



**ANTRÀS**  
ABOGADOS ASOCIADOS

*Desde 1940*

---



*JULIO 2020*

**NEWSLETTER**

# INFORMACIONES LABORALES

Julio 2020



## La reincorporación al “trabajo COVID-19”.

El regreso a una deseada cierta normalidad, la finalización del periodo en que el trabajo a distancia se configuró como una opción organizativa preferente (21 de septiembre), la terminación del periodo estival y la finalización del periodo en que las empresas pueden solicitar un ERTE por fuerza mayor COVID-19 y disfrutar de las medidas extraordinarias en materia de cotización por ERTES de fuerza mayor y ETOP (30 de septiembre) determinarán la reincorporación al trabajo “ordinario” desarrollado en el centro de trabajo de un número considerable de personas. Obviamente, son múltiples las cuestiones que un contexto tan complejo como el actual puede plantear para la gestión de los recursos humanos. Sin ánimo de ser exhaustivos, cabe plantearse algunos aspectos que debieran ser valorados:

### **Medidas de flexibilidad interna.**

La desaceleración económica producida como consecuencia de la crisis COVID-19, coincidente con la progresiva reincorporación de las personas trabajadoras, puede determinar que se produzcan desequilibrios entre la carga de trabajo de las empresas y la plantilla existente, en forma de sobredimensionamiento. Obviamente, los ERTES por causas empresariales constituyen un instrumento idóneo para hacer frente a estas situaciones a través de la suspensión/reducción del contrato de trabajo o de la jornada. Sin embargo, no son estos los únicos instrumentos con los que cuenta la empresa.

En aras a garantizar la continuidad y viabilidad de la empresa, adaptando sus recursos y costes a

las necesidades productivas del nuevo contexto económico, los ERTES pueden ser substituidos o hacerse compatibles con otras medidas de flexibilidad interna. En este sentido, algunas de las medidas que deberían ser valoradas, además del ERTE, serían la distribución irregular de la jornada o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en materia de jornada, horario, funciones y, especialmente, el salario... Debe tenerse en consideración que, si alguna de estas condiciones de trabajo estuviese regulada en convenio colectivo, su modificación, siendo igualmente posible, debería canalizarse a través del procedimiento de descuelgue previsto en el artículo 82 del ET o, en su caso, en la norma convencional a modificar.

Se trata de medidas que, en la mayoría de los supuestos, por su carácter colectivo, no van a poderse implementar de forma unilateral e inmediata, sino que van a tenerse que negociar con la representación de los trabajadores o, en su defecto, con comisiones ad hoc. De ahí que sea importante el análisis de la situación y la planificación de las actuaciones a desarrollar.

La adopción de estas medidas de flexibilidad interna se revela, además, como una alternativa especialmente idónea en un contexto en el que la cláusula de salvaguarda del empleo o la prohibición del despido por causas relacionadas con el COVID-19 imponen restricciones en el recurso al despido. Al respecto debe recordarse que la cláusula de salvaguarda del empleo prevista en la DA 6ª del RD-ley 8/2020 supone que aquellas empresas que hayan disfrutado de exoneraciones





en el pago de las cotizaciones de los trabajadores afectados por ERTES pueden verse obligadas, en determinados supuestos, a “reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes” si extinguen o despiden, en el plazo de los 6 meses siguientes a la fecha de reanudación de la actividad, a los trabajadores afectados por el ERTE.

### **Prevención de riesgos. Protocolos de reincorporación.**

La vuelta al trabajo en un contexto de lo que se ha dado en denominar nueva normalidad exige que las empresas adopten protocolos de reincorporación en los que éstas informen a los trabajadores de las medidas de prevención y protección adoptadas frente al riesgo de contagio por COVID-19.

En cumplimiento de su deber de protección eficaz, las empresas, con el auxilio de los servicios de prevención, deben evaluar los riesgos de exposición que afectan a los trabajadores en el desarrollo de sus tareas e informar a las personas trabajadoras de todas las medidas adoptadas. Una tarea en la que son de especial utilidad las guías y procedimientos de actuación elaborados tanto a nivel estatal [[Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2](#) (documento actualizado a 19-06-2020)] como a nivel autonómico por algunas Comunidades Autónomas [[Guía de actuación para la reincorporación antes y después del COVID-19 con seguridad y salud en el trabajo](#), de la Comunidad de Madrid (documento actualizado a 15-07-2020) o las [Recomanacions per a empreses i persones treballadores sobre actuacions vinculades a les situacions que es puguin produir per l'efecte del coronavirus SARS-CoV-2](#) o las [Recomanacions davant el retorn esglaonat a l'entorn laboral i l'ús de tests microbiològics](#) (documentos actualizados a 18-05-2020) del Consell de Relacions Laborals de Catalunya].

La implantación de las medidas de prevención y protección ha de efectuarse con pleno respeto a los derechos fundamentales del trabajador, señaladamente, del derecho a la dignidad, intimidad y la protección de datos. En este sentido, la legitimidad de algunas medidas ha sido discutida. Ejemplo de ello son los controles de temperatura, las pruebas para verificar contagios o las pruebas que determinen haber pasado ya la enfermedad. La adopción de este tipo de medidas, siempre y cuando tengan carácter obligatorio, se sitúa, como decíamos, en el ámbito de la obligación empresarial de protección de la salud de sus trabajadores y más concretamente en el ámbito de la vigilancia de la salud regulada en el art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En ese precepto, se exceptúan de la regla general de la voluntariedad, previo informe de los representantes de los trabajadores, aquellos supuestos en los que la realización del reconocimiento resulte imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. En atención a las características de la COVID-19 cabe entender que este tipo de reconocimientos cumplen, en la generalidad de los casos, los requisitos para ser configurados como obligatorios sin que sea, por ello, imprescindible el consentimiento del trabajador.

Partiendo de lo expuesto, la implantación de controles de temperatura periódicos, por ejemplo, mediante termómetros infrarrojos, es una medida que podría resultar legítima y adecuada para cumplir el fin perseguido. La Agencia Española de Protección de Datos ha confirmado este extremo, aunque recordando que deberá respetarse la normativa de protección de datos. El mismo criterio podría aplicarse a los test de diagnóstico o detección de la enfermedad, siempre y cuando se observen los requerimientos legales para la realización de este tipo de pruebas médicas o reconocimientos de la salud de los trabajadores, específicamente aquellos referidos a los sujetos que pueden practicar este tipo de pruebas, su



justificación y el debido respeto a la normativa de protección de datos. Más dudas presenta la cuestión de si se pueden realizar, con carácter obligatorio, test de anticuerpos para conocer si una persona ha superado ya la enfermedad.

Debe tenerse en consideración que el cumplimiento de las medidas de prevención y protección adoptadas por la empresa resulta obligatorio para el trabajador. A estos efectos, conviene recordar que el art. 29.3 de la LPRL establece que el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos tendrá la consideración

de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas y por ello podrá ser sancionado por el empresario conforme la tipificación de faltas y sanciones establecidas en el convenio aplicable. Un régimen disciplinario que también es aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno.

### **La Agencia de Protección de Datos considera ilegal solicitar, al candidato a un puesto de trabajo, información sobre si ha pasado la COVID-19.**

*La Agencia Española de Protección de Datos considera que la información de haber padecido el coronavirus y desarrollado anticuerpos de esta enfermedad es un dato personal relativo a la salud, que el Reglamento General de Protección de Datos califica de categoría especial. Para el tratamiento de este tipo de datos el RGPD requiere de una base jurídica de las previstas en su artículo 6.1 y, adicionalmente, por tratarse de una categoría especial de datos personales, que concurra una de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD que permiten levantar la prohibición de su tratamiento.*

*La Agencia considera que en este supuesto no concurre ninguna de las bases jurídicas que justificaría el tratamiento por cuanto considera que no estamos ante un supuesto en el que se produzca un auténtico consentimiento del interesado (art 6.1.a) del RGPD) ni ante un supuesto en que sea necesario el tratamiento del dato para la ejecución de un contrato (art. 6.1.b) del RGPD). Para la Agencia, el consentimiento no puede considerarse libremente prestado cuando no se goza de verdadera o libre elección o no puede denegarse o retirarse sin sufrir perjuicio alguno (considerando 42), o cuando exista un desequilibrio claro entre las partes (considerando 43), como sucedería en el presente caso, en el que el consentimiento estaría condicionado por la necesidad o la voluntad de acceder a un puesto de trabajo.*

*Del mismo modo, tampoco considera aplicable la base jurídica del artículo 6.1.b) del RGPD (ejecución de un contrato), por cuanto la solicitud de dicho dato de salud no sería necesaria para la ejecución o formalización del contrato de trabajo y, por lo tanto, dicho tratamiento sería excesivo y contravendría el principio de minimización de datos fijado en el artículo 5.1.c) del RGPD, en relación con lo que se dispone en el artículo 7.4.*

*La Agencia descarta que estemos ante una excepción subsumible en el art. 9.2 del RGPD por cuanto no considera que estemos ante un tratamiento necesario para atender a las obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable o del interesado en*



*el ámbito del derecho laboral, de acuerdo con lo previsto por el derecho de la Unión o de los Estados Miembros. En esta línea considera que solicitar información sobre el estado de inmunidad frente a la COVID-19 es ir más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación laboral y en materia de prevención de riesgos laborales. En primer lugar, porque la persona interesada aún no es empleada y la empresa no tiene por tanto obligaciones o derechos específicos frente a ella. En segundo lugar, porque la información sobre una posible inmunidad frente a la enfermedad no contribuye significativamente a la protección del resto del personal o de la propia persona, en la medida en que los protocolos de prevención de riesgos adoptados por las autoridades sanitarias y laborales se aplican por igual a todo el personal, orientándose por lo que se refiere a la presencia de infección a los casos sospechosos. Estos protocolos no establecen excepción alguna para personas que ya hayan padecido la enfermedad. Finalmente, porque la misma consideración habría de atribuirse a la COVID-19 que a cualquier otro tipo de enfermedad que pudiera conllevar un riesgo de infección, sin que se plantee esta cuestión en la actualidad sobre otras enfermedades que pudieran resultar de declaración obligatoria a las autoridades sanitarias conforme al Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica.*

*La AEPD añade que además de no existir base jurídica lícita para el tratamiento de estos datos, la finalidad del tratamiento tampoco sería legítima. La solicitud de información sobre la inmunidad a la COVID-19, como requisito para acceder a un puesto de trabajo, daría lugar a una diferencia de trato que no obedece a una justificación objetiva y razonable.*



**Las empresas multiservicios sin convenio propio deberán aplicar el convenio aplicable al trabajo desarrollado en la empresa cliente. STS de 11 de junio de 2020.**

*El Tribunal Supremo establece que ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata. Al hacerse de esta forma, las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicio en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores. En consecuencia, el criterio que debe aplicarse para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores con relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicio a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola. Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia que está pensado, precisamente, para situaciones como la que contemplamos y, además, no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicio. Lo anterior implica que los trabajadores afectados se regirán por el convenio sectorial que corresponda a la actividad subcontratada, en concreto por el estatal de restauración colectiva.*



**Provocar al trabajador para que cometa un ilícito laboral no es causa de despido. STS de 19 de febrero de 2020.**

*El Tribunal Supremo, en contra del parecer de la sala de instancia, considera ilegal la prueba obtenida por una detective que, con sus acciones, provocó que el trabajador cometiera un ilícito. La detective por cuenta de su cliente, una gestoría que sospecha que uno de sus abogados lleva asuntos jurídicos fuera del ámbito de la gestoría, contacta con el abogado a tiempo completo de la gestoría, para pedir una consulta profesional cuyo único objetivo era acreditar que éste trabajaba por cuenta propia durante su jornada de trabajo. El abogado le ofrece reunirse fuera de las horas de trabajo, a lo que se negó la detective, quien, tras varias llamadas telefónicas, consiguió una cita profesional dentro de su jornada laboral.*

*Mientras que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid admite la validez de la prueba, el Tribunal Supremo la considera ilícita por cuanto la promoción de una consulta simulada, instrumentada por una detective privada contratada por la empresa, para probar que el demandante ejercía la abogacía por cuenta propia en horas de trabajo, forzada una y otra vez por la detective, quien rechazó ver al demandante fuera de sus horas de trabajo, supuso una clara acción coactiva sobre la voluntad del trabajador, así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables, que vulneró el derecho a la dignidad del trabajador, asegurada por el art. 10 CE, así como a su libre y espontánea determinación, como resalta la sentencia de contraste.*

*El Tribunal Supremo, por tanto, señala que dicha prueba no debió admitirse por la sentencia recurrida, ni tampoco permitir que desplegara plenos efectos probatorios, por cuanto el órgano judicial no puede, a tenor con el art. 11 LOPJ en relación con el art. 90 LRJS, fundar su decisión en pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales y libertades públicas, existiendo múltiples pronunciamientos, entre otros SSTC 98/2000, de 10/Abril; 186/2000, de 10/Julio; 29/2013, de 11/Febrero; y 39/2016, de 31/Marzo. Y SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14 -; y SG 31/01/17 -rcud 3331/15.*

*De esta forma, sin negar la prueba obtenida por detectives, el Tribunal Supremo delimita los medios y formas de actuación de éstos.*

**El Tribunal Supremo establece que los trabajadores con contratación temporal irregular en sociedades mercantiles estatales deben ser declarados personal indefinido no fijo.**

*Dos sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del 17 y 18 de junio han unificado doctrina en cuanto a las consecuencias de la apreciación de fraude de ley o abuso de la contratación temporal en las sociedades mercantiles estatales, de modo que los trabajadores de estas empresas afectados se consideran indefinidos no fijos y no trabajadores fijos de plantilla como en algunas resoluciones había llegado a considerar la Sala.*

La información contenida en este Boletín constituye una síntesis que no puede ser aplicada sin un asesoramiento legal previo. Quedamos a su disposición para cualquier comentario o aclaración sobre la información contenida en este documento en: [newsletter@antras.net](mailto:newsletter@antras.net).