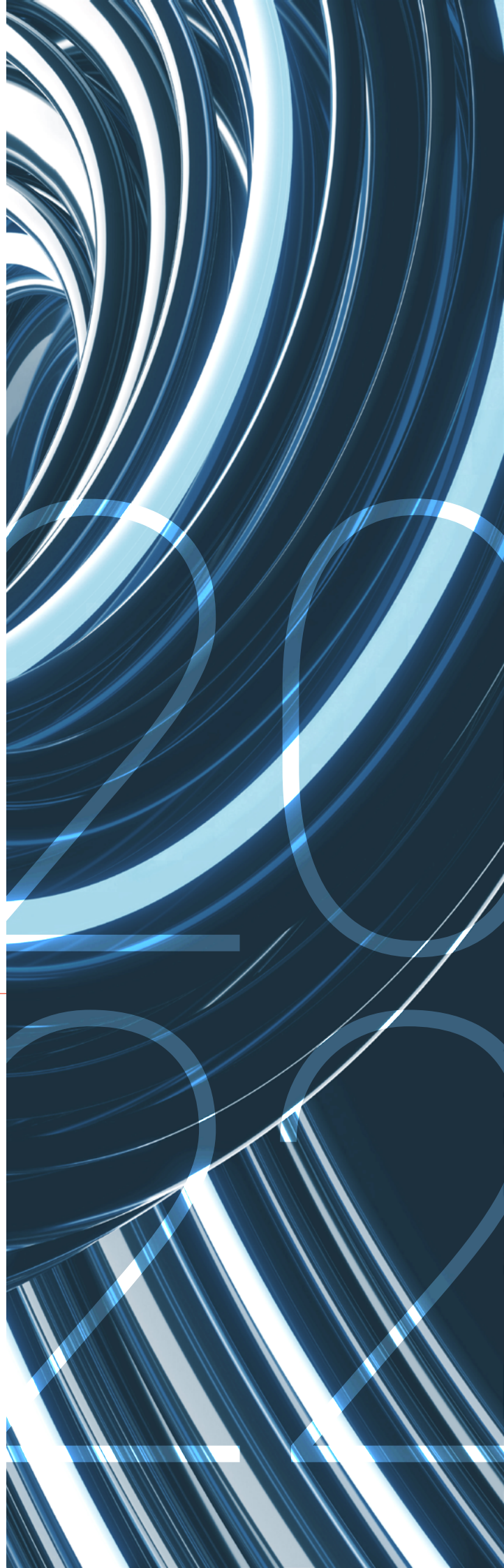


Pérez-Llorca

Newsletter
**Laboral,
compensación
y beneficios**

ENERO 2023



Índice

ARTÍCULO DOCTRINAL

La interpretación del trabajo a distancia por los tribunales españoles /3

NOVEDADES LEGISLATIVAS

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo reitera las diferencias existentes entre la cesión ilegal de trabajadores y la externalización lícita de actividad /11

A vueltas con la teoría del vínculo en relación con el régimen de retribución de los administradores y su deducibilidad respecto del Impuesto de Sociedades /13

La existencia de cesión ilegal de trabajadores, aun cuando existen mandos intermedios en la cedente con apariencia de poderes directivos /16

Primeros pronunciamientos judiciales sobre la nueva Ley 15/2022 y la enfermedad como causa de discriminación /20

Sobre la validez de diversas cláusulas de un acuerdo de trabajo a distancia /22

ARTÍCULO DOCTRINAL

La interpretación del trabajo a distancia por los tribunales españoles

Jaime Fernández-Durán | Abogado

Hace más de un año que la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (Ley de Trabajo a Distancia) fuera publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), respondiéndose así a una realidad en la que el trabajo a distancia se extendía y normalizaba sin contar con un marco legal que lo regulara.

Según se desprendía de la propia Exposición de Motivos de la Ley de Trabajo a Distancia, el objetivo de dicha norma era proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada que diera respuesta a las necesidades nacidas de la proliferación de esta modalidad de organización del trabajo.

Más allá de tratar de paliar el vacío normativo existente, la Ley de Trabajo a Distancia daba a la negociación colectiva la consideración de *instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos*.

No obstante lo anterior, y pese a lograr configurar un marco legal destinado a regular el trabajo a distancia, la integración de la norma en los sistemas de trabajo implementados en las organizaciones empresariales no ha estado ausente de conflictividad y, en consecuencia, de pronunciamientos judiciales.

El objetivo del presente artículo es destacar resoluciones judiciales que se entienden de especial interés y que pueden ayudar a conformar una visión del modo en que se están resolviendo aquellas dudas que han ido surgiendo en las organizaciones empresariales.

1. Sobre el abono de ayudas a la comida durante la prestación de servicios a distancia

Uno de los elementos que más debate ha generado desde que el trabajo a distancia se implementara como sistema de organización habitual ha sido la obligación de abonar conceptos relativos a ayudas a la comida durante las jornadas en que no se prestan servicios desde el centro de trabajo.

Si bien los pronunciamientos judiciales más relevantes al respecto se produjeron con motivo de la situación originada por el Covid-19, momento en el que muchas compañías implementaron modalidades de trabajo a distancia y cesaron en el abono de determinados conceptos como las ayudas a comida o los tickets restaurante, resultan de interés a efectos de constatar la importancia de la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo y la necesidad de mantener las mismas condiciones laborales para aquellos trabajadores que prestan sus servicios a distancia.

Por un lado, se destaca el contenido de la [sentencia núm. 1132/2021](#) del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2021, y la [sentencia núm. 1002/2021](#) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 11 de junio de 2021.

Estas resoluciones abordaban supuestos en que las empresas suprimieron conceptos -ayudas a comida y *tickets* restaurante- que venía percibiendo el personal que prestaba servicios de manera presencial tras la implementación temporal de sistemas de trabajo a distancia, por considerar que se trataban de conceptos vinculados a la prestación de servicios en el centro de trabajo.

En ambos supuestos, los órganos judiciales encargados de resolver sobre el conflicto reconocieron el derecho de los empleados a continuar percibiendo los importes que se dejaron de abonar cuando pasaron a prestar servicios a distancia.

Para fundamentar dichas decisiones se acudió al contenido de los convenios colectivos de aplicación y a la regulación que en estos se hacía de los conceptos objeto de conflicto, concluyendo que en su redacción no se vinculaba la percepción de los importes a la prestación de servicios presenciales.

Por otro lado, por el contrario, la [sentencia núm. 196/2021](#) de la Audiencia Nacional, de 22 de septiembre de 2021, resolviendo sobre un supuesto similar, validó la decisión de una empresa de cesar en el abono de una ayuda a la comida durante el tiempo en que se pasó a prestar servicios a distancia.

Del mismo modo que sucedió en las resoluciones previamente indicadas, en este caso, la Audiencia Nacional también recurrió al contenido del convenio colectivo de aplicación y concluyó que, en ese caso, la compensación sí se contemplaba exclusivamente para aquellos supuestos en que se prestaban servicios presencialmente.

Así pues, si bien se podría validar una situación en la que los trabajadores que prestaran sus servicios a distancia no percibieran determinados conceptos asociados al trabajo presencial, será necesario que dicha circunstancia se encuentre prevista en el convenio colectivo de aplicación.

2. Sobre el abono de ayudas al transporte durante la prestación de servicios a distancia

Cuestión que también ha sido objeto de numerosos conflictos es la relativa al abono de las ayudas al plus transporte, tratándose de un debate respecto del que sí parece haberse alcanzado una conclusión común.

Las resoluciones judiciales que han afrontado este debate también parten de la regulación que se realiza del concepto concreto en los convenios colectivos de aplicación, siendo que, con carácter general, el tratamiento que se da al plus transporte es muy similar, otorgándole carácter extrasalarial y vinculándolo al efectivo desplazamiento al centro de trabajo.

Se pueden destacar, entendiéndolas ilustrativas a estos efectos, la [sentencia núm. 514/2022](#) del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2022, y la [sentencia núm. 157/2021](#) de la Audiencia Nacional, de 30 de junio de 2021.

Estas resoluciones trataron supuestos en los que se dejó de abonar el plus de transporte a aquellas personas trabajadoras que pasaron a prestar servicios a distancia, en los que incluso se habían formalizado acuerdos individuales de teletrabajo en los que no se preveía la exclusión del plus de transporte y se indicaba que se mantendrían las mismas condiciones laborales que para la modalidad de trabajo presencial.

Los órganos judiciales entendieron que el plus de transporte constituye un plus extrasalarial ligado al desplazamiento que se efectúa hacia el centro de trabajo, lo que implica que pueda dejar de ser percibido cuando se prestan servicios a distancia.

3. Sobre los accidentes sufridos durante la prestación de servicios a distancia

La Ley General de la Seguridad Social¹ determina que se presumen como accidentes de trabajo las lesiones que sufran las personas trabajadoras durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

Lógicamente, cuando una persona preste sus servicios en modalidad de trabajo a distancia el tiempo y el lugar de trabajo se corresponderá con aquel que transcurre en su domicilio o el lugar designado a dichos efectos.

Esta circunstancia ha sido tratada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres en su [sentencia](#) de 26 de octubre de 2022 (autos 273/2022), en la que se ha conocido de un supuesto en el que una empleada que prestaba sus servicios desde su domicilio sufrió una caída al volver del servicio para retomar sus tareas, situación que resultó en una incapacidad temporal.

El órgano judicial declaró que la anterior situación constituye un accidente de trabajo, recurriendo a la presunción previamente referida y argumentando que

¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; artículo 156.3: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”.

“Nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica, oficina o tienda”, concluyendo que la prestación de servicios desde el domicilio por la trabajadora no podría suponer su desprotección en ese sentido.

El anterior pronunciamiento sigue la línea de otros como los de la sentencia núm. 1075/2020 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 15 de septiembre de 2020, o de la sentencia núm. 875/2022 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de enero de 2022, en las que se consideró como accidente de trabajo los infartos ocurridos en sus domicilios en tiempo de trabajo.

No obstante, existen pronunciamientos en sentido contrario a los anteriores, como es la sentencia núm. 988/2022 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 25 de febrero de 2022, en la que se analizó el supuesto de una empleada que sufrió una lesión en su hombro y se determinó que no se había acreditado que la lesión ocurriera en tiempo y lugar de trabajo.

En definitiva, este tipo de supuestos quedarán supeditados a la capacidad probatoria de las partes en el marco de los procedimientos judiciales que se pudieran originar, siendo que las empresas podrían ver limitada esta capacidad probatoria al depender únicamente su conocimiento de la información que pudiera proporcionar la persona trabajadora en cada caso concreto.

4. Sobre las desconexiones que impidan el adecuado desarrollo del trabajo a distancia

Uno de los elementos que comúnmente son objeto de negociación en el marco del trabajo a distancia, ya fuera individual o colectivamente, es el relativo al tiempo de trabajo y a las desconexiones que impiden el normal desarrollo de la prestación de servicios bajo este régimen.

En algunos de estos acuerdos se pacta que el tiempo en que se produzcan desconexiones que impidan la prestación de servicios por la persona trabajadora no computaría como tiempo efectivo de trabajo, debiendo ser recuperado con posterioridad o, en su defecto, descontado.

Se trata de una problemática que ya fue resuelta por la Audiencia Nacional en su sentencia núm. 104/2021 de 10 de mayo de 2021, que, entre otras cuestiones, resolvió sobre la consideración como tiempo de trabajo de aquellos periodos en que se produjeran desconexiones que impidieran la prestación de servicios y que fueran ajenas a la persona trabajadora -cortes en el suministro de luz o conexión a internet, por ejemplo-.

La Audiencia Nacional declara que el tiempo en que tengan lugar ese tipo de desconexiones ajenas a la persona trabajadora ha de ser considerado como tiempo efectivo de trabajo, con base en las siguientes razones:

- a. Ese tipo de desconexiones en el centro de trabajo no implicaría que los trabajadores presenciales tuvieran que pasar a prestar sus servicios en otro momento, por lo que no podría existir consecuencia distinta para los trabajadores a distancia.
- b. El principio de ajenidad en los medios de la relación laboral implica que cualquier funcionamiento defectuoso de los mismos, por causa no imputable a la persona trabajadora, deba ser imputable a la empleadora, siendo esta quien tiene la obligación de proporcionar los medios para la realización del trabajo.
- c. El hecho de que formalmente sea la persona trabajadora o un tercero, distintos del empleador, el que concierte el contrato de suministro no implica la exoneración de la empleadora de sus obligaciones.

Si bien, se debe tener en consideración que la Audiencia Nacional resuelve lo precedente atendiendo a que se trata de desconexiones no imputables a la persona trabajadora. Cuestión distinta, por tanto, serían aquellos supuestos en que una empresa constatará periodos de inactividad o desconexión en la jornada laboral de un empleado.

Un supuesto como este último resuelve la [sentencia núm. 26/2022](#) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de enero de 2022, que declaró la procedencia de un despido disciplinario basado en la desconexión reiterada e injustificada de la persona trabajadora al prestar servicios a distancia.

Determina el órgano judicial que la trabajadora habría infringido su obligación de realizar sus funciones durante la totalidad de su jornada con motivo de los amplios periodos de inactividad por desconexión, atentando así contra las reglas de la buena fe y diligencia que han de primar en cualquier relación laboral, lo que lleva a validar el despido disciplinario de la empresa.

5. Sobre la no reincorporación a la prestación de servicios presenciales cuando así es requerida la persona trabajadora

Ligado a esas medidas disciplinarias que una empleadora puede adoptar frente a los trabajadores que no prestan sus servicios conforme a lo requerido, una duda suscitada habitualmente es la relativa al empleado que no se reincorpora a prestar servicios presencialmente cuando así le corresponde.

Sobre ello trata la [sentencia núm. 345/2021](#) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22 de enero de 2021, que analiza un supuesto en que un empleado no se reincorpora a su puesto de trabajo presencial tras serle requerido expresamente por su empleadora.

En el caso concreto, existiendo una política de trabajo a distancia en la compañía, al trabajador demandante se le reconocieron temporalmente y por acuerdo individual unas condiciones superiores y adaptadas a su especial condición familiar.

Tras concluir el periodo para el que se pactaron esas especiales condiciones, la empresa requirió a su empleado que volviera a prestar servicios en el régimen aplicable al resto de la plantilla, por el que debía acudir varios días a prestar servicios de manera presencial.

Desde ese momento se suceden varias comunicaciones entre las partes en las que el trabajador puso de manifiesto la imposibilidad de volver a dicho régimen presencial con motivo de sus especiales circunstancias personales y la compañía le informaba que el no acudir a su puesto de trabajo sería considerado como un abandono de este.

Así pues, una vez se produjo la no reincorporación del empleado a su puesto con carácter presencial, la empresa procedió a dar de baja al trabajador por ese supuesto abandono del puesto de trabajo y, por tanto, como causa de extinción se indicaba la baja voluntaria del empleado.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró que la extinción de la relación laboral era constitutiva de un despido improcedente, dado que no existió por parte del empleado una voluntad clara e inequívoca de extinguir su contrato de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, se indica que la falta de reincorporación efectiva al centro de trabajo, incumpliendo los requerimientos de su empleadora, constituirían inasistencias que debían ser valoradas y, en su caso, permitirían a la empresa aplicar la sanción laboral que pudiera estimar oportuna.

Atendiendo a la fundamentación efectuada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no procedería equiparar la ausencia de reincorporación al puesto presencial con un abandono del puesto de trabajo, salvo voluntad clara e inequívoca por parte del trabajador, debiéndose examinar la posible aplicación de medidas disciplinarias conforme al convenio colectivo de aplicación o el Estatuto de los Trabajadores.

6. Sobre la definición de los días de trabajo presencial por la empresa y la posibilidad de requerir la prestación presencial de servicios

Tanto en este punto como en los sucesivos se tratarán determinadas cuestiones que han sido resueltas por la Audiencia Nacional en su relevante [sentencia núm. 144/2022](#), de 10 de noviembre de 2022 (objeto de un comentario jurisprudencial

posterior dentro de esta misma Newsletter, que complementa algunas cuestiones de la resolución).

En el procedimiento de conflicto colectivo del que deriva la anterior resolución se impugnaron determinadas cláusulas del acuerdo individual y colectivo de teletrabajo implementado en la empresa.

En el presente apartado nos referiremos al debate surgido en torno a una cláusula que preveía que: (i) fuera la empresa quien definiera los días concretos en que se prestarían servicios presencialmente; y (ii) se requiriera a la persona trabajadora para que acudiera presencialmente al centro de trabajo, sin que los días de teletrabajo en que se tuviera que acudir al centro debieran ser sustituidos, desplazados, acumulados o compensados.

“Los 2 días de presencia semanal en el centro de trabajo, serán definidos por el Manager de la persona trabajadora conjugando las necesidades de la Unidad/Empresa con las del equipo/persona trabajadora.

No obstante, lo anterior, la Empresa podrá requerir a la persona trabajadora su incorporación de forma presencial, bien para atender las gestiones propias de su puesto, bien para otro tipo de tareas (asistencia a reuniones, formación, sustitución de compañeros de baja o de vacaciones, imprevistos como averías o dificultades técnicas en los equipos, materiales o programas informáticos proporcionado por la Empresa, variaciones de actividad, por ejemplo, por colaboración en proyectos transversales..., etc.). En estos casos, la Empresa/Gestor lo comunicará a la persona trabajadora con la máxima antelación posible.

En el caso que la persona trabajadora deba acudir al centro de trabajo en los días en teletrabajo, estos días no podrán ser sustituidos, desplazados ni acumulados; no generarán indemnización o compensación alguna ni supondrá una modificación sustancial de las condiciones de trabajo”.

Respecto de lo anterior, la Audiencia Nacional concluyó lo siguiente:

- a. Posibilidad de definir los días de trabajo presencial por la empresa.

Se entiende que el hecho de que sea la empresa -en este caso, el Manager- quien determine los días concretos de trabajo presencial no desvirtuaría el acuerdo de voluntades, tomando en consideración que el número de días sí habría sido pactado por las partes y que la necesidad de presencialidad iría ligada a las exigencias organizativas de la compañía, cuestión que se enmarcaría en el poder de dirección del artículo 20² del Estatuto de los Trabajadores.

- b. Posibilidad de requerir a la persona trabajadora para prestar servicios presencialmente en sus días de teletrabajo.

Se valida que se pueda requerir a la persona trabajadora para acudir de forma presencial en caso de que se produzcan circunstancias que precisen de su presencia física y que no hayan sido previstas inicialmente, entendiendo que la no inclusión de un plazo fijo de preaviso deriva de la imprevisibilidad de dichas circunstancias.

- c. No sustitución o compensación del día de teletrabajo no disfrutado.

La Audiencia Nacional no valida esta previsión, entendiendo que la misma es contraria a la Ley de Trabajo a Distancia dado que esta exige acuerdo entre empresa y trabajador respecto del porcentaje de presencialidad³ y la previsión impugnada alteraría el porcentaje pactado con base en una decisión unilateral de la empresa.

¹ Artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores: “El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”.

² Artículo 8.1 de la Ley de Trabajo a Distancia: “La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Esta modificación será puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras”.

En conclusión, aquellos días de trabajo a distancia que pudieran no ser disfrutados con motivo de la decisión unilateral de la empresa, deberían poder ser recuperados por la persona trabajadora.

7. Sobre la necesidad de compensar los gastos vinculados al trabajo a distancia

En el supuesto analizado por la citada sentencia núm. 144/2022 de la Audiencia Nacional se incluía en el acuerdo individual de teletrabajo una cláusula que indicaba que la prestación de servicios a distancia no generaba ningún gasto para la persona trabajadora y que, en caso de que se produjera, quedaría compensada con el ahorro producido a través de dicha modalidad de prestación de servicios.

En definitiva, no se regulaba el pago a la persona trabajadora de ningún importe en concepto de gastos por el trabajo a distancia.

La Audiencia Nacional declara la nulidad de la cláusula referida, por entender que la misma sería contraria al contenido del artículo 7⁴ de la Ley de Trabajo a Distancia, en tanto en cuanto dicho precepto incluye “una obligación expresa impuesta a la empresa de compensar de forma imperativa los gastos en que pudiera incurrir el trabajador”.

8. Sobre el modo de realizar la evaluación de riesgos del puesto de trabajo

El último aspecto que se quería destacar de la referida sentencia núm. 144/2022 de la Audiencia Nacional es en materia de Prevención de Riesgos Laborales, dado que se discute sobre la validez de una cláusula que prevé la realización de una autocomprobación por parte de la persona trabajadora cuando no se permita el acceso a la empresa al lugar de prestación de servicios.

“En todo caso, dada la dificultad de las inspecciones físicas y para el supuesto en que la persona trabajadora no permita el acceso de la Empresa a su lugar de Teletrabajo, la persona trabajadora manifiesta:

- Haber recibido por parte de la Empresa formación para realizar una autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para su prestación de servicios a distancia.

- Que, tras realizar dicha autocomprobación, el lugar designado para la prestación de servicios a distancia cumple con los requisitos necesarios, desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales, para el desempeño de sus actividades profesionales; y que ha sido debidamente informado por la Empresa de los riesgos que puede conllevar la actividad realizada durante el tiempo de Teletrabajo.

La persona trabajadora se compromete a cumplir y hacer cumplir todas las normas de seguridad y salud en el trabajo que legal o convencionalmente resulten de aplicación en cada momento, así como realizar aquellos cambios que puedan ser necesarios para que el lugar desde el que presta servicios a distancia cumpla con los requisitos de seguridad y salud”.

Entendiéndose por parte del sindicato demandante que la obligación de evaluación de la empresa quedaría diluida por la exigencia de autocomprobación a la persona trabajadora y que dicha previsión no debería ser válida, la Audiencia Nacional no comparte dicho argumento.

El órgano judicial otorga relevancia a que el primer método que se prevé para cumplir con las obligaciones en materia preventiva es el acceso por la empresa a la vivienda del trabajador con su consentimiento y que la posible autocomprobación se prevé únicamente como medio alternativo, entendiendo que la cláusula cumple con las exigencias previstas en la Ley de Trabajo a Distancia.

4 Artículo 7.b) de la Ley de Trabajo a Distancia: “Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación”.

9. Conclusiones

Las resoluciones judiciales previamente destacadas son claro ejemplo de que nos encontramos ante un contexto nuevo en el marco de las relaciones laborales, lo que lleva implícito que exista incertidumbre en torno a la implementación y regulación del trabajo a distancia en las organizaciones empresariales.

Se deduce la vital importancia de la negociación en la regulación del trabajo a distancia, siendo necesario realizar un análisis de cada una de las medidas cuya implantación se pretenda con el objeto de regularlas de un modo claro y conforme a las obligaciones legales existentes.

Tratándose de una materia en plena evolución, es vital atender a las decisiones que los tribunales hayan venido adoptando respecto de los debates que han surgido, así como respecto de los debates que seguirán surgiendo en el futuro.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Trabajadores. Régimen especial del mar. Bases de cotización SS 2023

[Orden ISM/25/2023, de 13 de enero](#), por la que se establecen para el año 2023 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero.

Incapacidad temporal. Gestión

[Orden ISM/2/2023, de 11 de enero](#), por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

Incentivos a la contratación y protección social a las personas artistas

[Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero](#), de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

[VER AQUÍ NOTA JURÍDICA →](#)

Seguridad social. Incapacidad temporal

[Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre](#), por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

Seguridad Social. Contabilidad

[Resolución de 29 de diciembre de 2022](#), de la Intervención General de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones contables en materia de reintegro de pago indebido de prestaciones económicas de la Seguridad Social.

Formación profesional

[Resolución de 1 de diciembre de 2022](#), de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establecen, en su ámbito de gestión, determinadas medidas en materia de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, para la iniciativa de formación programada por las empresas en el ejercicio 2023.

Proyectos y proposiciones de ley:

Proyecto de Ley de Empleo

[Texto remitido por el Congreso de los Diputados.](#)

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo reitera las diferencias existentes entre la cesión ilegal de trabajadores y la externalización lícita de actividad

Blanca Nieto | Abogada

› Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, número 805/2022 de 4 de octubre de 2022 (Rec. 2498/2021)

En primer lugar, es preciso destacar que el fenómeno de la externalización de actividades es muy común en el ámbito empresarial. Así, con mucha frecuencia las empresas se ven en la necesidad de contratar a una segunda sociedad (empresa contratista) para que realice ciertas tareas, tareas que pueden resultar o no inherentes al proceso productivo de la empresa principal. Lógicamente, la empresa contratista requiere para ello de mano de obra que, al menos formalmente, debe considerarse propia. No obstante, si la empresa contratista se limita a poner su plantilla a disposición de la empresa principal, omitiendo cualquier tipo de deber empresarial con sus trabajadores al tiempo que tampoco pone en juego su estructura organizativa, lo que comenzó como una conducta permitida pasa a convertirse en un comportamiento fraudulento.

Así, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante el “ET”) sanciona la conducta de quienes contratan trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas sin estar constituidas como empresas de trabajo temporal. Además, como se señalaba anteriormente, la norma presume que estamos ante una cesión ilegal cuando *“el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*.

Sobre este aspecto se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en adelante el “TS”) en repetidas ocasiones⁵, destacando que la cesión ilegal requiere la coordinación de tres negocios jurídicos distintos: (i) un acuerdo entre las empresas cedente y cesionaria en la que la primera proporcione a los trabajadores, cuyo verdadero empresario será la segunda; (ii) un contrato de trabajo simulado entre la empresa cedente y el trabajador; y (iii) un contrato efectivo de trabajo entre el trabajador y la empresa cesionaria, para quien presta verdaderamente servicios y a cuyo poder empresarial se encuentra sujeto.

Pues bien, en la reciente sentencia del TS, número 805/2022 de 4 de octubre de 2022, el Tribunal analiza una serie de elementos que le llevan a concluir que, en el caso en cuestión, estamos ante una externalización lícita de actividad.

La controversia tiene su origen en la impugnación ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla (en adelante “JS”) de un despido por parte de un trabajador de una empresa de transportes (empresa contratista), trabajador que, a su vez, solicita la declaración de cesión ilegal de trabajadores entre su empleadora y la sociedad con la que esta tenía suscrito un contrato de prestación de servicios de transporte (empresa principal). Más concretamente, en la instancia se declaró probado que:

- (i) el trabajador venía prestando servicios para la empresa contratista desde 2015 como conductor;
- (ii) en 2015, las empresas contratista y principal (ambas dedicadas al transporte de mercancías) suscribieron un contrato de prestación de servicios de transporte y entrega de mercancías, cuyo ámbito territorial sería la provincia de Sevilla;

⁵ STSS de 19 de junio de 2012, RcuD 2200/2011; de 11 de julio de 2012, RcuD. 1591/11; y de 11 de febrero de 2016, RcuD. 98/2015.

- (iii) en virtud del citado contrato, la contratista debía poner a disposición de la principal siete vehículos debidamente identificados con el logotipo de la empresa principal y dotados de conductores habilitados, que serían designados y remunerados por la contratista. Asimismo, se recogía que la empresa principal podía vetar a los conductores y exigir su reemplazo;
- (iv) la empresa principal indicaba a los trabajadores de la contratista los destinos y rutas a través de una herramienta electrónica usada como terminal de comunicación, que también controlaba los repartos y las entregas;
- (v) en un procedimiento de liquidación, la Inspección de Trabajo derivó responsabilidad entre la empresa contratista y la principal, por entender que existió entre ambas una subcontratación de propia actividad (artículo 42 ET); y
- (vi) en el año 2017, la contratista comunica al trabajador demandante que va a acometer un despido colectivo que afecta a la totalidad de su plantilla debido, entre otros motivos, al cierre de la empresa y a la resolución del contrato de prestación de servicios que tenía suscrito con la empresa principal.

Estos hechos motivan la declaración en la instancia de la improcedencia del despido del trabajador, no así la existencia de una cesión ilegal. Lo anterior se sostiene en base a que el JS entiende que no se ha acreditado que la empresa principal hubiese ejercido verdaderamente funciones de dirección empresarial propias de una relación laboral con el trabajador, estimando razonable que la principal pusiese a disposición de la plantilla de la contratista un terminal de comunicación por cuestiones relacionadas con el cumplimiento efectivo de las obligaciones de la principal con sus clientes finales, además de por motivos de confidencialidad.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la sentencia finalmente recurrida ante el TS, confirma el criterio del JS. No obstante, resulta curioso que en un supuesto de hecho muy similar -que incluso involucraba a las mismas empresas demandadas, vid. STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015, Rec. 2256/14, citada de contraste por el trabajador recurrente-, esta misma Sala estimase la existencia de cesión ilegal, aun cuando la empresa contratista contaba con estructura empresarial y utilizaba vehículos propios para prestar los servicios demandados.

Declarada la existencia de contradicción entre la sentencia de contraste y la recurrida, el TS unifica su doctrina al respecto y concluye que no se ha producido cesión ilegal alguna. En este sentido, el TS declara que el elemento decisivo para discernir si estamos ante un supuesto de cesión ilegal o de descentralización productiva lícita es la concurrencia o no de una situación de mero suministro de mano de obra sin que la empresa contratista ponga en juego su estructura u organización empresarial, limitándose, por tanto, a ofrecer una mera apariencia de empleadora.

Lo anterior lleva al TS a concluir que en el caso estudiado la empresa contratista no se limitaba a suministrar mano de obra, dejando en manos de la principal el ejercicio de las facultades ordinarias de dirección, sino que:

- (i) los vehículos son aportados y mantenidos por la contratista, de los que además posee la plena disposición;
- (ii) ambas empresas son reales y cuentan con estructura propia, hecho que se ve fuertemente respaldado por la propia Inspección de Trabajo, que derivó la responsabilidad de la empresa principal a partir del artículo 42 ET (lícita subcontratación de propia actividad) y no del artículo 43 ET (cesión ilegal);

¹ Por todas, vid. SSTS de 17 de septiembre 2014 (rec. 2069/2013), de 22 de diciembre 2014 (rec. 1452/2013) y de 22 de octubre 2005 (rec. 3054/2014).

² Vid. SSTS de 18 de noviembre de 1982 (RJ 1982/4563), de 18 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6845) y de 28 de abril de 1987 (RJ 1987/2816).

³ Vid. SSTS de 11 de junio de 1983 (RJ 1983/2998), de 20 de octubre de 1986 (RJ 1986/6660), de 13 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6338), de 27 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7130) y de 23 de febrero de 1990 (RJ 1990/1215).

- (iii) a mayor abundamiento, la eventual carencia de personal de conducción en la empresa principal, lejos de ser un indicio de cesión ilegal, prueba que dicha actividad ha sido válidamente externalizada; y, por último,
- (iv) no quedó acreditado por parte de trabajador que la empresa contratista careciese de clientela al margen de la empresa principal, ni que haya existido una confusión de plantillas o ejercicio de los poderes de organización y dirección de los trabajadores de la contratista por parte de la empresa principal.

En definitiva, se puede afirmar que esta sentencia, que asienta el criterio del TS en materia de cesión ilegal de trabajadores en el sector del transporte, aporta claridad y seguridad jurídica en lo relativo a las contrataciones y su ejecución por parte de las empresas principal y contratista, analizando los requisitos y condiciones que permiten identificar la existencia de una lícita subcontratación de obras y servicios entre dos empleadores.

A tal fin, más allá de que la apariencia externa de la prestación de servicios por parte de la contratista pueda llevar a pensar que se trata de la empresa principal misma, lo que el TS manifiesta que debe valorarse principalmente es si la empresa contratista cuenta con una estructura empresarial propia que, además de involucrar a la plantilla, le permita desempeñar por cuenta propia la actividad subcontratada, asumiendo el riesgo empresarial de la actividad y, con ella, las facultades inherentes al empresario en su faceta de empleador.

En definitiva, como señala el TS en la sentencia comentada, una interpretación excesivamente apegada a criterios formales podría poner en riesgo una actividad perfectamente lícita como es la externalización productiva, por la creencia de que cualquier “cesión indirecta” de trabajadores debe ser considerada ilegal.

A vueltas con la teoría del vínculo en relación con el régimen de retribución de los administradores y su deducibilidad respecto del Impuesto de Sociedades

Eva Láuzara González | Abogada

- › Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante “AN”) de 3 de octubre de 2022 (Rec. 541/2019)

La sentencia referenciada y que se comenta a continuación vuelve a abordar una materia compleja, pero muy presente en la realidad de las relaciones laborales, y sometida a una valoración con frecuencia muy casuística, en la que el tratamiento fiscal aplicado a las retribuciones viene condicionado por la calificación laboral o no del vínculo entre administrador social y sociedad.

El origen de la Sentencia tiene como antecedente inmediato, en este caso, la interposición de un recurso contencioso administrativo por parte de Empark Aparcamientos y Servicios, S.A. (en adelante, la “Sociedad”) -dominante de un grupo compuesto por seis sociedades- contra (i) la desestimación presunta de las reclamaciones económico-administrativas planteadas por la Sociedad ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (“TEAC”), relativas a sendos acuerdos de liquidación y de imposición de sanción dictados por la Agencia Tributaria (“AT”) a colación de la declaración del Impuesto de Sociedades (“IS”) de los ejercicios 2010 y 2011; y, tras su resolución expresa por parte del TEAC, (ii) contra la Resolución de 29 de junio de 2020.

Entre las cuestiones que se plantean está la relativa a la deducibilidad de las retribuciones de los consejeros de la Sociedad. En concreto, la Resolución de 29 de junio de 2020 estimó la deducibilidad de la retribución del director financiero por tratarse de un trabajador -si bien concurría también en él la condición de vocal del Consejo de Administración de la Sociedad-, no así la de los cuatro consejeros que realizaban funciones ejecutivas para la Sociedad, con base en que:

- (i) las funciones de consejero absorben las funciones de alto directivo por aplicación de la doctrina de la teoría del vínculo;

- (ii) el cargo de consejero no era retribuido según los estatutos;
- (iii) no quedó acreditado que esos cuatro consejeros hubiesen desempeñado funciones distintas a las propias como consejeros; y que, por ello
- (iv) la retribución satisfecha responde a una liberalidad, de modo que no es fiscalmente deducible.

Lo anterior motivó la declaración de nulidad parcial de los acuerdos de liquidación y sanción por parte del TEAC en lo referido al consejero-trabajador ordinario y la ratificación del criterio de la AT respecto de los consejeros ejecutivos.

El TEAC razona que las retribuciones de los consejeros ejecutivos llevan aparejados los efectos propios de la teoría del vínculo, de modo que su deducibilidad queda supeditada al cumplimiento de la normativa mercantil (art. 217 LSC), a saber:

- (i) que los estatutos sociales reconozcan el sistema retributivo de los consejeros -lo que en el caso estudiado no sucedía-, pues de lo contrario el cargo de consejero será gratuito;
- (ii) que dicho sistema retribuido sea aprobado por la junta general de socios -hecho que sí sucedió- o por el socio único; y
- (iii) que el consejo de administración asigne, dentro del sistema aprobado por la sociedad, las retribuciones a cada uno de sus miembros.

Por su parte, la Sociedad defiende la deducibilidad de las retribuciones del resto de consejeros en su escrito de ampliación del recurso contra la resolución expresa de 29 de junio de 2020. Así, incluso en el caso en que se entienda que las retribuciones llevan anudados los efectos propios de la teoría del vínculo -de modo que no coexista una dualidad de relaciones (la de consejero con la de alto directivo)-, entiende que la ausencia de previsión estatutaria no debe impedir la aplicación del sistema retributivo de los consejeros, en la medida en que:

- (i) todos los socios conocían y consintieron durante un periodo de tiempo el abono de las retribuciones, lo que ha generado con el tiempo una confianza legítima en los consejeros de que tenían derecho a percibirlas;
- (ii) los socios estaban plenamente informados sobre el sistema retributivo de los administradores, ya que habían sido expuestas en la Junta General de Accionistas de 17 de diciembre de 2009;
- (iii) las funciones ejecutivas atribuidas a los consejeros lo eran en virtud de sus respectivos contratos; y
- (iv) la reforma de la LSC de 2014 distingue entre dos clases de remuneraciones: (1) las configuradas en beneficio de los administradores en su condición de tales y (2) la de los consejeros ejecutivos, por ejercer las funciones relacionadas en el artículo 249 LSC. Es importante matizar que, a juicio de la AT -motivo por el cual, entre otros, impone los acuerdos de liquidación y de sanción recurridos-, la Sociedad yerra al distinguir las funciones del mero consejero y las del consejero ejecutivo, pues esta diferencia no existe al no tratarse de categorías diferentes y separadas, en la medida en que *“aunque no todo mero consejero es consejero ejecutivo, todo consejero ejecutivo es mero consejero”* (Fundamento Jurídico Quinto).

En suma, la cuestión debatida se centra en la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los consejeros ejecutivos los cuales también realizaban funciones de alta dirección. Con respecto a la teoría del vínculo, la AN indica que la AT se equivoca en su aproximación, en la medida en que la coincidencia en un consejero de la condición de tal con la de alto directivo no debe llevar a la aplicación automática de la teoría del vínculo, sino que puede suceder que las funciones como consejero ejecutivo sean distintas a las de alto directivo -y que, con ello, las retribuciones reconocidas en la relación laboral de alta dirección no deban considerarse como pago a sus funciones como consejero-.

Sentado lo anterior, a juicio de la AN, el razonamiento de la AT incurre en un déficit de motivación, ya que únicamente se centra en el hecho de que en los estatutos sociales el cargo de consejero no era retribuido, deteniendo el análisis en esta constatación, sin entrar a analizar si se ha cumplido la finalidad de la norma mercantil -i.e., la transparencia en el seno de la Sociedad- al retribuir a los consejeros.

Pues bien, como la propia AN ha determinado en distintas sentencias, el hecho de que el sistema retributivo conste en los estatutos responde a una necesidad informativa y de control por parte de los socios, a fin de que los administradores no abusen de su posición fijando retribuciones elevadas en perjuicio de la sociedad. No obstante, si a pesar de que no conste estatutariamente la existencia de un sistema retributivo para los administradores los socios lo conocen y consienten -e.g., mediante acuerdo adoptado en Junta General por mayoría cualificada-, se entiende cumplido el fin de la norma. Considerar lo contrario incurriría en un abuso de formalidad en perjuicio de los administradores, quienes se verían privados de su retribución a pesar de haber sido consentida por los socios, por el mero hecho de no constar expresamente en los estatutos, elemento formal que no parece deba prevalecer sobre el aspecto material.

Con el anterior argumento, la AN estima el recurso interpuesto por la Sociedad y considera deducibles por el Impuesto de Sociedades las retribuciones de los consejeros, deducciones inicialmente denegadas, de manera que revoca los acuerdos de liquidación y sanción emitidos frente a la Sociedad. En primer lugar, resuelve que, en aquellos casos en los que el sistema retributivo no conste expresamente en los estatutos, la Administración no puede limitarse a señalar una infracción de la normativa mercantil por las retribuciones abonadas a los consejeros retributivos sin valorar previamente la transparencia del sistema retributivo frente a los socios. En segundo lugar, en cuanto al argumento de fondo, la Sala entiende que los socios eran perfectos conocedores del sistema retributivo de los consejeros, pues fue una cuestión discutida en la Junta General Extraordinaria celebrada el 17 de diciembre de 2009 y ninguno de ellos realizó reserva o manifestación alguna. Por ello, determina como gasto deducible las retribuciones de los consejeros en la declaración del Impuesto de Sociedades, con independencia de la previsión estatutaria en materia retributiva.

Conclusión

En la Sentencia objeto de este comentario, la AN ahonda en la casuística existente en materia de permisibilidad de las deducciones de las retribuciones de consejeros en el IS cuando, pese a que los estatutos sociales guardan silencio al respecto, es claro que los socios han decidido concederla -y, además, cuentan con toda la información necesaria para ello.

Con base en el criterio de la Sentencia, que no entra a valorar la decisión del TEAC de considerar deducible la remuneración del consejero con funciones de director financiero en su faceta de trabajador ordinario, las remuneraciones de los consejeros serán deducibles en el IS siempre que se satisfaga el fin último de la normativa societaria, fundamentado en la transparencia informativa en relación con el sistema de retribución de los consejeros para con los socios de la sociedad.

Con todo, habrá que seguir atentos a la cuestión y a los argumentos judiciales contenidos en futuras resoluciones de nuestros tribunales al respecto, pues como bien recuerda la AN, el debate en torno a la teoría del vínculo y el concepto de liberalidad sigue pendiente de clarificación por el Tribunal Supremo (v.gr., AATS de 29 de junio de 2022, y de 13 de julio de 2022).

La existencia de cesión ilegal de trabajadores, aun cuando existen mandos intermedios en la cedente con apariencia de poderes directivos

María Olabarría Álvarez | Abogada

› Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de octubre de 2022 (Sentencia 4853/2022, Rec. 3069/2022)

En fecha 25 de octubre de 2022, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (“TSJ de Galicia”) desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, afirmando que existía una cesión ilegal de mano de obra operada en la prestación de servicios por parte de D. Julia (en adelante, la “Trabajadora”) como empleada de Tecnologías y Servicios Agrarios, S.A. (“TRAGSATEC”) y previamente, Transformaciones Agrarias, S.A. (“TRAGSA”) en favor de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda de Galicia.

En el caso concreto enjuiciado la Trabajadora venía prestando servicios como auxiliar técnico para TRAGSA desde el 6 de julio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2008 a través de diversos contratos temporales de duración de obra o servicio determinado, y posteriormente, como auxiliar administrativa para TRAGSATEC desde el 1 de enero de 2009, también a través de contrato temporal de obra o servicio determinado.

Pues bien, en febrero de 2005, se elaboró encomienda de gestión para la prestación de asistencia técnica en el control, archivo y seguimiento de expedientes de evaluación e impacto ambiental que desenvuelve la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental de la Junta de Galicia. Por orden de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Galicia, se ordenó a TRAGSA la realización de esta asistencia técnica. En concreto, a lo largo de varios años se le ordenó a TRAGSA (i) la asistencia técnica para la realización de los trabajos de seguimiento y control de regeneración de suelos y espacios en la Comunidad Autónoma de Galicia, (ii) la asistencia técnica para el control, archivo y seguimiento en materia de residuos; (iii) el análisis, gestión y control de expedientes de suelos contaminados, productores y gestores de residuos, prevención y control integrado de contaminación, entre otras.

Más adelante TRAGSATEC pasó a encargarse de la encomienda de gestión prestando servicio técnico cualificado para el análisis, gestión y control de expedientes de productores y gestores de residuos y la implantación, gestión, ejecución y seguimiento de las líneas estratégicas del PXURG, así como asistencia para la elaboración del plan de gestión de residuos industriales de Galicia. A estos efectos cabe destacar que al momento de dictar sentencia la Trabajadora prestaba servicios para TRAGSATEC.

En este sentido, y a efectos de proceder posteriormente al análisis jurídico, es necesario destacar el modo en el que se prestaban los servicios por parte de TRAGSA y TRAGSATEC, los cuales eran prestados por la Trabajadora. En concreto, las funciones desempeñadas por la Trabajadora consistían en tramitar y resolver los expedientes de solicitudes de traslados trasfronterizos de residuos, realizando las siguientes actuaciones:

- Revisaba diariamente la plataforma GaiA (eResiduos) para dar contestación a las notificaciones previas para los traslados de residuos y la consiguiente aprobación de las notificaciones en estado “pendiente” de la administración, encargándose en el caso de tener que rechazarlas de dar remisión a las empresas.
- Llevaba a cabo la actualización de las solicitudes de contactos creadas por las empresas inscritas en el Registro General de Productores y Gestores de Residuos de Galicia de la plataforma GaiA.
- Prestaba asistencia telefónica y por email sobre la tramitación de expedientes y las consultas relacionadas con la producción y gestión de residuos en Galicia.

Novedades jurisprudenciales

- Se encargaba de los expedientes de valorización y almacenamiento de residuos peligrosos y no peligrosos, plantas móviles y transmisión de autorizaciones de gestión de residuos, así como de preparar los datos para el traslado de residuos (asignación de números para cubrir los documentos de identificación que tienen que acompañar a los vehículos en el traslado).
- Se encargaba del envío y gestión de notificaciones electrónicas fidedignas a través del Sistema de Notificación Electrónica de Galicia (“Notific&”), las cuales constituían evidencias comprobables de la entrega por el emisor (el servicio de residuos) y la recepción por el destinatario.
- Se encargaba de resolver las incidencias recepcionadas diariamente en la cuenta de correo electrónico incidencias-gaia&xunta.gal tanto de las empresas como de soportegaia sobre contactos de gestores, productores, transportistas, etc. que están incorrectos o cambian.

La Trabajadora prestaba sus servicios en horario de mañana generalmente, salvo ocasiones puntuales en las que desempeñaba dichos servicios en horario de tarde. A estos efectos, los controles horarios y de presencia en el trabajo, así como las incidencias relacionadas con los mismos, eran realizados por TRAGSATEC, en un inicio mediante la firma manual por parte de la Trabajadora y a partir de 2019 a través de la intranet de la empresa.

Para la ejecución del trabajo la Trabajadora utilizaba el material proporcionado por la Junta de Galicia (ordenador, teléfono, material fungible), disponiendo de: (i) un usuario externo para acceder a la intranet de la Junta de Galicia con acceso a diferentes aplicaciones informáticas (TGSS, AEAT, CATASTRO, CENDES, PasaXel, etc.); (ii) un correo electrónico de la Junta de Galicia; y (iii) un número de teléfono y sistema Intercom incluido en el directorio de la Junta de Galicia Subdirección de Servicios.

Adicionalmente, la Trabajadora recibía las instrucciones de trabajo de la Subdirección General de Residuos, sin reportar actividad diaria al coordinador de la encomienda de gestión, el cual pertenecía a la plantilla de TRAGSATEC. Eras así el jefe de servicio el que les asignaba los distintos trabajos tanto a ella como al personal funcionariado de la Junta.

En cuanto a la gestión de las vacaciones, la Trabajadora se coordinaba junto con el resto del personal del Servicio de Gestión de Residuos, solicitando posteriormente autorización de los días de vacaciones y permisos a TRAGSATEC a través de partes de justificación de incidencias que eran validados.

También resulta relevante a estos efectos destacar las siguientes circunstancias: (i) que TRAGSATEC ofrecía cursos de formación a los trabajadores, incluida la Trabajadora; (ii) que TRAGSATEC a través de un mando intermedio (coordinador) solicitaba a las personas que tenía contratadas, entre ellas la Trabajadora, una memoria final de los trabajos realizados; (iii) que TRAGSATEC se reunía exclusivamente con la Trabajadora para que le remitiese la memoria final, y para informarle a ella y al resto de trabajadores sobre los fichajes a realizar, festivos, vacaciones, prevención de riesgos laborales y necesidad de firmar adendas al contrato; (iv) que TRAGSATEC era quien ofertaba a la Trabajadora reconocimientos médicos y exámenes de vigilancia de la salud; (v) que TRAGSATEC amonestó a la Trabajadora en enero de 2020; (vi) que TRAGSATEC trasladó a la Trabajadora junto con el resto del personal desde la sede de la Consejería de Ambiente, Territorio y Vivienda de Junta de Galicia a un edificio de oficinas de TRAGSATEC situado en las dependencias de Meteogalicia, organismo dependiente de la citada Consejería.

Por último, cabe señalar que la Trabajadora prestó servicios en modalidad de teletrabajo desde marzo de 2020 mediante el acceso a internet a través de la VPN habilitada por la Agencia de modernización tecnológica de Galicia hasta el 16 de septiembre de 2021, fecha en la que inició una baja por incapacidad temporal y fue sustituida en sus funciones por una funcionaria de la Junta de Galicia.

Con base en las anteriores circunstancias, la **Trabajadora presentó reclamación previa y posterior demanda frente a la Consejería, TRAGSATEC y TRAGSA por fraude en la contratación temporal y cesión ilegal de mano de obra.**

En primera instancia, el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela estimó la demanda de la Trabajadora, declarando que existía una cesión ilegal de mano de obra en favor de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio y Vivienda, y el derecho de la misma a ser considerada parte del personal laboral indefinido no fijo de la Consejería, con antigüedad de 6 de julio de 2005, siéndole aplicable el convenio colectivo para el personal laboral de la Junta de Galicia.

Frente al pronunciamiento anterior que estimaba las pretensiones de la Trabajadora, TRAGSATEC y la Consejería acudieron en recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia, amparándose en la infracción del artículo 43 del ET sobre cesión ilegal.

Alcanzado el TSJ de Galicia, el mismo aprovechó la ocasión que brindaba el análisis del caso para realizar una interesante recopilación de los conceptos clave reiterados por la jurisprudencia en materia de cesión ilegal de mano de obra.

En primer lugar, recalcó que para apreciar la existencia de cesión ilegal no hay que centrarse en si las empresas son reales o ficticias, o en si las mismas tienen o carecen de una organización o infraestructura estable, sino que lo relevante es si esa organización se ha puesto en juego, o si, por el contrario, la misma limita su actividad al suministro de mano de obra para otras empresas que la utilizan como si fuera propia. En otras palabras, se pone el foco en la “*actuación empresarial*”, es decir, se entiende que hay cesión ilegal cuando se suministra mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman la estructura empresarial, pudiendo darse incluso entre empresas reales, cuando las mismas no actúan como tal al no implicar su organización y riesgos empresariales (“*doctrina del empresario efectivo*”).

Asimismo, se resalta que no es suficiente para eliminar el riesgo de cesión ilegal que exista un ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista si se llega a la conclusión de que el mismo no es más que un delegado de la empresa principal; no siendo tampoco suficiente para descartar esta cesión ilegal la presencia de mandos intermedios de la empresa cedente, cuando haya habido una abdicación por parte de la empresa contratista de sus facultades empresariales.

Así pues, para deslindar la legítima contrata, subcontrata o encomienda de gestión (artículo 42 del ET) de la cesión ilegal (artículo 43 del ET), debe prestarse atención, entre otros, a los siguientes elementos: (i) si el cesionario carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales de su explotación; (ii) si el cesionario no asume los riesgos del propio negocio; (iii) si el cesionario tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección de personal, entre otros.

En particular, la doctrina judicial utiliza la aplicación ponderada de diversos criterios complementarios con valor indicativo u orientador para trazar la línea entre ambas figuras: la justificación técnica de la contrata, la autonomía del objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista (que se pone de manifiesto con datos económicos como capital, solvencia, patrimonio, etc.). Dicha ponderación deberá hacerse de la posición empresarial en relación con el trabajador concreto, y no de manera general.

En definitiva, de acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluirán dentro de la categoría de subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 del ET, y los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubran una mera provisión de mano de obra se encuadrarán en la categoría de cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 del ET. Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda se deberá atender en cada caso a las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como cedente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas, perteneciendo el trabajador a la empresa en cuya esfera organicista, directiva y disciplinaria se encuentre integrado.

Todo lo anterior también se deriva de la estricta literalidad e interpretación del artículo 43 del ET, al señalar que se incurrirá en cesión ilegal cuando:

- El objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria.
- La empresa cedente carezca de actividad u organización propia y estable y no cuente con los medios necesarios para desarrollar su actividad.
- La empresa no ejerza funciones inherentes a su condición de empresario.

En consecuencia, diferenciar la descentralización productiva lícita del artículo 42 del ET de la cesión ilegal del 43 del ET resulta difícil, y más teniendo en cuenta que en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal para articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores. Por ello, habrá que atender a las particularidades del caso concreto para proceder a la distinción.

Pues bien, aplicando los criterios anteriores al presente caso, el TSJ de Galicia resuelve la controversia apoyándose en los siguientes hechos:

- La Trabajadora realizaba sus funciones en un espacio de la Junta de Galicia junto a personal de ésta (funcionarios).
- Los medios materiales con los que desarrollaba sus funciones en el Laboratorio propiedad de la Junta eran proporcionados por ésta. En concreto, la Trabajadora utilizaba el ordenador, teléfono y material fungible de la Junta, teniendo usuario externo para acceder a la intranet y sus diferentes aplicaciones informáticas, y correo electrónico de la Junta.
- Recibía órdenes e instrucciones directamente de la Junta. En particular, la Trabajadora recibía las instrucciones de trabajo de la Subdirección General de Residuos sin reportar su actividad diaria al coordinador de la encomienda, siendo el jefe de servicio quien le asignaba los trabajos.
- Sus vacaciones y permisos se autorizaban por la Junta de Galicia. La Trabajadora coordinaba sus vacaciones con el resto de personal de la Junta, y la autorización de TRAGSATEC era una mera autorización formal.
- Su centro de trabajo se mantuvo constante, desempeñando sus funciones en el Laboratorio de Sanidad y Producción Animal. Es decir, prestaba servicios en las dependencias de la Consejería de la Junta.
- Sus funciones fueron cubiertas por una funcionaria de la Junta durante la baja y la prestación de servicios en modalidad de teletrabajo la hacía utilizando la VPN puesta a disposición por la Junta de Galicia.

Por todo lo anterior, el TSJ de Galicia concluye que las encomiendas de gestión entre TRAGSA, TRAGSATEC y la Consejería (Junta de Galicia) debe calificarse como fenómeno de cesión ilegal, pues la Trabajadora ha permanecido dentro del ámbito de poder y dirección de la Junta de Galicia, que es la que en todo momento ha operado como su verdadero empresario, actuando TRAGSA y TRAGSATEC como empresarios meramente formales.

Por último, el TSJ recalca una cuestión importante sobre la existencia de puestos o mandos intermedios de la cedente, manifestando que:

“Si la cedente tiene cargos intermedios en la empresa que son meramente aparentes, formales, sin que puedan ejercer auténticas funciones directivas en el marco productivo, nos hallaremos -aquí sí- ante una cesión ilegal.”

A modo de conclusión, resaltar que la presente sentencia del TSJ de Galicia expande el concepto de cesión ilegal de trabajadores, pues pone el énfasis en la realidad empresarial, es decir, en si se suministra mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman la estructura empresarial, y no en si la empresa es ficticia o real, o si formalmente ejerce funciones como empresario.

Primeros pronunciamientos judiciales sobre la nueva Ley 15/2022 y la enfermedad como causa de discriminación

Paula Gaitán Ojeda | Abogada

Tras la publicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se han incorporado de manera expresa, entre las posibles causas de discriminación, la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. Estas causas, que han sido añadidas en el artículo 2, gozan de la protección de nulidad de pleno derecho propio de todas aquellas disposiciones actos o cláusulas que constituyan o causen discriminación.

A raíz de esta nueva inclusión, los juzgados y tribunales han empezado a analizar su impacto, que pueden resumirse en los siguientes términos:

› **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 16 de noviembre de 2022 (rec. 879/2022)**

Esta sentencia trata el caso del despido de un operario de producción que demanda a la empresa con la cual mantenía una relación laboral, solicitando la declaración de despido nulo y subsidiariamente improcedente.

El trabajador fue despedido en octubre de 2021 después de haber sufrido tres periodos de IT entre mayo y septiembre. Es importante destacar que el despido se produce antes de la entrada en vigor de la ley 15/2022.

La causa de la solicitud de nulidad se apoya en que el despido se produjo mientras el trabajador se encontraba en situación de IT y debe ser considerada asimilable a una discapacidad.

La sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid declara en instancia el despido improcedente y el Tribunal Superior entra a analizar la posible nulidad. Lo más destacable de la sentencia es que procede a valorar y justificar la no aplicación de la Ley 15/2022, por ser los hechos anteriores a la entrada en vigor de dicha norma y no existir previsiones que permitan la retroacción de los efectos⁶.

«La Ley, cuya disposición adicional décima fija como fecha de entrada en vigor el 14 de julio de 2022 (...) no contiene ninguna previsión que permita aplicar una retroacción de efectos, de manera que en las fechas anteriores rige la normativa antes referida con su interpretación jurisprudencial».

Asimismo, el segundo motivo que exponen es que no se considera probado que la baja médica fuera la causa de la decisión empresarial, por todo ello se desestima el recurso y la nulidad del despido.

› **Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022 (núm. 419/2022)**

En sentido contrario, el Juzgado de lo Social de Gijón, con base ahora en la Ley 15/2022, declara la nulidad del despido de una trabajadora pese a tratarse de un despido efectuado con fecha 8 de julio de 2022.

Los hechos impugnados conciernen a que en dicha fecha la trabajadora causó baja por IT derivada de enfermedad común y con una duración estimada de 90 días. En ese contexto, la empresa informa a la trabajadora de su intención de extinguir el contrato con la trabajadora y posteriormente volverla a contratar.

En la demanda se solicita la declaración de nulidad y subsidiariamente la de improcedencia apelando a lo dispuesto en la Ley 15/2022 de igualdad de trato y no discriminación.

⁶ La Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Vigo 13 de diciembre 2022 (núm. 473/2022) analiza un caso de despido posterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2022 y sí la aplica al concurrir indicios para considerar que el despido ha sido efectuado a causa de la enfermedad.

La consideración más importante que se realiza en la sentencia del Juzgado de lo Social es que la doctrina tradicional, la cual entendía que únicamente cabe la nulidad del despido de baja por enfermedad en supuestos equivalentes a la discapacidad (indicios fijados por el TJUE en el Caso Daouidi C-395/15) ha quedado superada por la Ley 15/2022.

«El panorama patrio debe ser objeto de una interpretación bien diversa con la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio. La misma predica en su artículo 26 la nulidad de pleno derecho de los actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley (artículo 26)».

También es destacable la distinción expresa entre la enfermedad como asimilada a discapacidad y en solitario por ello establece que:

«En cuanto a la enfermedad cabe destacar que, en este caso, no se exige ningún tipo de duración». Esto es, «la tradicional equiparación a la discapacidad a tenor de la duración deja de tener sentido, pues en sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo».

Es esencial poner de manifiesto que en la sentencia se hace mención a la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 30 de la Ley 15/2022:

«En una construcción muy similar a la inversión de la carga de la prueba en materia de vulneración de derechos fundamentales que el artículo 30 invierte la carga de la prueba, de modo que, si el trabajador aporta indicios de una discriminación, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.»

Finalmente, y siguiendo lo dispuesto en el artículo 27 de la misma Ley, a pesar de no solicitar indemnización alguna, el juzgado aprecia de oficio la misma y entiende ajustada a derecho una indemnización de 3.500 euros, equivalentes a tres meses de salario.

Por lo tanto, y según esta sentencia, la aplicación de la Ley 15/2022 supone una nulidad automática del despido cuando existan indicios de discriminación, debiendo ser la empresa la obligada a probar la causa.

Conclusión

Todavía es pronto para valorar la relevancia de esta normativa y la incidencia de esta última sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº1. El propósito de la ley es claramente evitar la discriminación activa hacia personas que sufran enfermedades o condiciones relacionadas con la salud, alejándola de la asimilación a la discapacidad.

Las sentencias son contradictorias en la aplicación de la norma previa a su vigencia. Mientras el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid considera que no se debe aplicar una Ley todavía no vigente y ni se plantea siquiera cuál sería la consecuencia de hacerlo, el Juzgado de lo Social nº1 de Gijón sostiene un planteamiento contrario.

Por todo ello, habrá que esperar a futuros pronunciamientos judiciales sobre esta materia para comprobar como avanza la interpretación de la Ley 15/2022 y se consolida la interpretación del más alto Tribunal tanto en lo relativo al ámbito temporal de aplicación como en lo que afecta a la consideración de nulidad automática en casos similares.

Sobre la validez de diversas cláusulas de un acuerdo de trabajo a distancia

Elena García González | Abogada

› Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, núm. 144/2022 de 10 de noviembre de 2022, Rec. 269/2020

1. El acuerdo de trabajo a distancia

A raíz de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/2020 de 22 de septiembre y posterior Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a distancia (“LTD”), la Audiencia Nacional (“AN”) se ha pronunciado en diversas ocasiones conformando así su doctrina en esta materia.

La AN en sentencia, núm. 144/2022, de 10 de noviembre de 2022, Rec. 269/2020, aborda aspectos relevantes en materia del teletrabajo como son (i) la voluntariedad y el consentimiento que requiere toda decisión del empresario y de la persona trabajadora para acogerse al teletrabajo; (ii) la asunción de los gastos que genera el teletrabajo y; (iii) la prevención de riesgos laborales en un ámbito no exento de dificultad, debido al desarrollo del trabajo en un lugar que escapa del directo control empresarial.

Este litigio se enmarca en una demanda de conflicto colectivo que presenta el Sindicato Independiente de Energía (SIE) a través de la cual impugna determinadas cláusulas del acuerdo individual de teletrabajo y correlativo acuerdo colectivo instaurado en el Grupo Endesa.

El SIE solicita que se declare la nulidad total de las cláusulas primera, sexta, novena y la nulidad parcial de la cláusula decimoprimer del acuerdo individual de teletrabajo y las concordantes del acuerdo colectivo; el derecho de los trabajadores a ser compensados por sus gastos de teletrabajo, con los efectos legales e inherentes a tales declaraciones así como el derecho a la realización de una evaluación con métodos alternativos en caso de ausencia de consentimiento sobre el acceso a su domicilio particular. Veamos más concretamente esos contenidos objeto de litigio.

- Pues bien, la cláusula primera establece el objeto del acuerdo individual (regular el teletrabajo) así como su distribución, siendo controvertida la previsión que establece que: (i) **los 2 días de servicios presenciales, serán definidos por el manager conjugando las necesidades de la empresa y del equipo de la persona trabajadora;** (ii) **la empresa podrá requerir a la persona trabajadora su incorporación de forma presencial para atender las gestiones propias de su puesto o para otro tipo de tareas comunicándolo con la máxima antelación posible y,** (iii) **en los casos en que la persona trabajadora deba acudir al centro de trabajo en los días en teletrabajo, estos días no podrán ser sustituidos, desplazados ni acumulados.**

La AN rechaza la nulidad de esta cláusula argumentando que, el hecho de que el manager decida los días concretos de prestación de servicios presenciales no desvirtúa el acuerdo (colectivo) de voluntades, y añade que la presencialidad ha de conjugarse con las necesidades organizativas de la empresa, que se enmarcan en las facultades del poder de dirección previsto en el artículo 20 del ET. Además, dispone que, es correcto establecer que se avisará al trabajador con la máxima antelación posible porque de producirse una situación imprevisible un plazo concreto vendría inoperante. Por el contrario, considera no ajustado a derecho el hecho de no permitir al trabajador compensar o recuperar aquellos días que trabaje presencialmente cuando debía prestar servicios a distancia en tanto vulnera el art. 8 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (“LTD”), alterando el porcentaje pactado para esta modalidad, y en consecuencia se declara nula la previsión mencionada sin que afecte al resto del redactado.

- Respecto de la cláusula sexta en la misma se establece que, “si fuera necesario, la persona trabajadora deberá acudir puntualmente al centro de trabajo al que actualmente está adscrito o al lugar que sea preciso para atender las gestiones necesarias, así como para otro tipo de tareas que le sean solicitadas por la Empresa.”

La Sala rechaza la pretensión de nulidad aduciendo los mismos argumentos utilizados para la anterior cláusula en tanto que su contenido es idéntico.

- Por otro lado, la cláusula novena prevé que: “ambas partes consideran que la persona trabajadora no incurrirá en gasto alguno por el hecho de prestar servicios en teletrabajo y que, de incurrir, éstos se ven plenamente compensados por los ahorros que esta modalidad laboral facilita.”

Pues bien, la AN establece que esa cláusula ha de reputarse nula en su integridad toda vez que incluir que la prestación de estos servicios no generará gasto alguno y que, en caso de producirse, quedará compensado con el ahorro que dicha forma de trabajo produce, vulnera el art. 7 de la LTD. Por otro lado, la AN rechaza también la petición del SIE de declarar “*el derecho de los trabajadores a ser compensados por sus gastos de teletrabajo, con los efectos legales inherentes a tales declaraciones*” ya que, según sostiene, corresponde a la negociación colectiva establecer la forma de compensación de los gastos derivados del teletrabajo si existieran y no hubieran sido o compensados o, en su caso, deberán los trabajadores reclamar de manera individualizada el abono de los gastos en que hayan incurrido por esa prestación de servicios a distancia, sin que quepa reconocer una compensación de gastos genéricos como se solicita en la demanda.

- Por último, se impugna la cláusula decimoprimera referida a que, dada la dificultad de las inspecciones físicas y para el supuesto en que la persona trabajadora no permita el acceso de la Empresa a su lugar de Teletrabajo, la persona trabajadora manifiesta haber recibido formación para realizar una autocomprobación en materia de prevención de riesgos laborales para su prestación de servicios a distancia y que, tras la misma, se entiende que el lugar designado para la prestación de servicios a distancia cumple con los requisitos necesarios, desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales, para el desempeño de las actividades profesionales, considerándose igualmente que la persona trabajadora ha sido debidamente informada por la Empresa de los riesgos que puede conllevar la actividad realizada durante el tiempo de Teletrabajo. La persona trabajadora se compromete a cumplir y hacer cumplir todas las normas de seguridad y salud en el trabajo que legal o convencionalmente resulten de aplicación en cada momento, así como realizar aquellos cambios que puedan ser necesarios para que el lugar desde el que presta servicios a distancia cumpla con los requisitos de seguridad y salud.

La Sala entiende que la metodología descrita cumple con las exigencias previstas en el art. 16 de la LTD y que no puede reputarse contrario a derecho que la persona trabajadora se comprometa a cumplir las normas de seguridad. Teniendo en cuenta que, conforme a lo ya expuesto, la empresa ha de sufragar los gastos de teletrabajo, con más razón parece venir exigido el deber de comprender en dichos gastos los que resulten precisos para cumplir la normativa de Prevención de Riesgos Laborales.

En consecuencia, la Sala estima parcialmente la demanda y declara nulas las siguientes disposiciones del acuerdo individual:

- (i) Párrafo de la cláusula 1 del acuerdo individual que establece: “*En el caso que la persona trabajadora deba acudir al centro de trabajo en los días en teletrabajo, estos días no podrán ser sustituidos, desplazados ni acumulados*”.

- (ii) Cláusula novena del acuerdo individual de teletrabajo que dispone: “A los efectos de lo previsto en el art. 7.b) y 12 de la Ley de Trabajo a Distancia, ambas partes consideran que la persona trabajadora no incurrirá en gasto alguno por el hecho de prestar servicios en teletrabajo y que, de incurrir, éstos se ven plenamente compensados por los ahorros que esta modalidad laboral facilita”.

2. Conclusión

La sentencia aporta claridad sobre la validez de ciertas cláusulas de los acuerdos de trabajo a distancia. Las más destacadas en este caso serían el hecho de que se estimarán válidas las cláusulas en las que se establezca que la empresa puede requerir al trabajador que acuda al centro de trabajo durante algún día fijado para teletrabajar siempre que existan razones justificadas y el trabajador pueda recuperar o compensar ese día. En sentido contrario, a través de esta sentencia se puede concluir que será nula cualquier cláusula que establezca que el trabajador deberá hacer frente a los gastos de teletrabajo.

Coordinadora de la Newsletter

Yolanda Valdeolivas | Of Counsel de Laboral
yvaldeolivas@perezllorca.com
T. +34 91 389 01 80

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

Copyright © 2023 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.



Pérez-Llorca

Castellana 50
28046 – Madrid

—
Castellana 259 A
28046 – Madrid

—
Diagonal 640, 8^ºA
08017 – Barcelona

—
17 Hill Street
W1J 5LJ – London

—
375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York

—
Rue Belliard 9
1000 – Brussels

www.perezllorca.com

