



CIRCULAR LABORAL 17/2021

2 de julio de 2021

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: JULIO 2021.

1. TRIBUNAL SUPREMO

Las empresas no están obligadas a realizar test de COVID-19 a sus empleados al no existir ninguna norma que lo imponga.

El Tribunal Supremo ha determinado que no cabe obligar a las empresas a realizar test para la detección del Covid-19, puesto que no hay previsión legal alguna que imponga dicha obligación.

En su sentencia estima el recurso de casación interpuesto por una compañía contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, aplicando el mismo criterio de otras previas también del Alto Tribunal como las SSTS de 18.2.2021 (rec. 105/2020) y 22.4.2021 (rec. 94/2020.)

En el presente caso se planteaba si la empresa demandada, que es la adjudicataria del servicio de transporte y asistencia de emergencias sanitarias en el País Vasco, está obligada a realizar test rápidos de antígenos o test de prueba PCR mientras dure la pandemia provocada por el COVID-19, a los trabajadores con la categoría de técnico de transporte sanitario y técnico de transporte sanitario conductor que hayan estado en contacto directo o indirecto con pacientes Covid-19.

La sentencia de la Sala Social del TSJ del País Vasco de 2 de junio de 2020, autos 21/2020, acogió en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por la Confederación Sindical ELA en fecha 23 de abril de 2020, y condenó a la empresa al cumplimiento de dicha obligación.

Recurre la empresa en casación ante el Tribunal Supremo y ahora el TS da la razón a la compañía. Recuerda el TS en su sentencia que *“ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la específica cuestión relativa al alcance de la eventual obligación de la empleadora de realizar test para la detección de una posible infección por coronavirus en SSTS 18/2/2021, rec. 105/2020 y 22/4/2021, rec. 94/2020”*.

Es importante destacar la multitud de normas legales de toda clase y naturaleza que se han venido dictando con posterioridad al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En este sentido, hay que prestar especial atención al momento en el que cada una de ellas ha venido entrando en vigor, en orden a determinar cuáles hayan de ser las obligaciones exigibles a la empresa en esta materia en la concreta fecha a la que se refieren los hechos en los que se sustenta en cada caso concreto la demanda.

Las dos precitadas sentencias del TS fueron dictadas en aplicación de la misma normativa legal vigente a los efectos del presente asunto, por lo que el criterio que en ellas aplicamos es perfectamente trasladable al caso de autos, sin que haya razón alguna para llegar a una solución diferente.

Y aunque ambas sentencias han recaído en un ámbito distinto al transporte de enfermos en ambulancia, eso no obsta para que esos mismos principios sean trasladables, a estos efectos, a la actividad de la empresa como prestataria de un servicio de ambulancias, en tanto que **no hay tampoco ninguna normativa especial** y singular sobre esta misma materia que resulte de específica aplicación.

En definitiva, en ningún momento se impone a la empresa en ninguna normativa la obligación de realizar test de detección del Covid-19 en los términos que pretenden los demandantes.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Sentencia de 20 de mayo de 2021.

2. TRIBUNAL SUPREMO

El cambio temporal de calendarios y turnos de trabajo por el COVID-19 no es una modificación sustancial de condiciones.

Atendido el tenor del Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y atendidas el resto de las medidas que sucesivamente se han ido aplicando, considera el Supremo que no puede hablarse de un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Las medidas, -sustitución temporal de los calendarios de trabajo y fijación de turnos de trabajo estanco, entre otras-, fueron adoptadas por la empresa en fecha 11 de marzo de 2020, y para preservar la salud de los trabajadores ante la situación excepcional derivada del estado de alarma consecuencia del COVID-19.

Se trataba de medidas con cobertura en normativa excepcional y perentoria, y se fue contando con el Comité de empresa a través de un proceso negociador.

Insiste el Supremo en que las medidas adoptadas estuvieron siempre y en todo momento encaminadas a minimizar la magnitud de los riesgos de un posible contagio y a preservar la salud de las personas trabajadoras frente al COVID-19, y que se adoptaron con carácter eminentemente temporal.

No puede hablarse de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo frente a una variación temporal impuesta por normativa excepcional aplicable a partir del estado de alarma causado por el COVID-19.

Que los trabajadores tengan derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y la empresa la obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, no equivale a dotar a la empresa un poder omnímodo en la adopción de determinadas medidas, pues el poder de dirección debe respetar en todo caso el mandato normativo, -vigente en cada momento-, como en el caso efectivamente se ha hecho.

Estando entonces ante la aplicación de un mandato normativo, -con carácter temporal y excepcional-, y no frente a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni ante un inaplicación o descuelgue del convenio colectivo, avala el Supremo que la empresa dejara sin efecto todos los calendarios laborales de la plantilla, así como las medidas de distribución irregular de la jornada determinadas por la empresa y el resto de medidas adoptadas, sin sujetarse a las formalidades y exigencias previstas en el art. 41 ET.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 518/2021, 12 May. Rec. 164/2020

3. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo determina que es lícito descontar directamente de la nómina los retrasos en el fichaje. No nos encontramos ante una “*multa de haber.*”

La empresa -sector contact center- en la nómina mensual de los trabajadores efectúa un descuento correspondiente al periodo durante el que se ha ausentado de su puesto de trabajo (incluidas las correspondientes a minutos por falta de puntualidad, las cuales se computan diariamente y se suman mensualmente), siempre que las mismas sean injustificadas o justificadas sin derecho a retribución.

Por la representación del sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) se presentó demanda de conflicto colectivo para solicitar que se declare contraria a derecho la práctica empresarial consistente en descontar directamente de las nóminas mensuales de los trabajadores los retrasos en el fichaje de entrada.

La AN desestimó la demanda al entender que la práctica era lícita y ahora el Tribunal Supremo ratifica lo sentenciado por la Audiencia Nacional.

A este respecto, el Alto Tribunal establece que esta práctica en absoluto puede ser entendida como una multa de haber. Durante el tiempo en que el trabajador no presta servicios laborales, teniendo obligación de hacerlo, sin justificación alguna, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo supone que no se devenga salario, sin que ello suponga una multa de haber. La multa de haber recuerda el Supremo, consiste en la detracción de salario devengado o al que el trabajador tiene derecho. En el supuesto enjuiciado, el trabajador no tiene derecho a percibir dicho salario porque no ha prestado servicios por causa imputable únicamente a él.

El II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center tipifica como faltas leves, graves o muy graves las faltas reiteradas de puntualidad; y el art. 54.2.a) del ET considera incumplimientos contractuales las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad al trabajo. Pero ello no supone, deja claro el Supremo, que el empleador deba abonar el salario correspondiente al tiempo no trabajado debido a la impuntualidad del empleado. Si el trabajador incurre en varias faltas de puntualidad, causa un perjuicio a Atento, que es una empresa de contact center que tiene que prestar servicio en las franjas horarias pactadas con los clientes.

Se trata de un incumplimiento contractual que, si es reiterado, justifica el ejercicio del poder disciplinario por el empleador.

Además, sin que ello suponga una doble sanción, el empleador no está obligado a abonar el salario correspondiente al tiempo en que el trabajador no prestó servicios por causa imputable únicamente a él.

Lo mismo sucede con el incumplimiento contractual consistente en la falta de asistencia injustificada al trabajo -art. 54.2.a) del ET-.

El hecho de que el empleador sancione esa conducta del trabajador no supone que deba abonarle el salario correspondiente a los días de inasistencia injustificada porque el ejercicio del poder disciplinario no conlleva que se devengue la retribución indebida.

En el caso concreto, el convenio colectivo sectorial establece que las ausencias justificadas al trabajo para acompañar a las consultas médicas a determinados familiares constituyen permisos no retribuidos, sin que se devengue retribución. Con mayor razón aún, concluye el TS, no se devengará retribución alguna si la ausencia es injustificada.

A esto se suma que ninguno de los preceptos jurídicos invocados por la parte recurrente “*ex novo*” en casación, impone al empleador el abono del salario cuando la falta de prestación de servicios laborales es imputable únicamente al trabajador.

Los retrasos injustificados de los trabajadores en su incorporación a sus puestos de trabajo pueden dar lugar a penalizaciones para la empresa. Por tanto, no se ha producido un descuento de salario efectivamente devengado por el trabajador.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 27 de mayo de 2021.

4. AUDIENCIA NACIONAL

La Audiencia Nacional determina que es lícito no abonar el plus transporte en teletrabajo.

En el artículo 51 del II convenio colectivo del sector del contact center aplicable en la empresa se establece un plus extrasalarial de transporte por cada día de trabajo efectivo, para aquellos trabajadores que comiencen o finalicen su jornada a partir de las 24:00 horas (inclusive) y hasta las 06:00 horas (inclusive).

Si el comienzo y la finalización se producen en el mismo día dentro del arco horario fijado en el párrafo anterior, la cantidad fijada para este plus se percibirá doble. Las cantidades fijadas para este plus serán las establecidas en las tablas salariales anexas. Al personal en situación de teletrabajo no se le abona el plus transporte.

La cuestión fue sometida a la comisión paritaria del convenio y en su reunión de 28-5-2020 la parte empresarial manifestó:

“Entiende la parte patronal que no corresponde el abono del Plus de Transporte en la situación de teletrabajo ya que no obedece a los fines para los que fue creado, como son compensar los gastos o suplidos que sufre el empleado por desplazarse de su domicilio al centro de trabajo, ya que esta situación no se produce cuando no existe desplazamiento alguno”.

Alega CGT en su demanda, no que al teletrabajar el gasto de transporte no se produzca, sino que dicho plus si bien aparece nominado como un plus extrasalarial relacionado como un supuesto plus de transporte, en realidad abona una mayor penalidad del trabajo desarrollado en horas nocturnas sin exigir un desplazamiento concreto, ni unos concretos gastos, ni una justificación del desplazamiento.

Frente a este argumento, razona la Sala que tal argumentación, que contradice la denominación que las partes han dado al citado plus en el convenio colectivo identificándolo como plus extrasalarial de transporte, no se ha visto soportada por prueba alguna.

En definitiva, viene a decir CGT que no se trata de un plus que compense el mayor gasto de transporte en la franja entre las 24 y 6 horas, sino la penosidad por trabajar de noche.

Sin embargo, deja claro la AN, esta argumentación está ayuna de toda prueba y carece de toda credibilidad desde el momento en que el convenio colectivo en su art. 48 reconoce expresamente un plus de nocturnidad, por lo que “constituye un auténtico desatino argumental alegar que el plus transporte abona la nocturnidad que ya se abona en otra norma del mismo convenio”.

En definitiva, la demanda del sindicato, que raya la temeridad, según indica literalmente la sentencia “debe ser desestimada de plano”.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social. Sentencia de 30 de abril de 2021.

5. AUDIENCIA NACIONAL

Cuando se teletrabaja el tiempo de los cortes de luz o internet deben computar como trabajo efectivo. Estudio de las pausas “por necesidades fisiológicas” cuando se teletrabaja.

La casuística del teletrabajo va a ser infinita ... y como botón de muestra esta sentencia en la que la AN realiza una importante puntualización respecto al cómputo del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras si encontrándose teletrabajando sufren un corte de luz. Adicionalmente también entra a conocer, de forma sumamente curiosa, de las pausas vinculadas a “necesidades fisiológicas...”

Si dentro de la jornada de trabajo existen desconexiones que impiden la prestación, bien por cortes en el suministro de luz o bien por cortes en la conexión de internet, en la medida en que se trata de un incidente por completo ajeno al trabajador, sí se debe computar como tiempo efectivo de trabajo, sin que la empresa pueda exigir que se recupere este tiempo ni tampoco descontarlo de las retribuciones, eso sí, siempre y cuando el trabajador aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia.

Si la caída del suministro eléctrico no implica para los trabajadores "presenciales" la obligación de prestar servicios en otro momento, la aplicación del principio de equiparación que proclama el art. 4.1 del RD 28/2020 no puede suponer una consecuencia distinta para los trabajadores que trabajan a distancia, - subraya la Audiencia.

Además, señala la sentencia que, aunque es cierto que en el teletrabajo, a priori, cualquier funcionamiento defectuoso de los equipos debe ser imputable a la empresa por ser ésta la que tiene la obligación de proporcionar los medios al empleado para que realice su trabajo,

cuando se trata de los suministros propios de la vivienda del trabajador, que es quien ha contratado los suministros, ello no implica una exoneración por parte del empleador de su obligación de dar ocupación, pues la caída del servicio opera como fuerza mayor que suspende el contrato de trabajo.

Otra de las cuestiones que se abordan en el conflicto colectivo planteado por CCOO, es el cómputo como tiempo de trabajo del dedicado a la atención de las necesidades fisiológicas de los trabajadores.

La empresa tiene la obligación de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center.

No se reclama que el tiempo que los trabajadores necesiten acudir al lavabo para atender a sus necesidades fisiológicas sea reputado tiempo de trabajo, sino que dicho tiempo tenga un sistema específico de registro, dadas las peculiaridades en las que se presta trabajo en la empresa en las que el trabajador se ve obligado a prestar servicios de forma continuada frente a una pantalla de ordenador, y realizando y/o recibiendo constantes llamadas telefónicas, y el sistema de registro de jornada implementado en la empresa solo permite justificar el abandono puntual de su puesto de trabajo imputándolo bien a la pausa por comida, bien a pausas en PVD, pero no contempla, - como así debe ser-, la modalidad de pausa para la atención de las necesidades fisiológicas.

La Sala "*obiter dictae*" considera que lo anterior puede constituir una discriminación indirecta por razón de la edad proscrita por el art. 17.1 ET.

Resalta que es notorio que la capacidad de contener tales necesidades a partir de la adolescencia es inversamente proporcional a la edad de las personas. Por lo que, resulta indiscutible que esta práctica, aparentemente neutra, implica en la práctica un trato peyorativo a los trabajadores de más edad respecto de los más jóvenes.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 104/2021, 10 May. Rec. 105/2021

6. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.

Despido objetivo. Causas organizativas. Cese que se produce durante el estado de alarma a raíz de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19 (estando ya vigente el art. 2 del RDL 9/2020) Reitera doctrina anterior de la misma Sala: la calificación, en todo caso, debe ser improcedente y nunca la nulidad. Adicionalmente se añade una interesante reflexión sobre los intereses moratorios en las indemnizaciones y el art. 10 del Convenio 158 de la OIT (efectos disuasorios de la indemnización.)

Señala el artículo 2 del RDL 9/2020 que 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, de 18 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Este artículo es oscuro y guarda silencio sobre si el incumplimiento de la prohibición en él expresada ha de implicar la declaración de improcedencia o nulidad de la extinción del contrato de trabajo acordada por el empleador en el ámbito de la pandemia. El precepto estudiado lo que pretende es impedir que la empresa extinga válidamente un contrato por causas objetivas relacionadas con esa situación que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional COVID-19. Pero no puede colegirse, sin soporte expreso auténtico, la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo, ya que el dador de la norma bien pudo anudar tal consecuencia de forma expresa y no lo hizo.

En el supuesto que nos ocupa la empleadora demandada no puso fin a la relación laboral con el trabajador con fundamento en causa hábil y legítima, con lo que el despido no podía nunca ser declarado procedente. También es conforme que la extinción está materialmente vinculada a objetiva circunstancia derivada de la crisis COVID, por lo que aquella lo es con contravención de la prohibición expresa que disciplina el artículo 2 del RDL 9/2020. Pero el que esto sea así, no determina la nulidad del despido.

Por ello, la duda hermenéutica, cuando concurren causas objetivas vinculadas a la crisis sanitaria, se sitúa entre la declaración de improcedencia por no poder, en la excepcionalidad, utilizar las mismas para la hábil y lícita extinción, o la de procedencia del despido, en función de si existe o no causa para el cese. Y no entre la declaración de nulidad o improcedencia porque sobre esto nada dice el dador de la norma. Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del CC que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas. La consecuencia que el instituto del fraude de ley impone como sanción a la prohibición del artículo 2 es que, como la extinción objetiva no puede estar amparada en causa legal, la falta de causalidad del cese, a falta de revisión estructural o temporal y coetánea a la legislación especial COVID-19, determina su improcedencia.

Quizás la razón por la que el legislador no ha establecido la declaración de nulidad de los despidos es porque, estructuralizada la crisis sanitaria y las circunstancias socio económicas vinculadas, salvo supuestos de extinciones por causa disciplinaria, difícil va a ser encontrar ceses que no estén relacionados con la pandemia en los términos del citado artículo 2, por lo que la generalización en el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta abocaría a las empresas, que en otras condiciones serían viables afrontando las consecuencias de algunos despidos que pudiesen ser declarados improcedentes, a su desaparición en vía fáctica, lo que defraudaría la verdadera teleología del mantenimiento del empleo. Es correcta la calificación del despido como improcedente y no nulo que contiene la sentencia recurrida y, por ello, debe ser confirmada.

Intereses moratorios. La indemnización legal por despido fijada en la sentencia no devenga intereses moratorios, ya que aquella no es deuda líquida, vencida y exigible desde el mismo momento en que el despido se produce. Es necesario pronunciamiento judicial firme que declare el despido improcedente y que la empleadora condenada ejercite en tiempo y forma hábil la opción por la extinción. Finalmente, en cuanto a la cuantía de la indemnización por despido, se impugna la suma global de 60.000 euros fijada por el juzgador de instancia, al entender que se produjo violación del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT. Hay que recordar que en el ámbito del contrato de trabajo se consagra un régimen específico de resarcimiento cuyo alcance se fija de manera objetiva y tasada, salvo que la decisión extintiva haya sido adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales. En el caso analizado, se estimó que la indemnización legal no tendría efectos disuasorios ni sería adecuada, lo que iría en contra del Convenio 158 de la OIT y de la Carta Social Europea, por lo que se primó a la norma internacional sobre la nacional.

Sin embargo, estima el tribunal que para que puedan superarse los límites legales es necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización, por resultar manifiestamente exigua, y que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. En todo caso, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad, para preservar la igualdad de partes, y a falta de que el trabajador hubiese alegado los concretos daños y perjuicios y que estos se hubieran acreditado, debe fijarse el quantum indemnizatorio en 4.219,18 euros, ya que la solución al conflicto no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad.

STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de abril de 2021, rec. núm. 5233/2020

Departamento Laboral y de Seguridad Social

Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto

Email: ortegap@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com