

Pérez-Llorca

Newsletter

Laboral



05/2022

Índice

Artículo doctrinal

4. **La prohibición de despedir en situaciones de emergencia: del COVID-19 a la guerra en Ucrania**
Yolanda Valdeolivas García

Novedades legislativas

Novedades jurisprudenciales

11. **La Audiencia Nacional indica cómo implantar un registro de jornada fiable, objetivo y ajustado a Derecho**
Alejandro Pacios
13. **El Tribunal Supremo considera ilícito la utilización de datos de la cuenta corriente de una empleada de banca para justificar su despido**
Candela Calahorra de Grado
14. **Las consecuencias derivadas del incumplimiento de lo establecido en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia**
Eva Láuzara
18. **Impacto de la subida del SMI en los convenios colectivos**
Elena García González-Valdizán

LA PROHIBICIÓN DE DESPEDIR EN SITUACIONES DE EMERGENCIA: DEL COVID-19 A LA GUERRA EN UCRANIA

Yolanda Valdeolivas García · Of Counsel

1. Antecedentes: los ERTE-COVID y ERTE pospandemia

El artículo 2 del RDL 9/2020, que adoptaba medidas laborales complementarias para paliar los efectos derivados de la COVID-19, vino a incorporar, como elemento excepcional en nuestro ordenamiento y coherente con la excepcionalidad del presupuesto contemplado, la comúnmente conocida como prohibición de despedir en caso de ERTE-COVID. Se expresaba literalmente señalando que no podían entenderse como justificativas del despido las causas (fuerza mayor o ETOP) que sirvieran de amparo a la suspensión o reducción de jornada adoptada por ERTE durante los seis meses siguientes a la reanudación de la actividad. Previsión que, recuérdese, se compadecía con las exoneraciones de cuotas empresariales ya previstas para los ERTE-COVID por RDL 8/2020, de modo que dicha condición de mantenimiento del empleo para las empresas parecía el correlato natural de ese previo apoyo público, considerando que la obtención de beneficios en la cotización a la Seguridad Social justificaba la exigencia de un tiempo razonable para permitir que las medidas subvencionadas se mostraran eficaces para superar la situación que justificó su adopción. De ahí la lógica consecuencia de devolución de las cuotas exoneradas, a la que se vino a sumar, como se dice, la prohibición de despedir, que añadía exigencia al mantenimiento de empleo durante la vigencia del ERTE y seis meses después.

En este sentido, a la consecuencia esperable y consolidada en nuestro sistema laboral de reintegro de los incentivos percibidos por la empresa cuando esta incumple las condiciones de disfrute de tales ayudas, se sumó otra de carácter contractual que afectaba al eventual despido, evitando la acreditación de su causa en alguna de las razones justificativas de la adopción del ERTE subvencionado. Pero lo que no se aclaraba legalmente, y fue objeto de conocido debate dentro y fuera del ámbito judicial, pendiente de resolverse en unificación de doctrina, es la calificación que merece el despido contrario a esa garantía de empleo, oscilando entre la improcedencia, por inexistencia de causa, y la nulidad, por considerarse una prohibición cuya elusión debe interpretarse como fraude de ley.

Debate que bien podría tenerse por superado para la actual regulación de los ERTE pospandemia, ex artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores en su actual redacción fruto de la reforma laboral operada por RDL 32/2021, pues en aquellos preceptos, como se verá enseguida, no hay una explícita prohibición de despedir o, por decirlo mejor, garantía de mantenimiento del empleo con eventuales efectos contractuales. Solo la DA 44^a de la Ley General de Seguridad Social se refiere a ese compromiso, y lo hace como condición para consolidar las exenciones a la Seguridad Social disfrutadas en el ERTE, esto es, como requisito que evita el reintegro del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultó exonerada la empresa, sin derivarse consecuencia alguna sobre la eventual calificación del despido efectivamente realizado, valorable por el órgano judicial sin más especialidad o previsión adicional a las reglas comunes sustantivas y procesales de calificación jurídica del despido y sus efectos.

2. Los ERTE por razón de la guerra en Ucrania

El artículo 44 RDL 6/2022, dirigido a paliar los efectos económicos y sociales derivados de la guerra en Ucrania, incorpora específicas medidas laborales, orientadas a la protección del empleo en las empresas afectadas por dichas circunstancias que, aun coyunturales, se presuponen graves y requeridas de apoyos extraordinarios. Como en el caso de la pandemia, se trata de una situación de duración incierta con efectos nocivos sobre la actividad empresarial y el empleo, aun sin responderse a la misma con instituciones jurídicas específicas ni modificar las genéricas reglas aplicables en las circunstancias ordinarias, sin perjuicio de cuanto sigue. Así, finalizados definitivamente a 31 de marzo de 2022 los ERTE de pandemia en sus diferentes versiones (tras la última prórroga operada por RDL 2/2022), el legislador elude regular un nuevo ERTE especial por causa de la invasión de Ucrania, confirmando que el ERTE ordinario resulta cauce suficiente y adecuado para superar las consecuencias económicas y sociales de esta situación extraordinaria.

Por ello, se remite a los recursos ya disponibles en el ámbito laboral, sin necesidad de articular modelos ad hoc, asegurando medidas que prioricen la flexibilidad laboral interna frente a la extinción de los contratos de trabajo, alineadas con lo que fue seña de identidad durante la crisis pandémica en el modelo desplegado a través de los ERTE COVID. Estrategia que subsiste, como confirman las reglas incorporadas en la reforma laboral, aun con incentivos de cuantía inferior, en general, para empresas y trabajadores. Porque se sigue priorizando, también ahora para este concreto contexto de guerra, la suspensión de los contratos de trabajo o reducción de la jornada laboral mediante fórmulas de regulación temporal de empleo frente al despido objetivo, obligando al empleador a un compromiso de mantenimiento del empleo que se desenvuelve en dos situaciones y respecto de sujetos distintos: i) empresas que perciban ayudas directas previstas en la norma; y ii) empresas acogidas a ERTE ordinario. La solución parece, pues, congruente con el régimen nacido en los denominados ERTE COVID, reproduciendo igualmente alguna de las ambigüedades e interpretaciones dispares que aquellos provocaron, a las que se añaden ahora otras nuevas.

- **Compromiso de empleo en las empresas beneficiarias de ayudas directas por causa de la guerra**

Esta primera garantía de empleo excluye expresamente en tales empresas considerar causa objetiva de despido, hasta 30 de junio de 2022, la relacionada con el eventual incremento de los costes energéticos y lleva aparejada la consecuencia de reintegro de las ayudas percibidas. Las empresas beneficiarias no tienen por qué estar afectadas por un ERTE, marco donde se ha estandarizado desde la pandemia el compromiso de empleo, ni se impide la posible acreditación y justificación de causas objetivas de despido en las no acogidas a estas ayudas, ajenas a la prohibición de despedir, porque lo que pretende evitarse es simultanear ese doble mecanismo de ajuste frente a la crisis: despido y obtención de ayudas económicas.

Pero es que, además, no se trata de una prohibición absoluta de despedir, pues se limita a la causa derivada del aumento de los costes energéticos, dejando a salvo otras razones aun vinculadas a los efectos económicos y sociales de la guerra en Ucrania. Ello permite

apreciar cierta incongruencia entre la causa justificativa de la obtención de las ayudas y la consecuencia jurídica de su devolución en caso de despido, porque el efecto se liga exclusivamente al fundado en el sobre coste energético, aun cabiendo ayudas en relación con el incremento de otros precios no ligados a la energía o con la crisis de suministros también derivada de la situación de guerra. La norma podía haber sido, pues, más invasiva en la prohibición de despedir, aplicando igual consecuencia al disfrute de cualesquiera ayudas, pero su acotación abre una posible vía de escape para desvincular la causa del despido del coste energético, sin perjuicio de su exigible estrecha relación con la guerra conforme al criterio finalista de las ayudas. Es decir, si el coste energético provoca efectos ETOP, estos no pueden servir para acreditar un despido, pero si idénticos efectos derivan de cualquier otra circunstancia demostrativa de la dificultad en la empresa perceptora de ayudas, la prohibición de despedir se desvanece.

Finalmente, la norma hace referencia a la condición de mantenimiento del empleo a las ayudas directas, lo que puede generar dudas sobre su alcance, dado los diversos tipos de incentivos económicos que contiene el RDL, en forma de subvenciones o créditos, muchas de las cuales reciben ese calificativo de directas. Así, habrá de estarse a la denominación normativa. En este sentido, aunque el adjetivo “directas” pudiera parecer más restrictivo que la sola alusión a ayudas públicas o recursos públicos, la lectura del texto legal apenas deja resquicio para excluir de la devolución algún beneficio económico.

- **Compromiso de empleo en las empresas acogidas a ERTE ordinario por causa de la guerra en Ucrania**

El RDL 6/2022 dispone otra medida de aparente identidad a la recién analizada, pero prevista para las empresas acogidas a un ERTE del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, ya de reducción de jornada, ya suspensiva de contratos de trabajo y por causas ETOP o fuerza mayor temporal relacionadas con la invasión de Ucrania, y si beneficiarias de apoyo público. Esas empresas afectadas por tal regulación temporal de empleo “no podrán utilizar” las causas justificativas del ERTE para realizar despidos. Inicial identidad de prohibición de despidos por los beneficiarios de recursos públicos que no oculta la diversa expresión legal, ni las diferencias en los sujetos afectados, las consecuencias y el plazo de vigencia de la medida. También aquí la literalidad de la norma plantea incógnitas: el propio concepto de apoyo público que es presupuesto de la devolución que, sin duda, lleva aparejado el incumplimiento de la prohibición de despedir, sobre cuya duración se guarda silencio y, sobre todo, la expresión entrecomillada utilizada para impedir el despido, diversa de los términos comúnmente empleados en los compromisos de empleo aplicados en los ERTE de pandemia y subsistentes en los ordinarios pospandemia.

Sobre los efectos del incumplimiento y plazo, el silencio legal puede superarse con una tácita remisión al régimen común de los ERTE, en cuyo marco actúa la previsión, aun abriéndose un nuevo foco de inseguridad jurídica. De ser así, la norma no tendría más objeto que reconocer de modo explícito pero prescindible las relacionadas con la guerra en Ucrania como causas justificativas de una regulación temporal de empleo, sin reproducir

ni modificar sus reglas, en cuyo caso la consecuencia del incumplimiento de la prohibición de despedir durante los seis meses siguientes a la finalización del ERTE sería el reintegro de las exenciones aplicadas a las cuotas sociales. Conclusión consecuente con el fundamento de la medida antevista: el ERTE comporta apoyos públicos en forma de reducción de cotizaciones y, ya se dijo, quieren evitarse despidos en empresas receptoras de recursos públicos destinados a superar sus crisis con medidas alternativas.

Pero cabe otra opción: al margen del elocuente aviso a las empresas y el efecto disuasorio en relación con el despido, ¿quiere la redacción legal atribuir un tratamiento realmente más riguroso al mantenimiento del empleo en el ERTE causado por la guerra en Ucrania? La expresión “no podrán utilizar estas causas para realizar despidos” respecto de la contenida en los arts. 47 y 47 bis ET (“mantenimiento del empleo de las personas afectadas”) permite cuestionar si la invasión de Ucrania transforma y agrava la calificación del despido adoptado tras un ERTE, en los discrepantes términos judiciales anticipados, para sostener que los despidos por causas relacionadas con la guerra justificativas del ERTE con bonificación de cuotas se quieren nulos, valorando el despido como una decisión empresarial contra legem o en fraude de ley.

La técnica legislativa adolece de una ambigüedad e indefinición aparentemente buscadas a la luz del aludido debate judicial, obviando una buena ocasión para aclarar la calificación del despido. Ambigüedad que suscita inseguridad jurídica ante las posibles impugnaciones judiciales de los trabajadores despedidos. Sigue abierta, pues, la interpretación hasta sentarse criterio jurisprudencial, tras las esperables lecturas opuestas de empresas y Administración.

En todo caso, no parece suficientemente justificado ese eventual mayor rigor para el ERTE adoptado por causas relacionadas con la invasión de Ucrania, ni razonable, en general, establecer una suerte de automatismo entre el incumplimiento del compromiso de empleo y la calificación de nulidad o improcedencia del despido objetivo dentro de los seis meses siguientes a la finalización del ERTE. El ERTE ordinario, en el que se integra el causado por la invasión, solo condiciona expresamente a la garantía de empleo la consolidación de los beneficios de cotización anudados a aquel, como prueba el hecho de que los ERTE no bonificados quedan al margen de dicho compromiso. Así, cuando se obtienen beneficios de cotización, el despido debiera ser susceptible de calificarse como procedente, improcedente o nulo en función de la acreditación o no de causa legal y, por tanto, de la interpretación judicial de las reglas estatutarias y procesales aplicables a las circunstancias del caso, asumiendo que la existencia o no de justa causa para despedir es independiente del posible reintegro de las ayudas que, ahora sí, es un efecto ope legis. Si en los ERTE COVID se establecía como medida extraordinaria el compromiso de la empresa de mantener el empleo en el plazo de seis meses desde la reanudación de la actividad, con las aludidas discrepancias judiciales, tal medida excepcional ya no se expresa en los ERTE ordinarios más que para justificar la devolución de las ayudas, de modo que vincular devolución e inexistencia de causa de despido merecería mayor claridad legal o la expresa calificación de los ERTE de guerra como un nuevo régimen excepcional de regulación temporal de empleo.

Por lo demás, el compromiso de mantenimiento del empleo deja a salvo circunstancias acreditativas de causas objetivas ajenas a las justificativas del ERTE y no relacionadas con la invasión, así como de trabajadores no afectados por el ERTE o de empresas no acogidas a apoyo público. Precisamente en relación con el concepto de “apoyo público”, vuelven a suscitarse dudas. En los ERTE ordinarios, el apoyo remite básicamente a las exenciones en la cotización, pero la utilización de esa expresión en el contexto del RDL, que omite toda alusión a exenciones, cuestiona si quedan afectadas otras medidas así calificadas precisamente en la norma (créditos extraordinarios, por ejemplo), amplificando la prohibición de despedir. Desde luego, el término apoyo público permite introducir algo distinto de meros beneficios en materia de cotización y de ayudas directas que usa el primer párrafo del art. 44, en otro nuevo foco de incertidumbre que además nos situaría, para producir efectos laborales, fuera del marco jurídico-laboral.

3. Como conclusión, más dudas

A la vista de lo expuesto, cuesta extraer una lectura coherente e integrada de las dos garantías del empleo previstas en el RDL 6/2022, más allá del reiterado mensaje a las empresas que atraviesan por dificultades derivadas de los efectos económicos y sociales de la guerra en Ucrania de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna frente a los ajustes de plantilla y, en todo caso, de no solapar ambos recursos cuando se perciben ayudas públicas. Si el incumplimiento de la prohibición de despedir conlleva en la primera medida el reintegro de las ayudas, la segunda omite ese efecto, aun implícito en el régimen propio del reiterado artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la DA 44.10 de la Ley General de Seguridad Social; por ello, su objetivo puede ser, más claramente, prohibir en las empresas incursas en regulación temporal de empleo la utilización del despido por causas relacionadas con la guerra, vinculando al órgano judicial a tenerlo por nulo y sin efectos, independizando las reglas comunes de los ERTE de esta medida extraordinaria prevista para las consecuencias de la invasión de Ucrania. De nuevo, habrá que estar atento a la doctrina judicial para superar las deficiencias normativas que, probablemente más intencionadas que casuales, dejan un espacio de inseguridad jurídica que no favorece la confianza de los operadores socioeconómicos en las técnicas diseñadas para la recuperación de esta situación de crisis.

Novedades legislativas durante los meses de febrero, marzo y abril 2022

España

1. [Resolución de 3 de febrero de 2022](#), del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.
2. [Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero](#), por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

El primer grupo de estas ayudas tiene como objetivo facilitar la reactivación de la actividad de los autónomos y, de forma análoga a lo que se hizo a partir de octubre, se establecen exoneraciones en las cotizaciones sociales durante los próximos cuatro meses. En concreto, a los trabajadores autónomos que venían percibiendo hasta ahora las prestaciones extraordinarias asociadas a la pandemia del Real Decreto-ley 18/2021, se les aplicará una exoneración de su cotización a la Seguridad Social del 90% en marzo, del 75% en abril, del 50% en mayo y del 25% en junio. Para recibir estas exoneraciones en la cotización, los trabajadores autónomos deberán permanecer en alta en el correspondiente régimen especial de la Seguridad Social hasta el 30 de junio de 2022.

El segundo grupo de ayudas está enfocado a autónomos que afrontan situaciones especiales: por un lado, a los afectados por la suspensión de actividad por la pandemia y, por el otro, a aquellos perjudicados por la erupción volcánica en La Palma. En el caso de aquellos autónomos que tengan una suspensión temporal de toda la actividad como consecuencia de resolución de la autoridad competente como medida de contención de la propagación del virus COVID-19, recibirán una prestación extraordinaria, por una cuantía del 70% de la base mínima de cotización. También contarán con exoneración de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el periodo se le contará como cotizado. Será compatible con ingresos del trabajo por cuenta ajena hasta 1,25 veces el SMI.

Prórroga ERTE-COVID. Asimismo, en la Disposición adicional primera se regula la **transición a los nuevos expedientes de regulación temporal de empleo de los artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores**, en virtud de la cual los ERTE vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se prorrogarán automáticamente hasta el 31 de marzo de 2022. Asimismo, se prorrogarán hasta el 31 de marzo de 2022 los ERTE vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley y que hubiesen sido autorizados con base en lo dispuesto en los artículos 2 y 5.1 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, incluidos los autorizados con arreglo a la disposición transitoria única de la misma.

En este sentido, se elaboró la siguiente Nota Jurídica analizando las prórrogas de los ERTES y los nuevos porcentajes de exoneración de cuotas a la seguridad social.

3. **Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo**, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector. Este real decreto-ley moderniza y amplía el concepto de actividad artística haciendo referencia a las "actividades culturales en el ámbito de las artes escénicas, audiovisuales y musicales", con lo que elimina el concepto desfasado de "artistas en espectáculos públicos". Además, se mejora el régimen indemnizatorio de estos contratos. La cuantía se unifica a **12 días** para todos los colectivos. Esta cuantía se incrementa a **20 días cuando la duración del contrato exceda de 18 meses**.
4. **Resolución de 7 de abril de 2022**, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.
5. **Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo**, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

La citada norma incorpora una serie de medidas de apoyo al tejido económico y empresarial, de carácter energético, laborales, tributarias, sobre arrendamientos de vivienda, y de propiedad intelectual, entre otras, encaminadas todas ellas a paliar los efectos derivados del conflicto armado entre Rusia y Ucrania, que analizamos en esta Nota Jurídica.
6. **Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo**, de ordenación e integración de la Formación Profesional. Una norma que tiene por objeto la constitución y ordenación de un sistema único e integrado de formación profesional.
7. **Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo**, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje.
8. **Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril**, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.
9. **Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo**, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el presente ejercicio 2022.

En tramitación

Proyecto de Ley Reguladora de los Planes de Pensiones de Empleo. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado (19/04). Puedes consultar la Nota Jurídica al respecto [aquí](#).

Unión Europea

Personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados. Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados.

LA AUDIENCIA NACIONAL INDICA CÓMO IMPLANTAR UN REGISTRO DE JORNADA FIABLE, OBJETIVO Y AJUSTADO A DERECHO

Alejandro Pacios · Abogado

Sentencia de la Audiencia Nacional 22/2022 de 15 Feb. (Rec. núm. 356/2021)

1. La regulación del registro de jornada

La actual regulación del registro de jornada, recogida en 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 “Real Decreto-ley 8/2019”), no desarrolla de manera clara cómo y con qué medios ha de realizarse dicho registro, suscitando una importante inseguridad jurídica.

Respecto a este asunto, el apartado 2 del artículo 10 del Real Decreto-ley 8/2019 modifica el 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 “**Estatuto de los Trabajadores**”), añadiendo un nuevo apartado 9 en el que nuestro legislador se remite a la decisión acordada en sede de negociación colectiva sobre qué medios pueden utilizarse para llevar a cabo dicho registro (en la medida en que el texto legal tan solo indica que el registro debe llevarse a cabo diariamente y que ha de contener el momento de inicio y de fin de la jornada). Esto es, que se prevé como herramienta protagonista para cumplir con esta obligación la propia autorregulación a través del acuerdo de empresa o de la inclusión de esta materia en los convenios colectivos.

Como consecuencia de lo anterior, de esta falta de especificación podría deducirse válido cualquier instrumento o medio, ya sea en soporte papel o informático, capaz de proporcionar información fiable y no manipulable con posterioridad por parte del empresario o del trabajador para dar por cumplida la referida obligación.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional 22/2022 de 15 Feb. (Rec. núm. 356/2021)

Pues bien, la indeterminación anterior ha quedado reducida notablemente como consecuencia del reciente pronunciamiento de la Audiencia Nacional de fecha 15 de febrero de 2022 (la “**Sentencia**”), en el que se clarifican las condiciones exigibles a una empresa para cumplimentar, conforme a derecho, el registro de jornada diaria de sus trabajadores de manera fiable y objetiva.

El caso enjuiciado por la Audiencia Nacional atañe a un supuesto en el que se ven afectados aproximadamente unos 1.200 trabajadores de servicios a bordo de los trenes Renfe (“**SAB**”), pertenecientes a la contrata de Ferrovial Servicios, S.A. En dicho caso, el sistema de registro de jornada consiste en la firma en papel del trabajador en la hora predeterminada en los cuadrantes de servicio para su inicio, y en la fijación de tiempos previamente estimados para establecer el de fin de servicio.

A tenor de lo anterior la Sentencia indica que aunque la nueva redacción dada al Estatuto de los Trabajadores no especifique en qué soporte deben conservarse los registros de jornada, la lógica

de los tiempos y la era digital presenten la aplicación informática como mejor opción, ya que facilita con creces la puesta a disposición de estos datos tanto a los propios trabajadores como a sus representantes (la “RLT”) y a la Inspección de Trabajo de la Seguridad Social (la “ITSS”).

Consecuentemente, la Audiencia Nacional aclara que el hecho de que los trabajadores tan solo dispongan de un papel para firmar la toma de servicio y un horario predeterminado que presume el deje no cumple con los fines previstos en la norma (es decir, la vocación de un sistema de registro diario de jornada que incluya concretamente el horario de inicio y finalización del servicio, abarcando el cómputo de tiempo en que los trabajadores realizan actividad laboral real y no una mera estimación de dichos tiempos). Además, la Audiencia razona que el formato de papel tampoco asegura cumplir con la exigencia legal de que dichos datos sean conservados durante 4 años, tal y como establece el Estatuto de los Trabajadores con ocasión de la referida reforma.

Por estas razones, la Audiencia niega que el procedimiento de registro de jornada en este caso cumpla con los fines estipulados en la norma y, partiendo de dicho razonamiento, estima parcialmente la demanda en materia de conflicto colectivo presentada por el sindicato CGT e impone a la empresa la implantación, en el plazo de 30 días, de un sistema de registro de jornada fiable y objetivo (i) que compute el tiempo de trabajo efectivo en la jornada diaria de cada empleado SAB; y (ii) que sea accesible para los trabajadores, la RLT y la propia ITSS, (tal y como exige el Real Decreto-Ley 8/2019).

La referida demanda también solicitaba que se impusiera a la empresa una serie de obligaciones adicionales en relación con su sistema de registro de jornada consistentes en, por ejemplo, la inclusión de las horas trabajadas en los días libres, las horas y días de reserva, así como las prolongaciones de jornada de trabajadores a tiempo parcial (al considerarlas útiles para la verificación del tiempo de trabajo).

No obstante, la Audiencia Nacional desestima dicha petición al recordar el ya mencionado papel protagonista de la negociación colectiva sobre todas aquellas cuestiones no previstas en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, indicando que estas no pueden crearse *ex novo* por parte de un tribunal (sino que deben de ser fruto de un acuerdo de empresa o de la negociación colectiva). Es por ello por lo que la Audiencia, pese a admitir la utilidad de dichas medidas para ambas partes, niega su competencia para imponerlas, en la medida en que ello supondría un conflicto de intereses que ha de ser resuelto fuera de sede judicial, en línea con lo recogido en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 1086/2021, de 3 de noviembre (Rec. 31/2020).

3. Conclusión

En definitiva, con esta Sentencia la Audiencia Nacional ha esclarecido las dudas acerca de los medios adecuados para la implantación de un registro de jornada diaria fiable, objetivo y ajustado a derecho y, consecuentemente, ha reducido notablemente la inseguridad jurídica que generaba esta cuestión.

Añadido a lo anterior, y pese a que sigan sin especificarse los soportes que se deben emplear para llevar a cabo dicho registro, contamos ya con un precedente judicial sólido que provocará una clara inclinación de nuestros tribunales hacia la aplicación electrónica de dicha medida, al tratarse de una opción con mayores facilidades en cuanto a su acceso, disposición y conservación y, por lo tanto, más adecuada para cumplir con las obligaciones legales que impone el Real Decreto-ley 8/2019.

EL TRIBUNAL SUPREMO CONSIDERA ILÍCITO LA UTILIZACIÓN DE DATOS DE LA CUENTA CORRIENTE DE UNA EMPLEADA DE BANCA PARA JUSTIFICAR SU DESPIDO

Candela Calahorra de Grado · Abogada

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2022 (Rec. núm. 130/2019)

El Tribunal Supremo entra a valorar en esta sentencia cómo la utilización de datos personales y concretamente los datos de la cuenta corriente de una empleadora de banca no permiten justificar la procedencia de su despido.

Pues bien, en el presente supuesto la empresa, ante sospechas fundadas de conductas irregulares (e.g. faltantes de efectivo, cargo de domiciliaciones, traspasos entre cuentas, retrocesiones de comisiones etc.) realiza una auditoría interna mediante la cual confirma sus sospechas, justificando así el despido disciplinario de la trabajadora.

Ante esta situación la empleada presenta demanda, declarándose improcedente el despido reclamado en primera instancia. Ante dicho pronunciamiento, la empresa interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, órgano que desestima la demanda formulada por la trabajadora y declara la procedencia del despido disciplinario. No obstante, el meritado Tribunal concluye que, pese a considerar la procedencia del despido la auditoría realizada resulta no conforme a derecho. La empresa interpone así recurso de casación para la unificación de la doctrina con el objeto de dar validez a la auditoría efectuada y relativa a las averiguaciones realizadas.

En este caso, la sentencia del Tribunal Supremo analiza si una entidad bancaria puede utilizar su conocimiento sobre los datos de la cuenta corriente de una trabajadora para configurar prueba sobre los posibles incumplimientos laborales realizados.

Así, la Sala considera que, al no haber prestado consentimiento para el tratamiento de los datos bancarios, el banco no tendría legitimidad para poder acceder a los datos de la cuenta bancaria de la trabajadora y, por ende, cualquier posible tratamiento de datos resultará ilícito.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima así el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa, confirmando la sentencia de instancia, y fundamentando cómo la posibilidad empresarial de adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales de sus trabajadores se encuentra limitada por el derecho a la intimidad y protección de datos de los trabajadores.

Además, el Tribunal Supremo destaca cómo, la nulidad de pruebas obtenidas con lesión de derechos fundamentales no contagia la procedencia del despido al existir otras causas que permiten justificar el poder sancionador de la empresa. En este caso concreto, el Tribunal Supremo reitera lo establecido por el Tribunal Superior de Justicia y declara cómo la auditoría interna realizada por la entidad bancaria carece de todo amparo legal al no haber recabado el consentimiento previo de la titular de la cuenta bancaria, pese a ser la misma trabajadora de la empresa.

LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LO ESTABLECIDO EN LA LEY 10/2021, DE 9 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA

Eva Láuzara · Abogada

Sentencia de la Audiencia Nacional 44/2022 del 22 Mar. (Rec. núm.33/2022)

1. El acuerdo de trabajo a distancia

El acuerdo de trabajo a distancia ya estaba previsto en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, la necesidad de su aplicación en el contexto pandémico como medida de seguridad y prevención provocó la precoz creación de un cuerpo normativo que abordase la regulación del teletrabajo con las precisiones pertinentes: el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, conectado con el art. 5 RDL 8/2020, que otorgaba carácter preferente al trabajo a distancia durante la pandemia y que sería luego sustituido por la Ley 10/2021 de 9 de julio de Trabajo a Distancia (la “**Ley de Trabajo a Distancia**”). Paradójico resultado que propicia la aprobación de una norma para responder a la pandemia, dejando luego fuera de su aplicación al teletrabajo realizado por motivos COVID, y hasta tanto desaparezcan las medidas restrictivas de carácter sanitario.

Así, se establece la regulación del contenido y las características y requisitos fundamentales del acuerdo por el que se establece el trabajo a distancia, pero nada se prevé para los supuestos en los que el acuerdo suscrito entre empresa y persona trabajadora no cumpla con dicha regulación.

Si bien el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (la “**LISOS**”) establece en su artículo 7.1 como una infracción grave no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos, nada se regula en relación con los mecanismos de los que pueda hacerse valer la persona trabajadora que se vea perjudicada por la inadecuación del acuerdo respecto de la normativa de trabajo a distancia, en relación con las vías con las que esta cuenta para hacer valer sus derechos.

Con motivo de esta falta de regulación expresa, la reciente Sentencia 44/2022 del 22 de marzo de 2022 de la Audiencia Nacional declara la nulidad de ciertas cláusulas que, a pesar de haber sido aceptadas por el adherente, considera contrarias a la Ley de Trabajo a Distancia, declarándolas nulas, y otorga a las personas trabajadoras afectadas dos vías para hacer valer sus derechos.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional 44/2022 del 22 Mar. (Rec. núm. 33/2022)

La empresa Teleperformance Spain, S.L.U. ofreció al total de su plantilla que prestaba servicios en régimen de trabajo a distancia con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID-19 la posibilidad de regular dicha prestación de servicios mediante la adhesión de las personas trabajadoras a un acuerdo de trabajo a distancia. Así, un total de 1.029 personas trabajadoras se adhirieron a las condiciones de trabajo a distancia que ofrecía la empresa, las cuales, lejos de no suscitar

controversia, fueron impugnadas por cinco sindicatos que pedían la nulidad total o parcial de determinadas cláusulas del acuerdo.

Para este propósito, recordemos que la nulidad del contrato puede declararse en el caso en que éste resulte contrario a la ley, moral u orden público, tal y como señala el artículo 1.255 del Código Civil; o bien, si se establecen condiciones menos favorables o contrarias a las legales y convencionales, causa prevista en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, la Audiencia Nacional en el presente procedimiento se centra en determinar si las cláusulas impugnadas por los demandantes contravienen las disposiciones legales o convencionales en materia de trabajo a distancia y, por lo tanto, si es posible declarar la nulidad total o parcial de algunas de las cláusulas previstas para el acuerdo de trabajo a distancia de las personas trabajadoras.

Ante estos supuestos, en los que pueden haberse establecidos cláusulas contractuales que no dan cumplimiento a los requisitos legales o convencionales que conforman el trabajo a distancia, la Audiencia Nacional incorpora una novedad en materia de trabajo a distancia, estableciendo que las personas trabajadoras que resulten afectadas podrán reaccionar de dos maneras diferentes para hacer valer sus intereses: instando la resolución de su contrato conforme lo establecido en el artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, alegando incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, con derecho de la persona trabajadora a la indemnización señalada para el despido improcedente; reclamando la persona trabajadora el adecuado cumplimiento de las cláusulas contractuales, incluidos los daños y perjuicios que se hubieran podido ocasionar.

En cuanto a las cláusulas impugnadas por los demandantes, en primer lugar, en relación a la compensación por gastos incurridos por parte de la persona trabajadora a causa de la prestación de servicios en régimen de trabajo a distancia, el acuerdo de trabajo a distancia se remite al convenio sectorial -II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center- para establecer el mecanismo de determinación y compensación de dichos gastos, que no establece nada al respecto. Por tanto, habida cuenta de la obligación que impone la Ley de Trabajo a Distancia al empresario de sufragar estos costes, la remisión a un convenio sectorial sin previsiones al respecto es nula, puesto que esta falta de regulación por parte del convenio no impide al empresario desentenderse del cumplimiento de la ley.

En segundo lugar, también con motivo de incumplimiento de la Ley de Trabajo a Distancia, se declara nula una cláusula en la que se suprimía la provisión por parte del empresario de medios de trabajo previstos expresamente en aquella Ley para las personas trabajadoras que presten sus servicios bajo este régimen, concretamente, móvil y correo de empresa. La empresa tiene la obligación de dotarlos con el equipo pertinente y que éste sea universalmente accesible para los trabajadores en la misma condición de trabajo a distancia.

En tercer lugar, la Audiencia Nacional volverá a declarar la nulidad de una cláusula, pero esta vez con motivo de contravenir ciertas disposiciones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (la “LOPD”) y el Estatuto de los

Trabajadores, en lo que concierne al derecho a la desconexión digital. En esta ocasión, la cláusula preveía una excepción genérica de urgencia justificada que permitiese suspender de alguna manera este derecho a la desconexión, siendo ésta una situación que supusiese un perjuicio empresarial o del negocio a corto plazo. La nulidad viene dada, precisamente, por la generalidad de los motivos de urgencia, vulnerando el derecho a la desconexión digital fuera del tiempo legal convencionalmente establecido para quienes prestan servicios en régimen de trabajo a distancia. Es evidente, como dice la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que los derechos no son absolutos, pero a la hora de establecer las limitaciones en su ejercicio, ha de realizarse de forma restrictiva, impidiendo así el establecimiento de una excepción genérica de urgencia.

En una línea similar, *mutatis mutandis*, se declara nula la cláusula que preveía una autorización previa, pero genérica e incondicional, para que el Servicio de Prevención de Riesgos de la empresa pudiese entrar periódicamente en el domicilio de la persona trabajadora con un preaviso de siete días, al no ser la cláusula acorde con lo establecido en el artículo 16.2 de la Ley de Trabajo a Distancia. La nulidad viene determinada por la falta de especificación de la razón que conlleva dicho registro, la cual debe informarse por escrito y con carácter previo tanto a la persona trabajadora como a los delegados de prevención e, incluso si la persona trabajadora se negase a dicha entrada, ésta no podría llevarse a cabo.

El último motivo de valoración por parte de la Audiencia Nacional, se basa en un error conceptual grave del empresario, al establecer que la revocación del trabajo a distancia no conllevaría indemnización ni reparación de la empresa hacia la persona trabajadora. El error radica, como veníamos diciendo, en que el trabajo a distancia es un contrato de trabajo cuyo requisito ineludible es el consentimiento de las partes, por lo que el empresario no es quien autoriza este contrato, sino que es fruto de un acuerdo de voluntades reversible. Por lo tanto, ambas partes estarían legitimadas para revertir el contrato de trabajo a distancia, siendo así nula una cláusula general previa que haga renunciar a la persona trabajadora a sus derechos de los que dispondría por ser el empresario quien tome la decisión de revertir la prestación de servicios en régimen de trabajo a distancia y ésta fuese contraria a derecho.

En suma, en aplicación de lo establecido por la Audiencia Nacional en el presente procedimiento, la persona trabajadora tendría derecho a reclamar el cumplimiento de las cláusulas que contravengan lo establecido legal y convencionalmente así como a ser resarcida por los daños y perjuicios que se hayan podido producir, sin perjuicio de poder alegar incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte del empresario y solicitar la resolución del mismo, con idéntica indemnización a la establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente.

3. Conclusión

En definitiva, con esta Sentencia, la Audiencia Nacional mediante la valoración de la validez o la nulidad de ciertas cláusulas incorporadas en un acuerdo de trabajo a distancia, por no dar cumplimiento o contravenir los requisitos legales o convencionales que conforman el trabajo a distancia, establece dos posibilidades de actuación de la persona trabajadora que pueda verse

afectada, abriendo la vía de las personas trabajadoras de poder reclamar esa nulidad de la totalidad o de parte del clausulado de un acuerdo de trabajo a distancia.

Frente al incumplimiento de los requisitos legales o convencionales del trabajo a distancia, la persona trabajadora afectada podrá reaccionar bien instando la resolución de su contrato de trabajo por la vía del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, o bien accionando en reclamación del adecuado cumplimiento, pudiendo solicitar adicionalmente la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

Por último, ha de destacarse la repercusión de dicha Sentencia que, pese a ser susceptible de recurso, abre una nueva posibilidad para las personas trabajadoras en numerosos supuestos de falta de cumplimiento del empresario con las exigencias legales o convencionales en materia de trabajo a distancia y, en concreto, con lo previsto en los acuerdos de trabajo a distancia celebrados entre empresario y personas trabajadoras.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos como una medida bastante desproporcionada la extinción por la vía del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores por el hecho de que determinadas cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia puedan no ser conforme a la legislación actual, dado el grave perjuicio que puede suponer para el empresario, siendo quizá más ajustado, en aplicación del principio de proporcionalidad, la exigencia de la persona trabajadora del cumplimiento de la legislación por parte del empresario. Además, no parece asimilable la gravedad de estos comportamientos a la que va implícita en los incumplimientos empresariales previstos en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores.

Con todo, iremos viendo que resoluciones van adoptando nuestros tribunales al respecto.

IMPACTO DE LA SUBIDA DEL SMI EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Elena García González Valdizán · Abogada

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 74/2022 de 26 de enero de 2022, (Rec. núm. 89/2020)

1. El impacto de la subida del Salario Mínimo Interprofesional

El salario mínimo interprofesional “SMI” es la cuantía retributiva mínima o el valor del salario mínimo que recibe un trabajador por la jornada legal de trabajo, independientemente del tipo de contrato que tenga. Partiendo de esta definición, una de las cuestiones que suscita mayor controversia en la actualidad jurídica es cómo opera la subida del SMI en los salarios del convenio.

A este respecto se ha pronunciado el **Tribunal Supremo en la sentencia 74/2022 de 26 de enero de 2022**, a fin de esclarecer si puede la empresa compensar lo que abona a los trabajadores en concepto de trienios para garantizar la percepción del SMI que en el año 2019 el Real Decreto 1462/2018 de 21 de diciembre, fijó en 12.600 euros anuales o 900 euros mensuales.

Este litigio se enmarca en una demanda de conflicto colectivo que presenta la Associació Empresarial D’Economía Social (AEES) ante la subida del SMI de 2019 en relación al VII Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Talleres para Personas con Discapacidad Intelectual de Cataluña (“Convenio Colectivo del Sector”). El convenio referido, para el nivel de peón fija la retribución en dos conceptos: (i) salario base y (ii) plus de antigüedad por trienios, hasta un máximo de siete.

En el escrito de demanda la AEES solicitaba que se declarase judicialmente que la forma correcta para garantizar a los trabajadores peones la percepción del SMI fijado para 2019, era mediante la suma del SMI específico de dicha categoría y los trienios de los trabajadores y, sobre el resultado obtenido, complementar en la cantidad que resultase necesaria hasta alcanzar el importe del SMI. La demanda fue estimada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 22 de octubre de 2019 (Sentencia núm. 15/2019) que entendió que la interpretación que hizo la AEES sobre el Real Decreto 1462/2018, era la correcta. Contra dicha sentencia, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores interponen recurso de casación.

La controversia jurídica que se plantea en la sentencia es cómo garantizar la percepción del SMI a los trabajadores en el marco del convenio colectivo de referencia. Concretamente, qué cantidad debe tomarse como punto de referencia para comprobar si el salario percibido por los mismos garantiza el mínimo legal exigible o no, en cuyo caso, debería de complementarse hasta alcanzarlo. La AEES y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entienden que debe tenerse en cuenta el salario específico de la categoría (salario base) y sumar a dicha cantidad lo que cada trabajador percibe por trienios. A diferencia de lo que sostienen, los sindicatos consideran que únicamente debe tenerse en cuenta el salario específico de la categoría.

Pues bien, el Tribunal Supremo, ratifica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y establece que, para garantizar la subida del SMI del 2019, en aplicación del Real Decreto 1462/2018, habrá que tomar como cuantía de referencia la suma del salario base más los trienios. Todo ello, con base a lo establecido en los artículos 26.5 y 27.1 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 (“ET”) y, en especial, el apartado 3º de la Disposición Transitoria Única del RD 1462/2018, y los apartados 2 y 3 del artículo 3 del mencionado Real Decreto.

Entiende el Alto Tribunal que los anteriores preceptos no ofrecen dudas interpretativas y que es correcta la hermenéutica que sigue el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para garantizar la percepción efectiva establecida como SMI en supuestos en los que los trabajadores, en virtud del convenio colectivo perciban salarios que en su conjunto y cómputo anual sean inferiores a los fijados en el SMI. Sostiene el Tribunal Supremo que, tal y como prevé el artículo 27.1 del ET, la revisión del SMI no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios del convenio colectivo siempre que estos en cómputo anual y en su conjunto sean superiores a dicho SMI. Esto es lo que ocurre en este supuesto examinado en tanto los trabajadores del Convenio Colectivo del Sector percibirían la cantidad de 12.600 euros por todos los conceptos. En caso contrario, la revisión del SMI tendría un efecto multiplicador sobre los convenios colectivos que estableciesen salarios inferiores al SMI.

Por último, sobre la prohibición de absorción de los convenios colectivos, el Tribunal Supremo establece que, dado que el artículo 7 del VII Convenio Colectivo del Sector, no prohíbe la compensación y absorción de los incrementos del SMI y únicamente prohíbe las revisiones del propio Convenio Colectivo, es posible aplicar el mecanismo de la compensación y absorción.

2. Conclusión

La sentencia aporta claridad y permite concluir que cabe la compensación y absorción de los complementos heterogéneos siempre que no lo prohíba el Convenio Colectivo o una norma con rango de ley. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 272/2022 de 29 marzo 2022, Rec. 162/2019, en este caso, incluyendo las rentas variables.

Por último, existe otro pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo, la sentencia núm. 295/2022 de 1 de abril de 2022, Rec. 60/2020 que, todavía no ha sido publicada al cierre de esta edición, no obstante, su fallo ha sido adelantado en prensa. En esta sentencia el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse en una cuestión de índole similar, esta vez disponiendo que deben excluirse los complementos extrasalariales en la suma previamente mencionada, para estimar si efectivamente el salario percibido por los trabajadores se encuentra por encima del SMI o debe complementarse hasta alcanzarlo. A salvo de una lectura más atenta, parece que puede inferirse de esta última resolución, puesta en relación con las anteriores, que para el cómputo del SMI y su afectación a los salarios profesionales ha de tenerse en cuenta no solo el salario base sino todos los conceptos salariales previstos en convenio, con la sola excepción de las percepciones extrasalariales.

Coordinadora de la Newsletter

Yolanda Valdeolivas García
Of Counsel de Laboral
yvaldeolivas@perezllorca.com
Tel: +34 91 389 01 80

Pérez-Llorca

Sede

Castellana 50
28046 † Madrid

Paseo de la Castellana, 259 A
28046 † Madrid

—
Diagonal 640, 8º A
08017 † Barcelona

—
4th floor, 17 Hill Street
London W1J 5 LJ

—
375 Park Avenue, 38th floor
10152 † New York

