuerda que tiene la consideración de AT toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo. Con relación a esta definición, el TS ha establecido la doctrina de la ocasionalidad relevante, que se caracteriza porque:

- los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo (circunstancia negativa);
- o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo han sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla (circunstancia positiva).

En cuanto que en el supuesto enjuiciado, la trabajadora se accidentó cuando salió de la empresa y sufrió un atropello por un tercero, dentro del tiempo convencionalmente previsto como de trabajo efectivo, existe un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba la trabajadora cuando se produjo el accidente y el tiempo y el lugar de trabajo. Se acredita que el accidente se ha producido con y ocasión de su trabajo, que es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento, el nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de la misma por la trabajadora se produjo con criterios de total normalidad.

En consecuencia el TS concluye que el accidente debe ser calificado como laboral y las prestaciones derivadas del mismo deben calificarse como derivadas de AT, procediendo a la desestimación del recurso, confirmando la sentencia recurrida.

## **12. Nuevo procedimiento de entrada y permanencia de extranjeros para realizar actividades en el sector audiovisual**

**OM PCM/1238/2021, BOE 13-11-2021**

### **Resumen**

Se establece un procedimiento simplificado de concesión de autorizaciones y visados a profesionales del sector audiovisual, para facilitar la contratación de artistas, técnicos y otros profesionales en el sector audiovisual. Se articulan, así, tres vías en función del periodo de permanencia del profesional en España.

## Desarrollo

Se establecen instrucciones para autorizar la estancia y residencia de los extranjeros que realicen actividades en el sector audiovisual o actividad artística ante el público o destinada a la grabación de cualquier tipo para su difusión por diferentes medios masivos. Para ello, se deben acreditar los siguientes requisitos:

- Por parte del solicitante: no encontrarse irregularmente en territorio español; no figurar como rechazables en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un Convenio en tal sentido; abonar la tasa del visado o de la autorización correspondiente; tener una relación laboral o profesional con la empresa que traslada o contrata al profesional en España; contar con un seguro médico y disponer de recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia que le acompañen, en su caso, durante su periodo de estancia o residencia en España.
- Por parte de la empresa contratante: ser parte del proyecto de producción en el sector audiovisual o actividad artística ante el público o destinada a la grabación de cualquier tipo para su difusión por diferentes medios masivos; y estar inscrita en el régimen del sistema de la Seguridad Social y al corriente del cumplimiento de sus obligaciones frente a la Seguridad Social y frente a la Administración Tributaria.

Se articulan tres vías en función del periodo de permanencia del profesional del sector audiovisual en España:

1. Hasta 90 días en cualquier período de 180 días: están exceptuados de la obligación de obtener una autorización de trabajo. Únicamente deben obtener un visado si proceden de un país cuyos nacionales están sometidos a la obligación de obtenerlo para cruzar las fronteras exteriores. Al entrar en España, deben solicitar la asignación de un Número de Identificación de Extranjero (NIE).

Los extranjeros que inicialmente hubieran venido a España por un periodo de 90 días de estancia pueden, excepcionalmente, solicitar una autorización de estancia para el sector audiovisual por un plazo máximo de 180 días. La solicitud debe efectuarse, al menos, 30 días antes de que se cumpla el plazo de 90 días desde la fecha de entrada en el espacio Schenghen.

2. Período superior a 90 días, hasta un máximo de 180 días: los extranjeros pueden obtener un visado de estancia para el sector audiovisual, que constituye título suficiente para permanecer y trabajar en España durante su vigencia. Se debe solicitar ante la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, la cual debe resolver en el plazo de 10 días hábiles. Este visado constituye título suficiente para permanecer y desarrollar la actividad prevista durante su vigencia en España.

Al entrar en España el titular del visado deberá solicitar la asignación de un NIE, y la empresa contratante deberá efectuar el alta correspondiente en la Seguridad Social en aquellos supuestos que no vengan cubiertos por un convenio en materia de seguridad social.

3. Más de 180 días: los extranjeros deben solicitar una autorización de residencia para el sector audiovisual, configurada como un permiso único para residir y trabajar. La solicitud la presenta la empresa por medios electrónicos ante la sede electrónica del MISM. La Dirección General de Migraciones debe resolver en el plazo de 20 días, entendiéndose estimada en caso de silencio administrativo.

La autorización de residencia tiene una vigencia igual a la duración del contrato o del traslado a España, con un máximo de 2 años, prorrogable por periodos de 2 años

El cónyuge o pareja con análoga relación de afectividad, hijos menores de edad, así como hijos mayores de edad o ascendentes a cargo dependientes podrán solicitar, conjunta y simultánea o sucesivamente, una de estas autorizaciones siempre que cumplan los requisitos generales para la estancia o permanencia. También los progenitores o tutores del menor de edad que ejerza una actividad en el sector audiovisual.

### **13. Es discriminatorio denegar la incapacidad permanente a quien ha accedido a la jubilación anticipada por discapacidad**

STCo 172/2021, BOE 9-11-21

#### **Resumen**

El TCo ha declarado discriminatorio por razón de discapacidad considerar que quien está en situación de jubilación anticipada por discapacidad tiene la edad ordinaria de jubilación y, por lo tanto, está excluido del acceso a la incapacidad permanente. Esta interpretación supone una diferencia de trato no justificada frente a los otros supuestos de jubilación anticipada que sí podrían acogerse a esta prestación.

#### **Desarrollo**

Una trabajadora, con una discapacidad reconocida del 64%, accede a la jubilación anticipada por discapacidad a los 58 años de edad. Con 62 años de edad, solicita el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común que le

es denegada porque en el momento de la solicitud se encontraba en situación de jubilación.

La trabajadora presenta demanda en reclamación de pensión de gran invalidez que el TS deniega confirmando las sentencias de instancia y de suplicación. Interpreta el art.195.1 LGSS -que excluye del acceso a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencia común a quien a la fecha del hecho causante ha alcanzado la edad de jubilación prevista en el art.205.1.a LGSS y reúne los requisitos para su reconocimiento – , en el sentido de que la trabajadora ya ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación, establecida para este colectivo en 56 años (LGSS art.206.2; RD 1851/2009).

La trabajadora recurre en amparo al entender que la interpretación del TS es discriminatoria por razón de discapacidad, pues supone que los supuestos de jubilación anticipada por discapacidad quedan excluidos del acceso a la prestación por incapacidad permanente frente a los otros supuestos de jubilación anticipada que sí podrían acogerse a esta prestación.

El TCo afirma que el legislador ha establecido como requisito para acceder a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencia común no haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación (entre 65 y 67 años según período de cotización y año de acceso), de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada cualquiera que sea la causa por la que se accede a ella.

Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad supone una discriminación no justificada derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad. Además, las sentencias impugnadas asimilan el término jubilación anticipada a jubilación ordinaria, pero solo en el caso de las personas con discapacidad, sin que la regulación vigente parezca abonar esta tesis.

Por otro lado, la regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad es una medida de acción positiva dirigida a compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y lograr la igualdad de hecho. Una vez concedida, no debería producirse discriminación alguna entre las diversas situaciones de jubilación anticipada sin base legal ni causa objetiva y justificada. De lo contrario, la medida de acción positiva se convertiría al mismo tiempo en una discriminación negativa en relación con otras personas que se encuentran en esa situación y dejaría de ser adecuada a la finalidad pretendida pues podría llevar a las personas con discapacidad a no solicitar la jubilación anticipada para poder acceder a la pensión de Gran Invalidez que lleva aparejado el reconocimiento de un complemento destinado a remunerar a la persona que le atiende.



Por ello, el TCo estima el recurso de amparo y, declarando vulnerado el derecho fundamental de la trabajadora a no sufrir discriminación por razón de discapacidad, declara la nulidad de las sentencias recaídas sobre esta cuestión en el orden social.

## **14. Aunque sea a iniciativa de los trabajadores de la empresa, sustituir huelguistas vulnera el derecho de huelga**

**STSUD 18-10-2021**

### **Resumen**

El TS confirma que vulnera el derecho de huelga la actuación de parte de personal de la empresa de llevar a cabo tareas que no les corresponden, aunque esta sea decidida por el propio personal sin conocimiento de la dirección y su duración sea breve y apenas afecte a la intensidad del conflicto. Considera que estas actuaciones deben calificarse como esquirolaje interno.

### **Desarrollo**

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

Uno de los trabajadores presenta demanda por la vulneración del derecho de huelga, solicitando una indemnización por daños y perjuicios por el importe del salario dejado de percibir como consecuencia del ejercicio de su derecho de huelga. Al entender que no se trata de una conducta de la empresa, se desestima la demanda, tanto en la instancia como en suplicación y disconforme, el trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si el derecho de huelga se vulnera por la empresa cuando determinados responsables de área realizan el trabajo de los huelguistas (sustitución interna), aun cuando lo hagan por propia iniciativa y sin recibir instrucciones al respecto por parte de aquélla.

El TS parte de considerar que la doctrina constitucional ha considerado que la sustitución interna de huelguistas constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial ya que, en un contexto de huelga legítima, este no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones



ordinarias no tiene asignadas tales funciones; pues en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida por los huelguistas a través de la paralización del trabajo.

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

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

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

## **15. ¿Se pueden utilizar grabaciones de conversaciones telefónicas con los clientes para acreditar incumplimientos de los empleados?**

STCo 160/2021, BOE 9-11-21

### **Resumen**

No vulnera el derecho a la protección de datos utilizar la grabación de conversaciones telefónicas con los clientes para acreditar incumplimientos del trabajador, aunque exista un compromiso de la empresa con los representantes de los trabajadores de que en ningún caso serían utilizadas como mecanismo disciplinario.

### **Desarrollo**

Un asesor comercial, encargado de atender telefónicamente a los clientes, es despedido por la comisión de una falta muy grave consistente en una “deficiente atención y una dilación injustificada en la resolución de los problemas que le planteaban sin seguir los procedimientos establecidos para encauzar las incidencias, incluso en algunos casos facilitándose información errónea” apoyándose, para la imputación de esta causa de despido, en las grabaciones de las conversaciones mantenidas con los clientes. Los asesores conocen que, desde 2013, se graban sus conversaciones con los clientes. No obstante, la empresa había asumido con los representantes de los trabajadores el compromiso de que la monitorización no tendría en ningún caso como objetivo su utilización como mecanismo disciplinario. Considerando incumplido este compromiso, el trabajador presenta demanda de despido que el JS estima declarando su improcedencia porque del contenido de las grabaciones no se constata un incumplimiento muy grave de las obligaciones laborales que justificara el despido del demandante. Rechaza, por el contrario, la declaración de nulidad porque el compromiso asumido por la empresa no puede en ningún caso traducirse en la inmunidad de los asesores frente al control empresarial, lo que es confirmado en suplicación y en casación para unificación de doctrina.

El trabajador presenta recurso de amparo con el objeto de determinar si el despido del trabajador por incumplimientos puestos de manifiesto mediante las grabaciones sonoras de su labor como asesor comercial ha vulnerado su derecho a la protección de datos de carácter personal (Const art.18.4) por haberse incumplido el compromiso de la empresa de no utilizar esas grabaciones como mecanismo disciplinario.

El TCo concluye que la empresa dio estricto cumplimiento a las exigencias de información previa respecto de la existencia de grabaciones de las conversaciones telefónicas que el trabajador no ha negado nunca conocer. Además, las grabaciones fueron utilizadas en primera instancia con fines de calidad de servicio y formativos. Con base en estas grabaciones, el trabajador fue advertido en varias ocasiones de la incorrección de su proceder (fines de calidad del servicio) dándose las indicaciones para una actuación adecuada (fines formativos). Fue la persistencia del trabajador en el cumplimiento de las indicaciones empresariales para el correcto cumplimiento de los deberes contractuales la que posteriormente determinó el ejercicio de acciones disciplinarias y su despido.

Sin embargo, es ajena al derecho a la protección de datos personales la cuestión relativa a determinar si la interpretación de la cláusula pactada admite que la voluntad del trabajador de no asumir las indicaciones empresariales puede ser considerada como un comportamiento susceptible de ser sancionado. La determinación de esta cuestión corresponde a los órganos judiciales.

## **16. ¿Justifica la denegación de medidas de conciliación la rescisión del contrato por incumplimiento empresarial?**

STSJ Madrid 30-6-21

### **Resumen**

La denegación de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral no justifica la extinción indemnizada del contrato a instancias del trabajador por incumplimiento grave de las obligaciones del empresario (ET art.50) sino que se debe tramitar el procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LRJS art.139).

### **Desarrollo**

Tras finalizar el primer estado de alarma declarado para hacer frente al COVID-19, una trabajadora madre de 3 hijos y en situación de reducción de jornada solicita continuar desarrollando gran parte de su trabajo en forma de teletrabajo con una nueva reducción de trabajo. Tras diversas comunicaciones, no llega a un acuerdo con la empresa por lo que tras solicitar la reducción de jornada del 100% e informar de que ha solicitado la extinción vía judicial del contrato al amparo del art.50 ET, solicita una excedencia voluntaria por 6 meses. Posteriormente, la trabajadora firma un documento de finiquito expresando su disconformidad con la extinción del contrato mediante la declaración de “no conforme”. La trabajadora presenta demanda de resolución del contrato que el JS desestima sin entrar en el fondo del asunto por falta de acción, dado que la relación laboral ya estaba extinguida. La trabajadora recurre en suplicación.

El TSJ Madrid considera que sí existe acción para instar la extinción de la relación laboral al amparo del art.50 del ET pues la misma no estaba extinguida sino suspendida por la excedencia. Así se deduce de la mención de “no conforme” que la trabajadora hace figurar en el finiquito y de que este tuvo su origen en la solicitud de excedencia, lo que evidencia que no era voluntad de la trabajadora extinguir la relación laboral.

Respecto de si ha existido un incumplimiento grave y culpable de la empresa que justifique la rescisión contractual del trabajador (ET art.50), el TSJ Madrid no aprecia elemento alguno que permita alcanzar esta conclusión. El solo hecho de que se hayan denegado las peticiones de conciliación o de que no haya existido acuerdo no justifica la extinción por discriminación. Para ello se debe aportar un indicio sólido, que constituya un principio de prueba no destruido de contrario, junto a un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales empresariales. Pero en el caso analizado no concurre ninguna de ellas. No se ha evidenciado una negativa arbitrariamente contumaz a los derechos de la trabajadora. La empresa aceptó la petición de reducción de jornada indicando que la concreción debía ser dentro de la jornada habitual y en régimen presencial. Inmediatamente la trabajadora solicita una reducción de jornada del 100% (fuera de los límites del art.36.7 ET) procediendo a presentar demanda extintiva y

posteriormente a solicitar la excedencia. No se aprecia la pertinaz y deliberada oposición al derecho de conciliación que alega la trabajadora como manifestación de una voluntad obstativa y discriminatoria prolongada en el tiempo ya que la demanda resolutoria se presentó con premura, seguida de la excedencia. Se trata más bien de una discrepancia surgida en el curso de las negociaciones que debe resolverse a través del procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (LRJS art.139) en el que se enjuicie si la empresa ha obrado correcta o incorrectamente en su decisión.

Por ello, el TSJ Madrid desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia.

## **17. Prescripción de la reclamación de diferencias salariales: ¿se interrumpe por un requerimiento de la ITSS?**

**STSUD 18-10-21**

### **Resumen**

El TS estima que la interposición de una denuncia cuya autoría no consta que provoca un requerimiento de la ITSS a la empresa interrumpe la prescripción de una reclamación de diferencias salariales. Lo trascendente es que la empresa deudora conozca que el deudor no ha abandonado su derecho y piensa reclamarle lo debido.

### **Desarrollo**

La trabajadora que prestaba servicios como enfermera para una residencia de la tercera edad, presentó demanda de reclamación de cantidad por diferencias salariales entre lo abonado por la empresa y lo que correspondería haber satisfecho con arreglo al Convenio Colectivo aplicable devengadas de octubre de 2012 a octubre de 2014. En noviembre de 2014, la ITSS, tras una denuncia cuya autoría no consta acreditada, ha requerido a la empresa para que en el plazo de 3 meses abone a los trabajadores con efectos desde octubre de 2012, las diferencias salariales que pudieran por aplicación del convenio colectivo adecuado e ingrese las cotizaciones correspondientes a tales diferencias salariales.

La reclamación de la trabajadora, presentada el 8-4-2014, es estimada en la instancia y confirmada en suplicación. Disconforme, la empresa, que considera que la acción para reclamar las cantidades se encuentra prescrita, presenta recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en interrumpe la prescripción de una reclamación de cantidad por diferencias salariales interpuesta por una trabajadora, un requerimiento de la ITSS para que a la empresa abone las diferencias salariales a todas los trabajadores y que es consecuencia de una denuncia en la que no consta la identidad del denunciante.

El TS recuerda que la su jurisprudencia sobre la prescripción ha establecido lo siguiente:

1. La aplicación de la prescripción, que está fundada en el abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en la seguridad jurídica, debe ser cautelosa y restrictiva. Por tanto, cualquier duda debe resolverse en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción.

2. La finalidad del prescripción es sancionar conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho, por lo que si la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y si lo está el deseo de mantenerlo o conservarlo, es imposible estimar la prescripción extintiva.

3. Lo relevante para apreciar la prescripción de pago es que el acreedor no haya abandonado su derecho y piense reclamarle lo debido. El medio formal utilizado para la reclamación no es lo importante, pues lo relevante es el conocimiento de la reclamación.

En el supuesto enjuiciado, habida cuenta de que la prescripción extintiva debe aplicarse de forma cautelosa y restrictiva y en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción, al no haberse acreditado el abandono en el ejercicio de los derechos por parte de la demandante, el TS concluye que la interposición de la denuncia ante la Inspección de Trabajo y el posterior requerimiento a la empresa, deben desplegar eficacia interruptiva de la prescripción extintiva en relación con la reclamación salarial de la trabajadora.

Por todo ello, se desestima el recurso planteado.

## **18. ¿Cuándo es válido un pacto de no competencia postcontractual?**

**STSUD 18-10-21**

### **Resumen**

No es válido el pacto de no competencia postcontractual que establece una compensación económica (1,76% del salario mensual) manifiestamente insuficiente para compensar el sacrificio que supone para el trabajador no poder dedicarse a su actividad

profesional durante un período de 2 años a partir de la extinción del contrato, y desproporcionada a la indemnización que ha de abonar en caso de incumplimiento (salario de los últimos 6 meses).

## Desarrollo

Desde el 21-5-2009, el trabajador ha venido prestando servicios como comercial para una empresa de fabricación de implantes dentales y aditamentos protésicos para la implantología. Las partes suscribieron un pacto de no competencia durante la vigencia del contrato y los 24 meses posteriores a su extinción abonándose al trabajador 35€ mensuales como compensación y estando fijada una indemnización a favor de la empresa, para el caso de incumplimiento del trabajador, equivalente a los últimos 6 meses de salarios percibidos.

El 13-6-2014, el trabajador rescinde su contrato de forma voluntaria, pasando a integrarse ese mismo día como Territory Manager en una empresa de la competencia. El trabajador se opone al abono de la indemnización reclamada por la empresa por el incumplimiento del pacto de competencia postcontractual y plantea la cuestión relativa a si es válido el pacto suscrito o si es nulo por no haberse fijado una compensación económica adecuada.

Conforme al art.21.2 ET el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, solo será válido si concurren los requisitos siguientes: que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, cuya concurrencia no se discute en el caso analizado, y que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Recibido el pleito en casación para unificación de doctrina, el TS pondera los factores concurrentes para determinar si la compensación económica ha sido adecuada, en concreto: la duración a que se extiende el pacto de no competencia; la compensación económica que se abona al trabajador y el importe de la indemnización que ha de abonar el trabajador a la empresa en caso de incumplimiento

En el caso analizado, el período al que se extiende el pacto de no competencia es el máximo permitido por la norma (2 años) lo que implica que al trabajador se le impone el mayor sacrificio contemplado ya que durante dicho período no puede realizar actividad alguna en el sector, lo que limita seriamente sus expectativas profesionales. En cuanto a la compensación económica, asciende a 35€ mensuales, lo que supone el 1,76% de su salario, cantidad manifiestamente insuficiente para compensar el sacrificio impuesto al trabajador que supone el no poder dedicarse a la actividad profesional que había venido desarrollando, al menos durante los últimos 5 años, durante un período de 2 años a partir de la extinción del contrato. La indemnización que ha de abonar el trabajador para el caso de incumplimiento visibiliza aún más la insuficiencia de la compensación pactada ya que asciende al importe de los últimos 6 meses de salario, lo que revela la desproporción

entre la compensación económica reconocida al trabajador y la indemnización que este ha de abonar a la empresa en caso de incumplimiento. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el TS dictamina que el pacto no es válido porque no prevé una compensación económica adecuada y, por lo tanto, no procede reconocer a la empresa la indemnización que por incumplimiento del pacto de no competencia reclama al trabajador

Tampoco cabe reclamar al trabajador el total de las sumas recibidas por el trabajador por la cláusula de no competencia durante la vigencia del contrato de trabajo en el que estuvo percibiendo 35€ mensuales. En ese período, el trabajador no incumplió el pacto citado sino que el incumplimiento se produjo después de extinguirse el contrato y antes de que transcurrieran dos años desde su finalización. Por ello, la indemnización que, en su caso, correspondería a la empresa sería la pactada para el caso de incumplimiento, es decir, la totalidad de los salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato ya que no se pactó que el trabajador debiera indemnizar a la empresa devolviendo las cantidades percibidas mensualmente.

## **19. Potestad disciplinaria: ¿cuándo prescriben las faltas ocultas a la empresa?**

**STSUD 13-10-21**

### **Resumen**

El TS reitera que cuando se produce un despido por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, la prescripción debe iniciarse el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos. El reconocimiento de los hechos cometidos en la fase de investigación ni implica ni supone que la empresa haya tomado noticia y conocimiento real, cierto y efectivo de la falta cometida.

### **Desarrollo**

El trabajador prestaba servicios como director de sucursal para una entidad bancaria hasta su despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual. La conducta alegada en la carta de despido consistía en una operativa irregular bancaria durante los años 2015 y 2016. La entidad bancaria inicia una investigación en la que, en respuesta a un cuestionario de 17-2-2017, el trabajador reconoce los hechos. La investigación finaliza con un informe del instructor del procedimiento de 28-2-2017 dirigido a la entidad competente para sancionar las faltas cometidas por el trabajador. Finalmente, la entidad le notifica el despido el 20-4-2017, mediante carta de despido de fecha 4-4-2017.



El trabajador presenta demanda de despido, que es declarado improcedente tanto en la instancia como en suplicación. En ambas instancias se considera que aunque los hechos alegados en la carta de despido constituyen una falta muy grave, esta se encontraba ya prescrita en el momento en que se le notificó la extinción contractual, pues han transcurrido más de 60 días –plazo de prescripción de las sanciones muy graves– entre el 17-2-2017, fecha en la que el trabajador reconoce los hechos y el 20-4-2017, fecha de la carta de despido.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si el inicio del plazo de prescripción debe computarse desde el reconocimiento de los hechos o desde que finalizó el procedimiento sancionador mediante el informe de instructor.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que su jurisprudencia, de forma reiterada, ha establecido la siguiente doctrina:

- a) En los supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, la fecha en que se inicia el plazo se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos.
- b) El conocimiento cabal y exacto lo tiene o adquiere la empresa, cuando el mismo llega a un órgano de la misma dotado de facultades sancionadoras.
- c) Cuando los actos sancionables se cometen por el trabajador de modo fraudulento o con ocultación, es suficiente para que no comience a computarse la prescripción, que el cargo que desempeñe el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida. Gozar de modo continuo de una confianza especial de la empresa que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide iniciar el computo de la prescripción.
- d) El conocimiento empresarial tiene que ser un conocimiento efectivo, real y cierto, no siendo aceptable sustituir ese conocimiento real y cierto por la mera posibilidad de haber tenido la empresa noticia de los hechos acontecidos, sin que ese conocimiento hubiese tenido lugar.
- e) El hecho de que el trabajador reconozca los hechos investigados o imputados no implica, necesariamente, que ya exista un conocimiento empresarial efectivo, real y cierto. Al producirse durante investigación, no determina que el órgano con capacidad de sancionar tenga un conocimiento real y cierto. El momento inicial que permite a la empresa imponer la decisión sancionadora no se produce hasta la finalización del informe del órgano instructor y su remisión al órgano interno correspondiente.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado y, en cuanto la respuesta al cuestionario entregado en la fase de investigación, no implicaba, ni suponía de ningún modo que empresa hubiera tomado noticia y conocimiento real, cierto y efectivo de la falta o faltas



cometidas, el TS concluye que las infracciones laborales imputadas en la carta de despido no habían prescrito.

Por todo ello, se estima el recurso para la unificación de doctrina planteado, casando y anulando la sentencia del TSJ recurrida.

## **20. La AEPD sanciona a una empresa por no evaluar el impacto en protección de datos del registro de jornada por huella dactilar**

**AEPD Resol Expediente nº: PS/00050/2021**

### **Resumen**

La AEPD considera que, en el ámbito laboral, no es necesario el tratamiento de datos biométricos para cumplir con la obligación de registrar la jornada laboral, ya que puede hacerse de forma menos intrusiva con el uso de tarjetas. No obstante, si se realiza, en cuanto que son datos personales de categoría especial, es necesario realizar la evaluación de impacto en la protección de los datos personales (EIPD) y su falta supone un incumplimiento sancionable.

### **Desarrollo**

La empresa, con unos 520 trabajadores en plantilla y dedicada al transporte de ensamblado y montaje de piezas de vehículos automóviles, está ubicada dentro de las instalaciones del cliente y, para acceder, los trabajadores tienen que pasar por el control de acceso a fábrica que su titular tiene implantado. Además, la empresa viene utilizando históricamente terminales de control de presencia mediante tarjeta, situados después de pasar el citado control de acceso. Posteriormente, se instalan terminales de huella en cada área de trabajo del centro con la misma finalidad de controlar la jornada, conviviendo ambos sistemas. La empresa acredita haber consultado a la representación sindical, antes del uso del sistema de huella dactilar e individualmente a los empleados, si bien no aporta la cláusula informativa que incluya la recogida de un consentimiento expreso. También dispone del documento de análisis de riesgos de actividades de tratamiento, en el que figura que la actividad es de “escaso riesgo”, y se indica que no es preciso realizar una evaluación de impacto en protección de datos (EIPD).

En este caso, el sistema de huella dactilar utilizado funciona de tal forma que la comparación no se produce una contra una, la del empleado que accede con la suya, sino con todas las que están almacenadas, realizando una función de comparación uno a

varios cada vez que se entra o sale. Aunque no se guarde enteramente la imagen de la huella, sino unas coordenadas, cada una de ellas en la forma de plantilla, es capaz de identificar unívocamente a cada empleado al confrontar en el terminal la toma de la huella con el resto de las existentes.

La AEPD considera estos sistemas muy intrusivos para los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas. Además, afirma que existen sistemas alternativos que cumplen con los principios de proporcionalidad, necesidad y minimización en el tratamiento de datos. El tratamiento de datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física está prohibido con carácter general (RGPD art.9.1), por lo que entiende que cualquier excepción a dicha prohibición debe ser objeto de interpretación restrictiva.

En el ámbito laboral, estima que el tratamiento de datos biométricos que identifiquen de manera unívoca a las personas no es necesario para cumplir con la obligación de registrar la jornada laboral, pues se puede hacer de forma menos intrusiva con el uso de tarjetas.

En este caso, la AEPD considera que se están tratando datos personales de categoría especial, por lo que la falta de evaluación de impacto en la protección de los datos personales (EIPD) supone un incumplimiento del RGPD art.35. Por ello, sanciona a la empresa con una multa de 20.000 euros (16.000 euros con pago voluntario).

## **21. Jubilación activa del empresario. ¿Justifica el paso a la jubilación plena la extinción de los contratos?**

**STSJ Castilla-La Mancha 13-510-21**

### **Resumen**

El TSJ Castilla-La Mancha considera que la extinción del contrato de un trabajador por pasar el empresario de la jubilación activa a la plena constituye un despido improcedente. Para acogerse a la posibilidad extintiva por jubilación del empresario se exige que la jubilación ocasione, a su vez, el cese de negocio, lo que no sucede si entre una y otra circunstancia transcurre un plazo de 6 años.

### **Desarrollo**

La trabajadora ha venido prestando servicios para la empleadora desde 1-1-1986, como dependiente de un comercio. El INSS reconoció a la empleadora la pensión de jubilación desde el día 1-9-2012, aunque quedó suspendida en la misma fecha por seguir

trabajando por cuenta propia. Con fecha de 1-7-2013, el INSS reconoce a la empleadora el pase a la jubilación activa, figura introducida en el ordenamiento español por el RDL 5/2013. El 14-12-2018, la empresaria comunica a la trabajadora el cierre del negocio y la extinción de su contrato por pasar a situación de jubilación plena. La dependiente presenta demanda de despido que el JS estima declarando que la extinción de la relación laboral decidida unilateralmente por la demandada ha de ser calificada como un despido improcedente. La empresaria recurre en suplicación.

El TSJ Castilla-La Mancha señala que la jubilación del empleador no justifica, por sí misma, la extinción de los contratos de trabajo. Se requiere, además, que la jubilación ocasione a su vez el cese del negocio. Si este continúa después de la jubilación (por transmisión a un tercero, por nombrar un gerente que lo dirija o por continuar el empleador jubilado con la explotación del negocio), no pueden verse válidamente extinguidos los contratos. En el momento en que se reconoció a la empleadora la pensión de jubilación (que se produjo el 1-9-2012 aunque posteriormente fuera suspendida para compatibilizarla con el trabajo por cuenta propia) no ejerció la posibilidad de cesar en la actividad y extinguir el contrato de la trabajadora. Al contrario, una vez jubilada, continuó con su actividad y con la vinculación laboral con la trabajadora. Por ello, no cabe que posteriormente, 6 años más tarde, pueda acogerse a esa posibilidad extintiva como consecuencia de cesar en la situación de jubilación activa para pasar a la jubilación plena. Esta posibilidad extintiva no está legalmente prevista. Además, no parece razonable que esa extinción contractual, tan favorable para la empleadora (que únicamente debe abonar una indemnización de un mes de salario) quede a su arbitrio en cuanto al momento de ejercitar tal posibilidad, más allá de un pequeño plazo favorable.

Por ello, el TSJ desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

Nota:

Frente a la sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina.

## **22. Es tiempo de trabajo el dedicado a la formación obligatoria del trabajador fuera de la jornada habitual**

STJUE 28-10-21, asunto BX, C-909/19

### **Resumen**

El TJUE declara que el tiempo dedicado a la formación profesional que se ha completado siguiendo instrucciones de su empresario, fuera de los locales de la empresa y del horario normal de trabajo es tiempo de trabajo.

### **Desarrollo**

El Sr. BX que trabaja como bombero al servicio de un municipio, recibe instrucciones de su empresa para cursar 160 horas de formación profesional. Esta formación se cursa en los locales de la empresa formadora y fuera de su horario de trabajo normal. El Sr BX demanda a la administración del municipio solicitando el abono como horas extraordinarias de las dedicadas a la formación. Al ser desestimada la demanda, el Sr. BX interpone recurso de apelación. Al resolver el litigio, el tribunal superior se plantea que, aunque la legislación y la jurisprudencia rumana interpretan que el tiempo dedicado a la formación profesional no se computa en el cálculo del tiempo de trabajo del trabajador, esta legislación puede ser contraria a la normativa de la UE y plantea ante el TJUE cuestión prejudicial.

Le solicita que determine si, de acuerdo con la normativa comunitaria (Dir 2003/88 art.2.1), el período durante el cual un trabajador realiza cursos de formación profesional obligatorios tras la finalización del horario de trabajo normal, en la sede de la empresa formadora, fuera de su lugar de trabajo y sin ejercer funciones laborales constituye o no tiempo de trabajo.

Para resolver la cuestión el TJUE recuerda que la Dir 2003/88 define el concepto de tiempo de trabajo como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, Definiendo, el período de descanso como todo período que no sea tiempo de trabajo. En cuanto que los conceptos de tiempo de trabajo y período de descanso se excluyen mutuamente, el periodo de formación profesional de un trabajador debe calificarse o bien como «tiempo de trabajo», o bien como «período de descanso», a efectos de la aplicación de la Directiva, que no contempla una categoría intermedia. Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE ha declarado un factor determinante para considerar que se dan los elementos característicos del concepto de «tiempo de trabajo» es el hecho de que dicho trabajador esté obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad, entendiendo como lugar de trabajo aquél en el

que el trabajador deba ejercer una actividad por orden de su empresario, aunque no sea el lugar en el que ejerce habitualmente su actividad profesional. Por todo ello, el TJUE concluye que cuando un trabajador recibe de su empresario instrucciones de cursar una formación profesional para poder ejercer las funciones que ocupa, siendo el propio empresario quien firmó el contrato con la empresa formadora, debe considerarse que, durante la formación, el trabajador está a disposición de su empresario, por lo que constituye tiempo de trabajo.

En el supuesto enjuiciado, no impide su calificación como tiempo de trabajo: a) el que la obligación de realizar la formación se derive de una normativa nacional, puesto que ya prestaba servicios para la administración en ese puesto; b) tampoco el que los períodos de formación profesional se desarrollen, total o parcialmente, fuera del horario normal de trabajo, ya que la directiva no distingue según que dicho tiempo se preste o no dentro de las horas de trabajo normales; y c) tampoco el que la formación profesional se desarrolle en los locales de la empresa formadora, pues el trabajador tiene la obligación de estar físicamente presente en el lugar determinado por el empresario. Además, el hecho de que la actividad que el trabajador desarrolle durante los períodos de formación profesional sea distinta de la que ejerce en el marco de sus funciones habituales tampoco es impide su calificación como tiempo de trabajo, ya que el trabajador cursa la formación por iniciativa del empresario, estando sometido a sus instrucciones.

Por todo lo expuesto, el TJUE declara que los períodos de formación profesional del trabajador deben considerarse tiempo de trabajo, en el sentido de la Dir 2003/88 art.2.1.

Firmado: Santiago Blanes Mompó

Socio Área Laboral de Tomarial