

Pérez-Llorca

Newsletter
Laboral



02 / 2020

Copyright © 2020 Pérez-Llorca.
Todos los derechos reservados.
Esta comunicación es una selección
de doctrina y normativa que se ha
considerado relevante sobre los temas
de referencia durante el período
especificado. La información de esta
página no constituye asesoramiento
jurídico en ningún campo de nuestra
actuación profesional.

Índice

Artículos doctrinales

4 La Audiencia Nacional avala que las empresas descuenten a sus empleados el tiempo para fumar o tomar café

Alejandro Pacios

Novedades legislativas

8 Derogación del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores

Alejandro Pacios

Novedades jurisprudenciales

10 Acceso a jubilación anticipada: han de tenerse en cuenta las pensiones devengadas en los diferentes países miembros de la UE

Alejandro Pacios

11 Imponer limitaciones al disfrute del periodo de vacaciones cuando los trabajadores han venido disfrutándolas a su elección durante años es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Inés Martínez Lliso

12 Permitir por convenio colectivo que la empresa pueda exigir que los trabajadores presten servicios cuando tenían previsto un día de descanso es un supuesto de distribución irregular de la jornada

Inés Martínez Lliso

14 La Audiencia Nacional permite la compatibilidad entre el permiso retribuido por nacimiento de hijo recogido en convenio y la prestación por nacimiento

Candela Calahorra de Grado

15 La Audiencia Nacional establece que las empresas de seguridad no pueden exigir el certificado de antecedentes penales a sus empleados

Laura Cantero Gómez

LA AUDIENCIA NACIONAL AVALA QUE LAS EMPRESAS DESCUENTEN A SUS EMPLEADOS EL TIEMPO PARA FUMAR O TOMAR CAFÉ

Alejandro Pacios

I. La obligación de implementar el registro de jornada

Como es de sobra conocido, el 12 de marzo de 2019 entró en vigor el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (el “**RDL 8/2019**”), mediante el que se añadió el apartado 9 al artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (el “**ET**”). Dicho precepto impuso a las empresas la obligación de registrar el inicio y la finalización de la jornada de trabajo.

De este modo, tras la entrada en vigor del mencionado RDL 8/2019, y en virtud del art. 34.9 del ET, todos los empresarios quedaron obligados a registrar de forma diaria la jornada laboral de cada uno de los trabajadores, debiendo incluir dicho registro el horario exacto de inicio y de terminación de la jornada de trabajo.

El principal objetivo de lo anterior no es otro que el de facilitar el conocimiento de la jornada real realizada por el trabajador con objeto de evitar la realización de jornadas superiores a la legal o convencionalmente establecidas; y, en caso de constatarse la realización de horas extraordinarias, asegurar su compensación con salario (con las correspondientes cotizaciones a la seguridad social) o descansos.

Ante la falta de desarrollo reglamentario del mencionado precepto, no han sido pocas las dudas que han ido surgiendo acerca de la aplicación práctica de la obligación de registro de jornada, en cuestiones diversas tales como a qué trabajadores afecta, qué medios pueden utilizarse para la implementación del registro, qué se considera tiempo de trabajo efectivo, o cómo ha de efectuarse el registro de jornada cuando los trabajadores no prestan sus servicios en el centro de trabajo.

Debido a lo anterior, y con objeto de intentar dar respuesta a la multitud de dudas que fueron surgiendo en el corto plazo, tras la publicación del RDL 8/2019, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social elaboró la Guía sobre el registro de jornada (la “**Guía**”), mediante la cual se trató de dar respuesta a algunas de las cuestiones prácticas que fueron surgiendo sobre la implementación del registro de jornada.

No obstante, lo anterior, y como es evidente, dicha Guía no resolvió todas las cuestiones sobre la implementación del registro de jornada. Debido a ello, y como ha sucedido en tantos otros asuntos, son nuestros tribunales los que, haciendo uso de su facultad interpretativa de la legislación, están resolviendo las cuestiones controvertidas que se plantean sobre la materia.

II. Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2019 (Rec. nº 232/2019)

En línea con lo anterior, el pasado 10 de diciembre de 2019, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (la “**AN**”) dictó una sentencia en materia de registro de jornada, mediante la que resolvió una demanda a través de la cual se impugnaba una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo.

Pérez-Llorca

El procedimiento tuvo su origen a consecuencia de la implantación de forma unilateral por la empresa en cuestión de un sistema de registro de jornada, a raíz del cual, el sindicato demandante entendió que se habían modificado, en perjuicio de los empleados, determinadas condiciones de trabajo existentes con anterioridad a la implementación de dicho registro. En concreto, mediante la demanda se solicitaba que se anulasen las siguientes supuestas modificaciones de condiciones que se produjeron tras la implementación por la empresa del nuevo sistema de registro de jornada:

- (i) El hecho de que, si los empleados realizan viajes y no regresan a la oficina en el mismo día, se contabilizara como tiempo de trabajo efectivo 7:45 horas (la jornada diaria establecida en la empresa) y no el tiempo invertido en el viaje más el trabajo efectivamente desarrollado;
- (ii) la obligación de que la realización de horas extraordinarias se supedita a que sean autorizadas previamente por parte del responsable directo y de la dirección de personas, y no a la realización efectiva y material de trabajo más allá de la jornada ordinaria o exceso de jornada; y
- (iii) que las pausas de los trabajadores para fumar, tomar café o desayunar no se integren como tiempo de trabajo dentro de la jornada, y, en consecuencia, exista obligación de fichar al inicio y al final de esas pausas, no teniendo por tanto esas pausas consideración de tiempo de trabajo efectivo.

Con carácter previo, la AN expone que por modificación sustancial de condiciones de trabajo hay que entender aquella modificación de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, sucediendo que, cuando se trata de simples modificaciones accidentales, serían manifestación del poder de dirección y del “*ius variandi empresarial*”.

A su vez, la AN razona que es sustancial aquella modificación que, conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea real o potencialmente dañosa para el trabajador. En consecuencia, para que nos encontremos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo deben concurrir los siguientes elementos:

- (i) La existencia de una previa condición de trabajo establecida en norma distinta de la ley o del convenio colectivo -esto es en contrato de trabajo, acuerdo colectivo no estatutario o decisión unilateral del empleador de efectos colectivos-;
- (ii) que se produzca una decisión empresarial, bien unilateral, bien consensuada, que suponga una alteración de tal condición previa; y
- (iii) que la misma afecte cualitativamente a las materias citadas en el artículo 41.2 del ET (i.e. jornada, horario, remuneración, funciones, etc.) o cualesquiera otras, siempre y cuando tenga trascendencia en la configuración del contrato de trabajo.

Expuesto lo anterior, y entrando al fondo del asunto, la AN entiende que todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda deben ser rechazadas por cuanto que, o bien no se ha acreditado la existencia de una condición de trabajo previa que se vea alterada por el registro de jornada, o bien se parte de premisas fácticas erróneas:

- a) **Respecto al tiempo empleado durante los viajes de trabajo**

La AN entiende que no se ha acreditado que con anterioridad a la implementación del sistema de registro de jornada existiese condición contractual generalizada, pacto o acuerdo colectivo, o decisión unilateral del empleador en virtud de los cuales los trabajadores que hubieran de desplazarse a otra localidad diferente a la de su domicilio y finalizasen su jornada en la misma, estuviesen facultados para regresar ese mismo día a su localidad de origen y que el tiempo invertido en tal desplazamiento se reputase como de prolongación de jornada.

Por el contrario, la AN estima que la empleadora ha probado que la política que al respecto se seguía con el personal comercial era toda la contraria, esto es, que los trabajadores debían pernoctar en la localidad en la que habían concluido su jornada de trabajo y regresar al domicilio o centro de trabajo el día siguiente.

b) Respeto de la necesidad de autorización previa a la realización de horas extraordinarias

En lo que respecta a la procedencia o no de que la realización de horas extraordinarias sea autorizada, la AN razona que, no constando acreditada la existencia de pacto expreso en virtud del cual el trabajador se comprometía a la realización de horas extraordinarias, la realización de las mismas únicamente podrá tener lugar en virtud de pacto entre empleador y empresario que modifique el contenido del contrato de trabajo, que para su perfeccionamiento requerirá el consentimiento de las partes al respecto (en virtud del artículo 1258 del Código Civil).

A estos efectos, la AN entiende que la mención a las horas extraordinarias contenida en el sistema de registro de jornada no es más que la forma en la que la empresa ha decidido expresar su consentimiento al respecto, lo cual no altera condición de trabajo alguna -pues no consta acreditado que, en estos casos, la realización de una jornada más allá de la jornada ordinaria quedase al arbitrio del trabajador, lo cual, además supondría una manifiesta contravención del artículo 1.256 del Código Civil-.

c) Respeto de las pausas durante la jornada de trabajo

Como se mencionaba anteriormente, mediante la demanda se solicitaba que se declarase la nulidad de la modificación relativa a que, tras la implementación del sistema de registro de jornada, el tiempo empleado en las pausas de los trabajadores para fumar o para tomar café pasara a no tener consideración de tiempo de trabajo efectivo (al ser obligatorio registrar el inicio y la finalización de las mismas).

En palabras de la AN, para el buen fin de esta pretensión, la parte actora debería haber acreditado la existencia de una condición más beneficiosa en virtud de la cual las pausas del trabajador para fumar, tomar café o desayunar, eran consideradas por el empleador, con carácter previo a la implementación del nuevo sistema de registro de jornada, como tiempo de trabajo efectivo.

A estos efectos, se detalla que si bien en el centro de trabajo existía un control de acceso mediante tornos (mediante el que no se registraba la jornada), se venía tolerando, por una política de confianza empresarial, que los trabajadores salieran de las instalaciones para fumar o para tomar café, sin que de ello se pudiera deducir que la empresa reputase dichas interrupciones de la prestación de servicios como tiempo de trabajo efectivo, entre otras cosas, porque no existía un efectivo control y seguimiento de la jornada desarrollada por cada trabajador.

III. Conclusión

La reciente obligatoriedad de implantar el registro de jornada ha supuesto una verdadera transformación en la gestión de los recursos humanos de muchas empresas. Así, transcurrido ya casi un año desde la aprobación del RDL 8/2019, el registro de jornada sigue siendo una de las cuestiones que más interrogantes plantea en el día a día empresarial.

A estos efectos, las empresas se han visto ante dificultades organizativas y numerosas dudas acerca de su implementación, dudas que están siendo aclaradas bien por la Guía mencionada anteriormente, o bien por los pronunciamientos de nuestros tribunales.

Buen ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2019 analizada anteriormente, que clarifica, entre otras cuestiones, cómo han de registrarse las pausas durante la jornada, así como los criterios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de poder validar las diferentes políticas de registro de jornada implantadas por las empresas.

DEROGACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO REGULADO EN EL ARTÍCULO 52.D) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Alejandro Pacios

I. Antecedentes. El despido por absentismo

El despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo (aun justificadas) –figura que se contempla en nuestro ordenamiento desde 1977–, y que se recogía en el art. 52.d) del ET, legitimaba a las empresas para proceder al despido de aquellos trabajadores que incurrieran en faltas de asistencia al trabajo justificadas, siempre que las mismas superasen, en periodos concretos, determinados porcentajes en relación con el número total de jornadas hábiles.

A cambio, las empresas tenían que cumplir una serie de requisitos tales como respetar un preaviso de 15 días o abonar una indemnización al trabajador de veinte días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades.

II. Pronunciamientos recientes y debate generado

Esta modalidad de despido objetivo ha propiciado recientemente un extenso debate sobre la procedencia o no de que el mismo estuviera presente en nuestro ordenamiento, debate que se ha visto potenciado a raíz de diferentes pronunciamientos judiciales, tanto por parte del TJUE (Sentencia de 18 de enero de 2018, y Sentencia de 11 de septiembre de 2019) como del Tribunal Constitucional (Sentencia de 16 de octubre de 2019, Rec. Nº 2960/2019).

Por un lado, las Sentencias del TJUE establecieron la inadecuación del artículo 52.d) del ET a la normativa europea, por considerar que el mismo podría llegar a ser constitutivo de discriminación por razón de discapacidad en caso de no admitirse mecanismos de control de proporcionalidad y adecuación de la medida (presupuesto que no se daba en el caso del artículo 52.d), que se aplicaba con carácter automático cuando concurrían los porcentajes referidos).

Por otro lado, la referida Sentencia del Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del precepto en cuestión, por entender que con el mismo no se producía un daño a la salud del trabajador y que dicha facultad de extinción tenía el objetivo lícito de proteger la productividad en la empresa y la eficacia en el trabajo, valores que encuentran acomodo en el artículo 38 de la Constitución Española.

III. Real Decreto-ley 4/2000, de 18 de febrero, mediante el que se deroga el art. 52.d) del ET

A consecuencia del amplio debate generado tras, sobre todo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, el nuevo gobierno de coalición, como una de las primeras medidas sociales adoptadas en la legislatura, ha aprobado el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, publicado en el [Boe el día 19 de febrero](#) (y cuya entrada en vigor se produjo el 20 de febrero de 2020), por el que se deroga el artículo 52.d) ET, conocido popularmente como “despido por absentismo”.

Mediante la exposición de motivos del Real Decreto-ley, se justifica dicha decisión (i) por la necesidad de eliminar cualquier atisbo de discriminación de personas con discapacidad; (ii) por la tendencia a que este tipo de despido afecte particularmente a las mujeres; y (iii) por motivos de conciliación y corresponsabilidad.

Pérez-Llorca

En cualquier caso, pese al gran revuelo mediático que ha supuesto la derogación del despido por absentismo, la realidad es que se trata de una facultad que era utilizada por las empresas de manera residual, por lo que su exclusión del ordenamiento jurídico no debería tener gran impacto.

ACCESO A JUBILACIÓN ANTICIPADA: HAN DE TENERSE EN CUENTA LAS PENSIONES DEVENGADAS EN LOS DIFERENTES PAÍSES MIEMBROS DE LA UE

Alejandro Pacios

[Sentencia de la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2019 \(C-398/2018\)](#)

Mediante esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) analiza si es lícito o no denegar a dos trabajadores el acceso a la jubilación anticipada por el mero hecho de que, al haber trabajado varios años en Alemania, la pensión a la que tendrían derecho en España no alcanzaba el mínimo exigible para acceder a la jubilación anticipada de acuerdo con la normativa española. En este punto, conviene recordar que, para acceder a la jubilación anticipada, de acuerdo al ordenamiento jurídico español, es requisito imprescindible que el importe de la pensión a percibir sea superior a la pensión mínima que le correspondería al trabajador en cuestión al llegar a los 65 años.

Pues bien, ante dicha problemática, y al ser desestimadas las demandas interpuestas por los trabajadores ante sendos Juzgados de lo Social de Ourense y La Coruña, estos recurrieron al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al entender que cumplían los requisitos para acceder a la situación de jubilación anticipada, ya que, en sus casos, debían tenerse en cuenta tanto las pensiones devengadas en Alemania como las devengadas en España.

A la luz de los hechos, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE por entender que tomar en consideración únicamente la pensión que recibirían a cargo de la Seguridad Social española, a efectos de determinar o no si un trabajador cumple los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, podría resultar discriminatorio.

El TJUE, examinando la normativa en cuestión, declara que la expresión “pensión a percibir” recogida en el artículo 208.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social, no debe entenderse como excluyente de las pensiones o prestaciones que ese trabajador migrante perciba o pueda percibir a cargo de otro Estado Miembro de la Unión Europea (en este caso, de Alemania).

En consecuencia, el TJUE declara que han de contabilizarse tanto la pensión que el trabajador recibirá en España como la pensión que recibirá de otro estado miembro en términos equivalentes por su actividad en dicho país, resultando que, si sumadas ambas cuantías se alcanza el mínimo legalmente exigible, el trabajador tendrá derecho a acceder a situación de jubilación anticipada.

A ojos del TJUE, lo contrario sería tanto como afirmar que los trabajadores no tienen derecho a hacer uso de su derecho a la libre circulación, porque en esos casos se verían discriminados respecto a otros ciudadanos de la Unión Europea que únicamente han desarrollado su actividad profesional en un único estado miembro de la Unión Europea.

En conclusión, el TJUE considera que, a efectos de determinar si un trabajador cumple el requisito de pensión mínima para acceder a la jubilación anticipada, han de tenerse en cuenta las pensiones percibidas en los diferentes estados miembros de la Unión Europea.

IMPONER LIMITACIONES AL DISFRUTE DEL PERIODO DE VACACIONES CUANDO LOS TRABAJADORES HAN VENIDO DISFRUTÁNDOLAS A SU ELECCIÓN DURANTE AÑOS ES UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Inés Martínez Lliso · Abogada

[Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2020 \(Rec. nº 2162/2017\)](#)

Mediante la presente Sentencia, el Tribunal Supremo analiza si el disfrute por parte de los trabajadores de una empresa año a año del periodo vacacional en las fechas que éstos elegían constituye o no una condición más beneficiosa que no puede ser suprimida de manera unilateral por la empresa.

En el presente caso, un colectivo de trabajadores había venido disfrutando de sus vacaciones de manera libre y sin que la empresa fijase un periodo concreto durante el cual se debieran disfrutar. Sin embargo, en el año 2015 la Empresa impuso las fechas en las que los trabajadores debían disfrutar de sus vacaciones.

Debido a lo anterior, se planteó demanda de conflicto colectivo mediante la que se solicitaba que se condenase a la empresa a seguir concediendo los disfrutes de periodos de vacaciones de los trabajadores como se venía haciendo anteriormente, sin que la misma pudiera imponer los periodos vacacionales.

Por un lado, la parte social defendió que la práctica llevada a cabo durante años por la empresa implicaba la existencia de una condición más beneficiosa, ya que la misma nunca vino a establecer el periodo en el que debían disfrutarse las vacaciones, siendo los trabajadores los que libremente y de forma anual decidían en qué momento las disfrutaban.

Por otro lado, la empresa defendió que la libre elección de las vacaciones se autorizaba cada año, y que dicho beneficio se concedía para un periodo concreto (para cada año exactamente). Ello suponía que no se estaba ante una condición más beneficiosa, al no tratarse de concesiones que por su reiteración y repetición se entendieran incorporadas a la relación contractual puesto que no puede fijarse ni extenderse una condición más beneficiosa más allá de los límites fijados por la voluntad de las partes.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que en el supuesto debatido concurren las características propias de la condición más beneficiosa, por cuanto resulta del relato de hecho probados que los trabajadores habían venido disfrutando de sus vacaciones anuales a su elección hasta el año 2015 de forma constante, repetida y reiterada en el tiempo y sin limitación alguna, de lo que se deduce la voluntad inequívoca de la empresa de mantener estable y permanente tal condición. Por ello se entiende que el beneficio se ha consolidado y que se ha incorporado al nexo contractual de los trabajadores.

Siendo esto así, dictamina el Tribunal Supremo que la empresa no puede, bajo la excusa del mero ejercicio de sus facultades organizativas y directivas, alterar esta situación sin seguir los cauces formales de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidos en el artículo 41 del ET.

PERMITIR POR CONVENIO COLECTIVO QUE LA EMPRESA PUEDA EXIGIR QUE LOS TRABAJADORES PRESTEN SERVICIOS CUANDO TENÍAN PREVISTO UN DÍA DE DESCANSO ES UN SUPUESTO DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA

Inés Martínez Lliso · Abogada

[Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2019 \(Rec. nº 147/2018\)](#)

En el presente caso enjuiciado por el Tribunal Supremo, la Empresa tenía establecido un sistema de régimen de turnos de trabajo en el que, mediante un gráfico anual, se predeterminaba cuáles eran los días de descanso de los que iba a disponer cada trabajador, siendo dicho calendario plenamente conocido por estos, de tal manera que todos sabían en qué fechas iban a disfrutar de tales descansos.

No obstante, por convenio colectivo se incorporó la posibilidad de que, con 48 horas de antelación, la empresa, y “*para dotar de una mayor flexibilidad al sistema productivo, y completar el número de jornadas establecidas en el convenio colectivo*” pudiera detraer hasta cuatro descansos anuales del trabajador de los programados en el calendario laboral anual con objeto de realizar tareas directamente relacionadas con la producción.

Debido a lo anterior, se presentó demanda de impugnación de convenio colectivo por uno de los sindicatos negociadores del mismo, mediante la que solicitaba que se declarase la nulidad parcial de dicho precepto convencional, en tanto en cuanto se incumplía el plazo de preaviso que el artículo 34.2 del ET prevé para distribuir irregularmente la jornada (5 días).

La empresa, por su parte, defendió que el convenio colectivo no establecía una facultad empresarial de distribución irregular de la jornada, sino que lo que regulaba era un supuesto de “asignación de jornada” hasta completar la establecida en el convenio. Así, a entender de la empresa, lo que se hace con dicha norma no es otra cosa que “distribuir el tiempo de trabajo y de descanso de forma que la prestación de servicios del trabajador colme la jornada completa”. Este argumento fue estimado en primera instancia por la Audiencia Nacional, que confirmó que el preaviso de 48 horas para implementar la medida era suficiente.

No obstante, dicha sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo, órgano que entró a analizar, por un lado, la naturaleza del precepto convencional –si constituye o no un supuesto de distribución irregular de la jornada–, y por otro, si el preaviso establecido es ajustado o no a derecho.

Finalmente, el Tribunal Supremo falla a favor de la representación sindical al entender que el precepto convencional (consistente en que el empresario pueda, de manera unilateral, detraer hasta cuatro descansos anuales por trabajador de los programados en su calendario laboral) implica que el empresario pueda modificar anualmente la planificación anual regular de jornada y descanso de los trabajadores; lo que constituye un supuesto de distribución irregular de la jornada.

Consecuencia de lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que el artículo del convenio colectivo según el cual la empresa estaba facultada para preavisar de dicha distribución con 48 horas de antelación es nulo, pues el mismo contraviene lo dispuesto en el artículo 34.2 del ET, que regula

Pérez-Llorca

la distribución irregular de la jornada, y que establece que el plazo mínimo para preavisar de dicha distribución irregular de jornada es de 5 días.

LA AUDIENCIA NACIONAL PERMITE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL PERMISO RETRIBUIDO POR NACIMIENTO DE HIJO RECOGIDO EN CONVENIO COLECTIVO Y LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO

Candela Calahorra de Grado · Abogada

[Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2019 \(Rec. nº 221/2019\)](#)

Mediante esta sentencia, la Audiencia Nacional analiza si, tras la desaparición de la licencia retribuida de 2 días por nacimiento de hijo, anteriormente recogido en el artículo 37.3.b) del ET, debe concederse o no el permiso por nacimiento de hijo establecido convencionalmente.

Conviene comenzar mencionando que, con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, desapareció del ET el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo. No obstante, multitud de convenios colectivos (como el que resulta de aplicación en el presente procedimiento), reconocían expresamente el derecho a los trabajadores a disfrutar de este permiso retribuido por nacimiento de hijo. Concretamente, el convenio colectivo analizado, preveía un permiso retribuido de cuatro días laborales, ampliables a seis en caso de desplazamiento, por nacimiento y adopción de hijos.

Pues bien, tras desaparecer dicha licencia del ET, la empresa entendió que el precepto convencional quedaba vacío de contenido, al tener la licencia recogida convencionalmente una clara vinculación con la normativa que la originaba, es decir, con el artículo 37.3.b) del ET.

Por el contrario, la parte demandante defendía que el permiso por nacimiento de hijo recogido en el Convenio Colectivo debe mantenerse al tener el Real Decreto Ley en cuestión una categoría jurídica diferente al ET y, por ende, tratarse de derechos de distinta naturaleza.

La Audiencia Nacional argumenta que los convenios colectivos integran el sistema de fuentes laborales y por lo tanto se deberá atender a las reglas de concurrencia entre el convenio colectivo en cuestión y el ET. Concretamente, habrá que estar a los principios de jerarquía y modernidad, al principio de prevalencia de las normas de Derecho necesario absoluto, al principio de norma más favorable y a la preferencia aplicativa de los mínimos de Derecho necesario.

En este sentido, la Sala concluye que el hecho de que se haya suprimido el permiso por nacimiento de hijo del ET no implica que dicho permiso recogido en el convenio colectivo de aplicación quede suprimido de forma automática. Por lo tanto, y al tener los convenios colectivos categoría de fuente del derecho, la nueva norma no implica contradicción alguna con la regulación convencional.

Por último, la Audiencia Nacional explica que el permiso retribuido recogido en el convenio colectivo tiene una naturaleza distinta al permiso por nacimiento de hijo, siendo ambos compatibles, quedando por tanto el empresario obligado a soportar el permiso retribuido de sus empleados, y corriendo a cargo de la seguridad social la cobertura prestacional del permiso de paternidad.

LA AUDIENCIA NACIONAL ESTABLECE QUE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD NO PUEDEN EXIGIR EL CERTIFICADO DE ANTECEDENTES PENALES A SUS EMPLEADOS

Laura Cantero Gómez · Abogada

[Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2020 \(Rec. nº 148/2019\)](#)

La Audiencia Nacional, analiza mediante esta Sentencia la validez de la práctica seguida por una empresa de seguridad, en virtud de la cual se solicitaba a los vigilantes de seguridad incorporados por subrogación que declarasen por escrito (mediante un formulario) que en los últimos cinco años carecían de antecedentes penales en vigor en sus países de residencia.

Pues bien, la Audiencia Nacional entiende que hay que partir de la base de que los antecedentes penales afectan a la privacidad del trabajador y son datos de carácter personal especialmente sensibles, debido a lo cual la normativa de protección de datos únicamente permite su acceso por parte de las personas y autoridades habilitadas legalmente para ello. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en el marco de las relaciones contractuales laborales, el tratamiento de los datos personales de los trabajadores estará supeditado a que dicho tratamiento sea necesario para la ejecución del mismo.

En base a lo anterior, para que la mencionada práctica empresarial fuese lícita, deberían concurrir los siguientes elementos: (i) que exista una habilitación legal que faculte a la empresa para recabar dicha información; y (ii) que sea necesaria para la ejecución del contrato de trabajo.

Así, para examinar si concurrían o no estos requisitos, debe acudirse a lo dispuesto en la normativa legal vigente en materia de seguridad privada (Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada), normativa que en modo alguno habilita a las empresas de seguridad a recabar datos referentes a condenas penales de sus empleados (sin perjuicio de la obligatoriedad para los vigilantes de obtener una tarjeta de identificación profesional emitida por el Ministerio del Interior que requiere la inexistencia de antecedentes penales).

Por todo ello, la Audiencia Nacional considera que, en este caso, la solicitud de antecedentes penales por parte de la empresa es contraria a derecho en la medida en que:

- (i) la empresa carece de habilitación legal para recabar estos datos personales de sus trabajadores (siendo la Dirección General de la Policía quien tiene encomendada la concesión y gestión de las habilitaciones para prestar servicios como vigilante de seguridad); y
- (ii) a pesar de que el tratamiento de los datos se produce en el marco de un contrato de trabajo, el mismo carece de relevancia alguna para la ejecución de dicho contrato, ya que el hecho de que un trabajador se negase a firmar el formulario, no impedía que la subrogación se llevara a cabo, ni acarreaba sanción disciplinaria alguna.

En conclusión, la Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato contra la empresa de seguridad y condena a la misma a eliminar esta práctica en todos sus centros de trabajo.

Coordinadores de la Newsletter

—

Luis Enrique Fernández Pallarés

Socio

lefernandez@perezllorca.com

T: +34 91 436 04 23

F: +34 91 423 04 30

Laura Pérez Benito

Socia

lperez@perezllorca.com

T: +34 91 423 67 38

F: +34 91 423 04 30

Pérez-Llorca

Sede

Castellana 50
28046 · Madrid

Paseo de la Castellana, 259 A
28046 · Madrid

—

Diagonal 640, 8º A
08017 · Barcelona

—

110 Bigshopgate
EC2N4AY · London

—

375 Park Avenue, 38th floor
10152 · New York

