



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



FEBRERO 2021

NEWSLETTER



Vacuna contra la COVID-19 y exigibilidad a las personas trabajadoras

La aprobación por las autoridades sanitarias de diversas vacunas contra la COVID-19 y su progresiva, aunque lenta, producción y distribución empieza a plantear el debate sobre si las empresas podrán, cuando la disponibilidad de las vacunas sea real, exigir a las personas trabajadoras su vacunación e incluso sancionar a aquellas que no lo hagan.

Valga de antemano señalar que estamos ante una cuestión compleja por ser diversos los derechos contrapuestos y a la que no ayuda el que carezcamos de una normativa construida sobre la lógica de una situación pandémica como la que padecemos.

En contra de la posibilidad de establecer la obligatoriedad de dicha vacunación cabe argüir la existencia de diversos derechos constitucionales que dificultarían la obligatoriedad: el derecho a la autodeterminación de la integridad física, el derecho a la intimidad y a la protección de sus datos. Debe tenerse en cuenta no obstante, que los tribunales han admitido en determinadas circunstancias la imposición de intervenciones físicas compulsivas atendiendo a su escasa entidad (STC 120/1990, de 27 de junio, que justificó la alimentación forzosa en su supuesto de huelga de hambre o la STC 196/2004, de 15 de noviembre en relación con análisis de orina realizado en un reconocimiento médico donde se descartó la vulneración del derecho a la intimidad debido al tipo de intervención

mínima realizada si bien se estimó el amparo por falta de información).

Frente a esos derechos de carácter individual, cabría contraponer otros intereses de tipo colectivo como los que representan la salud de los compañeros de trabajo u otras personas vinculadas con la empresa (clientes, usuarios...). Unos intereses colectivos a los que parece atender el art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuando sustrae de la lógica de la voluntariedad del reconocimiento médico, aquellos supuestos en los que, previo informe de los representantes de los trabajadores, la vigilancia de la salud sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Una tutela del derecho a la salud de los demás compañeros o de otros terceros que, a priori, podría hacernos pensar, en esta hipótesis, que sí cabría establecer la obligatoriedad.

No obstante, dos argumentos parecen ir en contra de esa opción. El primero, vinculado también a la regulación de la vigilancia de la salud. Al respecto conviene tener en



cuenta que el establecimiento de medidas de vigilancia de la salud, entre las que cabría incluir la vacunación obligatoria, está regido por el principio de proporcionalidad y mínima intervención. Un juicio de proporcionalidad que exige la superación, a su vez, de un triple juicio, de necesidad, indispensabilidad y estricta proporcionalidad. ¿Superaría la vacunación ese triple juicio? La respuesta, aunque no es del todo clara y menos con carácter general, parecería decantarse por el no. Al respecto hay que tener en consideración la existencia de medidas alternativas de protección y, sobretodo, que, con la evidencia científica actual, si bien la vacunación evita que las personas vacunadas padezcan los síntomas graves de la enfermedad y parece reducir la transmisión o diseminación viral, no se ha demostrado plenamente si las personas vacunadas pueden infectarse y contagiar a otras personas. Una valoración en la que, en cualquier caso, creemos que se debería tener en consideración el tipo de empresa y actividad realizada (por ejemplo, no sería lo mismo la actividad desarrollada en entornos médicos o sociosanitarios o en los que el mantenimiento de la distancia interpersonal es difícil que en aquellos otros en los que la adopción de medidas alternativas ofrece resultados óptimos desde una perspectiva preventiva).

En segundo lugar, la regulación legal general actualmente vigente también parece ir en contra de la vacunación legal obligatoria.

En este sentido, en primer lugar, cabe señalar que los arts. 5.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y art. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establecen la voluntariedad como principio básico en el tratamiento médico. Una voluntariedad que también se prescribe en el art. 8.3 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

Ha de notarse que la normativa señalada se construye y articula en un entorno muy distinto al pandémico actual. A la vista del actual contexto nada impediría que la autoridad competente, tal y como se está planteando desde alguna Comunidad Autónoma (Galicia), en base al actual art. 12 de la Ley Orgánica 4/1981 de estados de alarma, excepción y sitio o del art. 1 de la Ley Orgánica 3/1986 de medidas especiales en materia de salud pública, pudiese dictar normas que estableciesen la obligatoriedad de la vacunación o que, individualmente, se pudiese acudir a la autoridad judicial para que esta ordenase la vacunación obligatoria. Mientras tanto, las empresas lo único que podrán hacer, y siempre a través de sus Servicios de Prevención, es fomentar la vacunación.

Algunas fechas que tener presentes en materia de igualdad

El pasado 22 de febrero se celebró el día de la igualdad salarial, el próximo 8 de marzo se celebrará el día de la mujer trabajadora, dos fechas que sirven como excusa para recordarnos otras fechas importantes a los efectos de cumplir con la normativa específica

existente en materia de igualdad por razón de sexo y/o género:

- **14 enero 2021:** entrada en vigor del [Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), por el que se regulan los planes de igualdad



y su registro y se modifica el real decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Aspectos a tener en cuenta:

- la norma establece la **forma en que deberán computarse las personas trabajadoras** a los efectos de determinar la existencia o no de la obligación de elaborar un plan de igualdad: computan todas las personas con contrato laboral con independencia de su modalidad, jornada o lugar de prestación de servicios, también los trabajadores cedidos por ETTS y los contratos temporales que hubiesen estado vigentes en los 6 meses anteriores (cada 100 días o fracción, uno)

- al respecto debe recordarse que a **partir del 7 de marzo las empresas de más de 100 trabajadores** (se computan globalmente los de todos los centros de trabajo) también deberán tener un plan de igualdad. Se suman, de esta forma, a las de más de 250 trabajadores que ya estaban obligadas. La obligación se extenderá el 7 de marzo de 2022 a las empresas de 50 empleados.

- la comisión negociadora deberá constituirse en el plazo máximo de 3 meses desde la superación de los umbrales numéricos. Si la obligación surge de lo establecido en convenio, el plazo se iniciará conforme a lo que establezca el convenio o a los 3 meses de su publicación.

- se establecía que los **planes de igualdad vigentes deberán adaptarse al nuevo contenido** fijado en la norma, en el plazo previsto para su revisión y, en todo caso, antes del 14 de enero de 2022.

- pueden consultar una síntesis de esta norma en el [Newsletter de octubre de 2020](#).

14 abril 2021: entrada en vigor del [RD 902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. La principal novedad de esta norma consiste en el desarrollo y concreción de la **obligación de realizar el registro retributivo** previsto en el art. 28 del TRLET. Una obligación que afecta a **toda empresa, con independencia de su número de trabajadores**. Supone la obligación de elaborar un documento en el que se incluyan los valores medios de los salarios, complementos salariales y también las percepciones extrasalariales de toda la plantilla. La norma especifica también la forma en que deben elaborarse las **auditorías retributivas**. Es esta una obligación complementaria que se impone a todas las empresas que deban de elaborar un plan de igualdad, no obstante, se establece una exigibilidad paulatina (DT única con remisión a la DT 12a LOIE):

- empresas de más de 150 personas trabajadoras y hasta 250 personas: obligatorio a partir del **14 de octubre de 2021**.

- empresas de más de 100 y hasta 150 personas trabajadoras: obligatorio a partir del **14 de octubre de 2022**.

- empresas de 50 a 100 personas trabajadoras: obligatorio a partir del **14 de octubre de 2023**.

Puede verse más ampliamente en el [Newsletter de octubre de 2020](#).



¿Una muerte anunciada de los permisos por nacimiento de hijo/a convencionales?

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo podría suponer la defunción de los permisos de nacimiento que, ampliando el previsto legalmente, se preveían en algunos convenios. El Tribunal considera que la referencia que se realizaba en el convenio al “permiso legalmente establecido” supone, tras la derogación de éste (antiguo art. 37.3b) del Estatuto de los Trabajadores) como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, no sea “sencillo que pueda tener vida autónoma propia una vez que aquel permiso legal ha desaparecido sin haber sido sustituido por ningún otro”.

Aunque se trata de una sentencia en la que se valora la regulación de un convenio específico y por ello no es trasladable automáticamente a otros supuestos, sí que ofrece ciertas orientaciones desde las que valorar si cabe considerar vigentes ese tipo de regulaciones. Unas indicaciones que deberían conducir, en la mayor parte de casos, a una respuesta negativa. En este sentido, el Tribunal, en primer lugar, destaca que la actual equiparación en la duración de la suspensión del contrato por nacimiento para ambos progenitores determina la pérdida de sentido de un permiso que se crea para compensar la menor duración que históricamente había tenido la suspensión por paternidad respecto a la maternidad. Y en segundo lugar, que la actual regulación de la suspensión por nacimiento de hijos es incompatible con la previsión de este tipo de permisos por cuanto “la redacción vigente del artículo 48.4 ET dispone que, de la suspensión de dieciséis semanas, son “obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto”, tanto en el caso de la madre biológica como en el del otro progenitor, por lo que no hay ya espacio temporal para que se haya podido disfrutar previamente del anterior permiso retribuido de dos días por nacimiento”.

La sentencia advierte que no estamos ante una modificación sustancial que deba canalizarse vía art. 41 ni ante una inaplicación del convenio que deba formularse a través del art. 82.3 del TRLET, sino ante la pérdida de vigencia de este tipo de permisos “porque una norma sobrevenida (la modificación de los artículos 37.3 d) y 48.4 ET por el Real Decreto-ley 6/2019) hace que aquel último párrafo del artículo 30 del convenio haya perdido sus originarias finalidad y alcance o, en los términos de la sentencia recurrida, su “sentido y utilidad”.



La “desaparición” del permiso para acompañar a hijos enfermos al médico

En otra reciente sentencia, el Tribunal Supremo se tiene que volver a enfrentar a una cuestión vinculada a los permisos. En esta ocasión, el sindicato actor planteaba que en la regulación del permiso retribuido previsto en el art. 37.3 d) ET debía entenderse incorporados los supuestos de “acompañamiento a los servicios de asistencia sanitaria de hijos/hijas menores de 14 años y de parientes mayores de primer grado de consanguinidad o afinidad que no pueden valerse por sí mismos, por el tiempo indispensable”.

El Tribunal Supremo tras recordar el tenor literal de dicho precepto “El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: (...) d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica”, descarta, de manera muy cuestionable, que estemos ante un deber personalísimo ni de carácter público, y por ello no considera aplicable dicho permiso a supuestos como el comentado.

Conviene tener presente que no estamos aún ante jurisprudencia consolidada y que existen otras sentencias, aunque de Tribunales de rango inferior, que han avalado posiciones contrarias y que el convenio colectivo podría estipular un permiso en este sentido. Si no fuese así, a la vista de esta sentencia, la empresa podría pedir al trabajador que, dentro de su horario laboral, acompañe a un hijo al médico, que recuperase el tiempo invertido, o descontarle de la nómina el salario de esas horas no trabajadas. Por otra parte, cabe cuestionar, los efectos que podría tener una aplicación estricta de dicha jurisprudencia en la dinámica de las relaciones laborales por cuanto una gestión rígida de dichos permisos podría incrementar el número de peticiones de acomodación de la jornada y horario vía art. 34.8 del TRLET o dificultar su negociación.

Realización de un curso online fuera del horario ordinario de trabajo y derecho a la desconexión digital

Uno de los sectores en los que más se ha desarrollado la digitalización ha sido el de la enseñanza. La enseñanza a distancia tradicional ha evolucionado a fórmulas más eficientes de formación a través de medios digitales. Por ello no es de extrañar que las empresas, con cada vez mayor frecuencia, empleen estas vías para la formación de sus plantillas. Una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve el problema con el que se enfrenta una empresa ante la negativa reiterada de un trabajador a seguir esa formación por considerar que la misma (de dos horas de duración) debía desarrollarse durante los horarios de trabajo ordinarios y no, como le planteaba la empresa, fuera de éstos, en el horario libremente escogido por el trabajador dentro de un periodo de cuatro meses. La empresa realiza hasta dos ofrecimientos y aunque finalmente el trabajador desarrolla la formación obligatoria (se trataba de un controlador aéreo y la formación venía impuesta por la normativa de seguridad aérea), lo hace fuera de plazo junto con otros 41 trabajadores (frente a 391 que lo hicieron



regularmente). La empresa sancionó al trabajador por falta muy grave de desobediencia con la sanción de tres días de suspensión de empleo y sueldo, por no haber realizado el curso ordenado.

La sentencia, que estima el recurso interpuesto por la empresa, tras revocar la de instancia, desestima la demanda del trabajador y ofrece algunas reflexiones interesantes que merecen ser destacadas:

- *Considera que el derecho a la desconexión digital, reconocido por el [art. 88.3 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales](#), impone un mínimo inderogable respecto a los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado que supone que no se puede imponer a los trabajadores la obligación de conectarse remotamente con finalidad laboral desde fuera del centro de trabajo en sus tiempos de descanso. Ello, a nuestro juicio, supone una interpretación desorbitada del núcleo del derecho a la desconexión digital que implica desconocer el papel que ese mismo artículo reconoce a la negociación colectiva y al poder empresarial, con participación de la representación legal de los trabajadores, a la hora de definir las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.*
- *Admite, no obstante, la sentencia que el derecho a la desconexión no es incompatible con que la empresa pueda imponer la realización de actividades laborales fuera del horario ordinario por cuanto aquel derecho rige durante el tiempo de descanso, no durante el tiempo de trabajo.*
- *Según la sentencia, el derecho a la desconexión digital rige y actúa durante el tiempo de descanso y el trabajador, en ese periodo, tiene derecho a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales.*

Unas reflexiones de las que cabe extraer dos importantes consecuencias de orden práctico: 1) el derecho a la desconexión digital no constituye un límite adicional a los poderes organizativos o modificativos en materia de jornada de trabajo; 2) la interpretación maximalista del contenido mínimo del derecho a la desconexión como un derecho a la inactividad comunicativa durante el tiempo de descanso puede hacer recomendable abordar su tratamiento y regulación de manera preventiva a los efectos de establecer excepciones justificadas a ese supuesto derecho a la incomunicación.