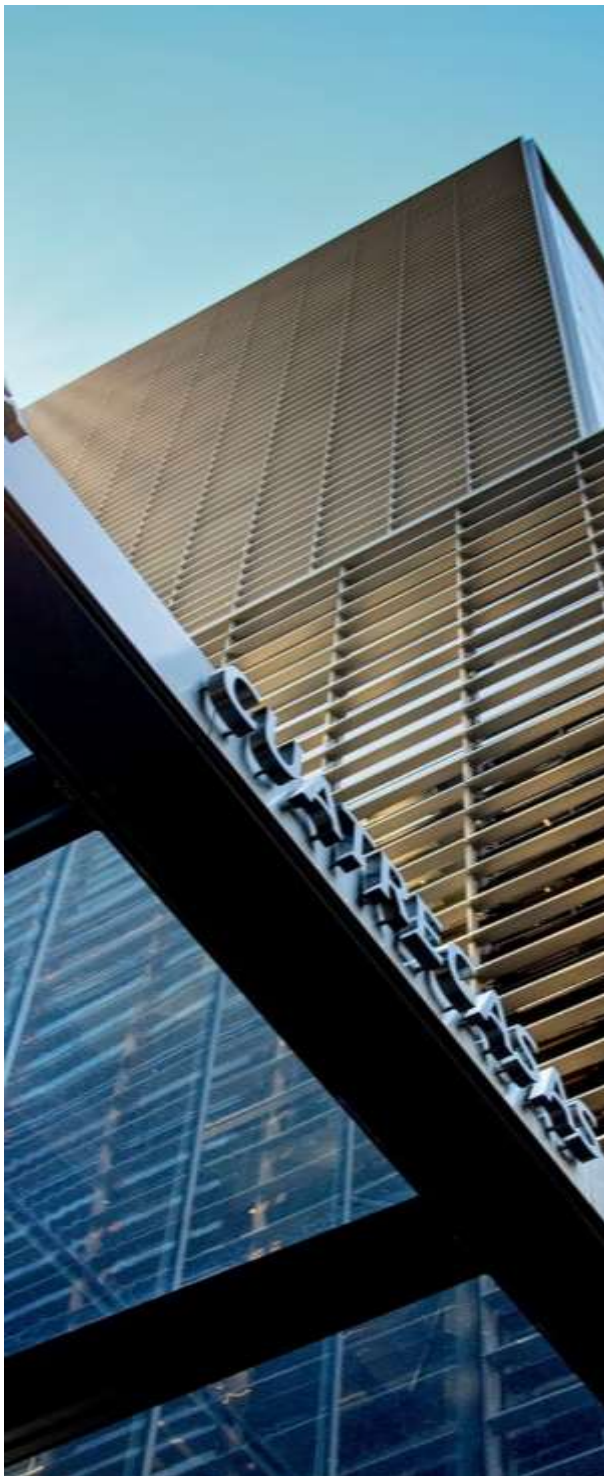


Novedades Laboral



Newsletter – 2º trimestre de 2019

Índice

Desafíos y oportunidades

Novedades judiciales y criterios de la Administración:

- > En materia de igualdad
- > En materia de registro de jornada
- > En materia de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
- > En materia salarial
- > En materia de derecho a vacaciones
- > En materia de plataformas digitales

Novedades normativas:

- > En materia de jubilación obligatoria
- > En materia de convenios especiales de Seguridad Social de mayores de 55 años
- > En materia de compatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad de creación artística



Las diversas novedades normativas y judiciales acontecidas en materia laboral durante el segundo trimestre del año introducen, desde la perspectiva empresarial, algunos desafíos, así como oportunidades, sobre los que consideramos importante llamar la atención, y que resaltamos a continuación.

DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

Novedades judiciales y criterios de la Administración

Durante este segundo trimestre, los tribunales, el Gobierno y la Inspección de Trabajo han manifestado su criterio en diversas materias.

De gran interés están siendo sus aclaraciones en relación con la aplicación de las dos últimas reformas de calado, a saber, la introducida por el [Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación](#), que ya se ha dejado sentir como argumento inspirador en algunas sentencias dictadas recientemente; y la aprobada por 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](#), en materia de registro de jornada, que ha dado lugar tanto a una Guía del Ministerio, como a un nuevo Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo.

Junto a estos temas, se han abordado otros que también han sido objeto de pronunciamientos judiciales relevantes.

En materia de igualdad

> Adaptación de jornada

Sin duda, una de las modificaciones más importantes del Real Decreto-Ley 6/2018 es la

nueva regulación del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, sobre adaptación de jornada.

Ya existen varios pronunciamientos, que si bien no aplican directamente la nueva regulación, sí se apoyan en la misma para declarar que la ponderación entre la viabilidad de la solicitud de la persona trabajadora de adaptación de jornada y los intereses de la empresa ha de hacerse con perspectiva de género, en una interpretación pro persona y en la que los derechos de conciliación tienen prioridad sobre las facultades empresariales de dirección. Estos pronunciamientos interpretan que la persona trabajadora solicitante tiene derecho a concretar su reducción de jornada (regulada en el art. 37.6 ET) incluso al margen de su jornada ordinaria, por aplicación del 34.8 ET.

Ahora bien, el derecho a la adaptación no es automático ni incondicionado: deben calibrarse los intereses en juego, siendo de gran importancia las circunstancias de la persona trabajadora que motivan la solicitud inicial, o el cambio en las circunstancias que pudiera justificar una modificación posterior de la concreción horaria; y las razones objetivas de la empresa para denegar la adaptación o la concreción de la reducción de jornada.

[TSJ Andalucía \(Sevilla, Sala de lo Social\). Sentencia núm. 1082/2019, de 11 de abril](#)

[TSJ Canarias \(Las Palmas, Sala de lo Social\). Sentencia núm. 255/2019, de 12 de marzo](#)

> Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba

[TSJ de Asturias \(Sala de lo Social\). Sentencia núm. 721/2019, de 9 de abril](#)

Otra de las modificaciones del Real Decreto-Ley 6/2019 afecta a la regulación del período de prueba, al establecer que *“La resolución a instancia empresarial*



será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”.

A este respecto, la sentencia del TSJ Asturias referenciada argumenta que la nueva regulación del desistimiento empresarial en ese supuesto está protegida con la nulidad objetiva, al igual que con el despido, existiendo un canon reforzado, una inversión de la carga de la prueba a favor de la trabajadora embarazada. En el caso enjuiciado finalmente se declara que la extinción en período de prueba de una trabajadora embarazada es ajustada a derecho, porque la empresa acredita que las causas de no superación del período de prueba nada tienen que ver con el embarazo.

Es conveniente en consecuencia llevar a cabo un seguimiento de los períodos de prueba de todas las personas trabajadoras, de forma que quede constancia de su desempeño y las razones de por qué, en su caso, no se supera el mismo, para que, en un escenario de alegación de nulidad por parte de la trabajadora, se pueda justificar que la extinción no obedecía a su situación de embarazo, suspensión o maternidad

En materia de registro de jornada

- Criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en materia de registro de jornada

La ITSS se ha marcado unas determinadas pautas de actuación en materia de registro de jornada a través del [referido Criterio Técnico](#). Del mismo podemos extraer la idea general de que el cumplimiento adecuado de la obligación de registro de jornada pasa por tener debidamente identificados los períodos de tiempo que no son considerados tiempo de trabajo, a los efectos de su exclusión del

citado registro. A este respecto, adquieren especial interés algunos pronunciamientos judiciales acerca de la consideración como tiempo de trabajo de determinados períodos, a los que nos referimos más adelante.

Respecto a las pautas para la ITSS, destacamos:

- Que *«compete a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no solo verificar la existencia de un registro de jornada, sino también que su forma de organización y documentación ha ido precedida del correspondiente procedimiento de negociación o consulta con la representación de los trabajadores, aspecto este que podrá ser objeto de comprobación a través de las actas de las reuniones celebradas en el proceso de negociación».*
- Que inicialmente *«se valorará la existencia de ...una negociación entre las partes bajo el principio de la buena fe»* a los efectos de demorar un posible expediente sancionador.
- Que *«(no es) aceptable para la acreditación de su cumplimiento (de la obligación de registro) la exhibición del horario general de aplicación en la empresa, el calendario laboral o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues éstos se formulan "ex ante" y determinarán la previsión de trabajo para dicho periodo pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo, que sólo se conocerán "ex post" como consecuencia de la llevanza del registro de jornada».*
- Que *«el sistema implantado ha de ser objetivo y fiable, de manera que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. En caso contrario, podría presumirse que lo es toda aquella que transcurre entre la hora de inicio y finalización de la jornada registrada, y es al empleador al*



que correspondería la acreditación de que ello no es así».

- o Que «no se exige expresamente el registro de las interrupciones o pausas entre el inicio y la finalización de la jornada diaria, que no tengan carácter de tiempo de trabajo efectivo».
- o Que «nada refiere el citado párrafo (art. 34.9 ET) respecto al modo de conservación de los registros, por lo que debe entenderse válido cualquier medio, físico o de cualquier otro tipo, siempre que el mismo garantice la fiabilidad e invariabilidad respecto de los datos registrados **diariamente...**».
- o Que se debe respetar «la normativa sobre protección de datos, recogida en la Ley Orgánica 3/2018... **en todos aquellos casos en los que los sistemas de registro recojan, traten y almacenen datos de carácter personales de las personas trabajadoras, así como el respeto, en los supuestos de uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, de conformidad con el artículo 20 bis ET.**».
- o Que «en el caso de que el registro de jornada se haya instrumentado originalmente en formato papel, a efectos de su conservación podrá archivar en soporte informático mediante el escaneo de los documentos originales, siendo guardado telemáticamente con las debidas garantías».
- o Que la obligación de poner a disposición los registros horarios «...no implica la obligación de entrega de copias, salvo que así lo disponga un convenio colectivo o exista pacto expreso en contrario, ...sin perjuicio de facilitar su consulta personal (o) a los representantes legales de los trabajadores...».

En cuanto a los pronunciamientos judiciales sobre tiempo de trabajo dictados en el último trimestre, destacamos los siguientes:

- La asistencia, aun voluntaria, a eventos de la empresa con fines comerciales, es tiempo de trabajo a todos los efectos

[Tribunal Supremo \(Sala de lo Social\). Sentencia núm. 229/2019, de 19 de marzo](#)

Esta sentencia, que confirma la de la Audiencia Nacional, de [27-10-2017](#), considera que sí es tiempo de trabajo el dedicado a asistir, fuera del horario de trabajo, a eventos (presentaciones de revistas y competiciones deportivas) a los que se invita a los clientes para reforzar el vínculo comercial, programadas por la empresa y vinculadas estrechamente con la prestación de servicios del trabajador, aunque la asistencia del trabajador sea voluntaria, y ello por dos razones:

- o La primera, clara: porque así se desprende del texto del propio convenio colectivo de aplicación, en concreto, de la ubicación **sistemática, dentro del Capítulo VII (“Tiempo de trabajo”), y de su rúbrica (“Jornada de trabajo”), cuando regula estas actividades del personal comercial.**
- o La segunda, discutible: porque las circunstancias de dicha actividad (asistir a un evento con fines comerciales) describen un período durante el cual el trabajador está a disposición del empresario, que es lo que califica ese tiempo como de trabajo, a tenor de la doctrina del TS y del TJUE. Había entendido acreditado la AN que, en este caso, en el desarrollo de estas actividades, sin perjuicio de su carácter voluntario, los trabajadores se encuentran bajo el ámbito organicista, rector y disciplinario de la empresa.



- No es tiempo de trabajo el dedicado a la formación que hoy no es necesaria para continuar en el desempeño del puesto de trabajo, aunque vaya a serlo más adelante

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencias [núm. 179/2019, de 6 de marzo](#), y [núm. 131/2019, de 20 de febrero](#)

En ambas sentencias, el TS rechaza que sea tiempo de trabajo el dedicado por los trabajadores a una formación no exigible legalmente a la empresa y ofrecida por ésta a su plantilla como voluntaria, si bien, para demostrar tal carácter voluntario, habrá de acreditarse la ausencia de efecto alguno sobre el trabajador que rechace la formación.

En materia de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

- Corresponde cotizar por la **ocupación “a”** (trabajos exclusivos de oficina) de la Tarifa de Primas de Accidentes en el caso de Directores, Ingenieros, Técnicos, Jefes, Managers, **Responsables de Centro...** que realizan presupuestos de ventas, planifican compras, elaboran y dirigen planes o soluciones de ingeniería... de forma ordinaria y habitual en la oficina de la empresa, acudiendo sólo ocasionalmente a la obra

[Tribunal Supremo. \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\). Sentencia núm. 762/2019, de 3 de junio](#)

El TS desestima el recurso de casación de la TGSS, concluyendo que, *«...para que esa ocupación en la actividad de la empresa puede integrarse en “trabajos exclusivos de oficina” es necesario que la ocupación (i) sea “exclusiva” en esos trabajos que pueden ser de oficina; (ii) no someta al trabajador a los riesgos de la empresa, y (iii) se desempeñe únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa»*. Y precisa, además, que:

- *«...Conforme a la pauta interpretativa que nos ofrece la Regla Primera del apartado dos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/06 el “trabajo exclusivo de oficina”, debe entenderse el que se realiza de forma habitual en la oficina de la empresa, es decir más de la mitad de la jornada en cómputo mensual. Circunstancia en la que se encuentran los trabajadores aquí considerados que solo de forma esporádica y ocasional se desplazan a las obras... (aclara al respecto la Sala que «es evidente que esa forma y lugar de realizar la actividad de la empresa no puede comprender el desempeño ocasional ni el meramente temporal, esporádico o aislado, sino que debe venir referida a un desempeño constante, habitual o prioritario»).*
- *«La norma no identifica los trabajos de oficina con los meramente administrativos, pues de lo contrario así lo diría, sino que más bien se refiere a los que se realizan, habitualmente, en la sede física de la oficina empresarial...».*
- *«Lo anterior coincide con el espíritu y finalidad de la norma que es el acompasar el tipo de cotización con el riesgo efectivo de la ocupación o situación del trabajador respecto al que se deriva de la actividad principal de la empresa, y resulta conforme con la filosofía que se recoge en los arts. 108 de la LGSS y el 11 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre».*

En materia salarial

- Los complementos salariales y la prima de productividad computan a los efectos de alcanzar el SMI y neutralizan en parte, su incremento para 2019

[Audiencia Nacional \(Sala de lo Social\). Sentencia núm. 71/2019, de 24 de mayo](#)

No hay que subir las retribuciones cuando el salario base más los complementos salariales y la prima de



productividad alcanzan la cuantía mínima de 12.600 euros/año, porque esos complementos y prima absorben el incremento del SMI. De esta manera, el efecto de la subida del SMI impuesta en el RD 1462/2018 se limita. Los sindicatos ya han **anunciado que llevarán al Supremo la “batalla legal”** sobre este tema.

- Es nula la condición de permanencia en la empresa en una fecha determinada para la percepción del variable devengado previamente, cuando se extingue el contrato por causa objetiva

[Tribunal Supremo \(Sala de lo Social\). Sentencia núm. 254/2019, de 27 de mayo](#)

En el caso analizado, el plan de retribución variable estaba condicionado a que los beneficiarios del mismo formasen parte de la empresa en una determinada fecha. El TS declara dicho condicionamiento nulo.

El TS ya se había pronunciado anteriormente del mismo modo, pero el matiz de esta sentencia de 2019 radica en que declara que existe derecho a la percepción del variable cuando la finalización de la relación laboral del trabajador se debe a una extinción por causas objetivas, con independencia de su justificación.

En materia de derecho a vacaciones

- El trabajador despedido que debe ser readmitido (por ser la opción suya por su condición de representante de los trabajadores o por haberse declarado la nulidad del despido), tiene derecho al disfrute de las vacaciones -o a su compensación en metálico- que habría devengado durante el mismo período de cálculo de los salarios de tramitación, esto es, desde la fecha de efectos del despido hasta la de la sentencia firme

[Tribunal Supremo \(Sala de lo Social\). Sentencia núm. 400/2019, de 27 de mayo](#)

La Sala estima que sí tiene derecho, pues, entiende que el tiempo de sustanciación del proceso de despido y de los recursos interpuestos, cuando finalmente se opta por la readmisión efectiva del trabajador, ha de ser considerado como tiempo de actividad laboral, puesto que si en ese lapso de tiempo no ha habido trabajo efectivo, no ha sido debido a la voluntad del trabajador, sino que la inactividad se debe a un acto extintivo de la empresa que después se declara ilícito, y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión.

Por ello, ese tiempo de tramitación equiparable a tiempo de trabajo tras la readmisión, proyectará sus efectos sobre todos los parámetros de la relación laboral, entre los que se encuentra el derecho a las vacaciones no disfrutadas por el trabajador debido a causas que en absoluto le son imputables.

En consecuencia si el demandante, después de ejercitar legítimamente su opción en favor de la readmisión como representante unitario de los trabajadores, obtuvo las remuneraciones correspondientes a los salarios de tramitación e inició de nuevo su actividad laboral incorporándose a la empresa, en ese momento fue cuando pudo realmente solicitar las vacaciones no disfrutadas correspondientes a éste último año, que le deberán ser reconocidas en su totalidad.

En materia de plataformas digitales

- Sigue abierta la división entre los juzgados de lo social a propósito de la laboralidad de los repartidores que trabajan para conocidas apps de transporte a domicilio

En el último trimestre, hemos conocido sentencias como la del Juzgado de Social nº 24 de Barcelona, de 29-05-2019, que excluye el carácter laboral de



este tipo de prestación de servicios porque *«no existe la obligación de ningún repartidor de estar disponible, pudiendo conectarse a la aplicación cuando quieren, pudiendo pasar días sin conectarse y pudiendo elegir los servicios que quieren realizar, que realizan los itinerarios que quieren, utilizando el medio de transporte que quieran, cuyos gastos van a su cuenta, teniendo únicamente el compromiso de realizar el servicio en un tiempo máximo de 60 minutos, que cobran por pedido realizado... que no llevan ropa con la marca de la empresa, sin que estén por tanto sometidos a un horario, a una determinada jornada, a un determinado régimen de permisos y vacaciones o a un régimen disciplinario...»*.

Frente a este posicionamiento, conviven hoy otros, como el de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, de 11-06-2019, que, en el caso de otra plataforma digital similar, sí ve la existencia de una auténtica relación laboral porque, entre otras razones, la misma app –aunque aleje aparentemente al prestador del servicio de la empresa– no pasa de ser la sustituta de un departamento de teleoperadores y, precisamente, las mayores posibilidades técnicas que ofrece de monitoreo consiguen el efecto contrario, esto es, reforzar la dependencia en el modo de prestación del servicio.

En este contexto, y mientras no tengamos un criterio más asentado en los niveles judiciales superiores (Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo) seguiremos sin plena seguridad jurídica para este tipo de iniciativas empresariales, que se abren a nuevas fórmulas de negocio, más flexibles y acordes con el contexto económico y productivo actual.

Novedades normativas

Los cambios normativos publicados en este último trimestre son escasos debido al periodo electoral.

No obstante, los existentes plantean los siguientes desafíos y oportunidades:

En materia de jubilación obligatoria

El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, dio nueva redacción a la Disposición Adicional 10ª ET con el fin de habilitar legalmente a los convenios colectivos para regular la causa de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (Disposición Final Primera).

Esta opción, sin duda, constituye una interesante oportunidad para el rejuvenecimiento de las plantillas, que en algunos sectores y empresas ya ha empezado a aplicarse desde este último trimestre.

Es el caso, entre otros, de los siguientes acuerdos que habilitan a las empresas para extinguir contratos por jubilación forzosa, vinculándolo, eso sí, a medidas de política de empleo:

- o La modificación del Convenio colectivo general del sector de la construcción ([BOE 26 abril 2019](#))
- o La modificación del VI Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal ([BOE 29 marzo 2019](#))
- o La modificación del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad ([BOE 1 marzo 2019](#))

En todo caso, habrá que estar atentos al criterio de los tribunales acerca del cumplimiento de los requisitos legales de este tipo de cláusulas de jubilación forzosa.



En materia de convenios especiales de Seguridad Social de mayores de 55 años

El BOE de 8 de abril publicó la [Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.](#)

La modificación afecta al art. 20 de la citada Orden de 2003, con el objetivo de adaptar este precepto a la última redacción del art. 51.9 ET y corregir aspectos problemáticos que estaba planteando la aplicación práctica de esta modalidad de convenio especial. En particular, intenta responder al incumplimiento recurrente por parte de muchas empresas de su obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial de los trabajadores con 55 o más años afectados por despidos colectivos.

Así, la nueva redacción mantiene la obligación de la empresa de instar la suscripción del convenio especial durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado. Pero, seguidamente, y para el caso de incumplimiento empresarial, designa al trabajador como sujeto facultado para suscribir el convenio especial con la TGSS (a cargo de la empresa) dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario le notifique individualmente el despido.

La modificación es, en todo caso, un recordatorio a las empresas de las obligaciones y costes accesorios que conlleva la afectación, en un despido colectivo, de trabajadores mayores de 55 años, que se une a otros como la Aportación Económica al Tesoro Público cuando la empresa tiene o ha tenido beneficios.

En materia de compatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad de creación artística

El [Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística](#), entró en vigor el 1º de mayo.

Podrán acogerse los perceptores de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, con posterioridad a la fecha de reconocimiento de dicha pensión, desempeñen una actividad de creación artística (y ninguna otra que dé lugar a la inclusión en otro régimen de la Seguridad Social) por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas.

La norma, de trascendencia en los sectores empresariales relacionados con la creación artística, facilita, de esta manera, que las empresas no prescindan del capital intelectual que aportan creadores y artistas, particularmente en su etapa de madurez, en la que la experiencia acumulada puede favorecer la producción de obras o actuaciones más completas.

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas

©2019 CUATRE CASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.



Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas.